

2ª CÂMARA
DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

CRIMINAL

MPF

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

- Proposta similar à denominada **Ação Civil Pública de Extinção de Domínio prevista no Projeto das 10 Medidas Contra a Corrupção;**
- **Finalidades:** > Impedir que os produtos de atividades ilícitas sejam aproveitados pelos criminosos;
 - > Eliminar possível incentivo à prática criminosa e agravar o efeito dissuasório das políticas anticorrupção;
 - > Evitar que esses recursos adentrem a economia formal; e
 - > Suprir as lacunas em que a persecução criminal não alcança os frutos do crime que se propõe a criação da ação de extinção de domínio. (Fonte: Novas medidas contra a corrupção)

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

- **Pontos sobre os quais o PL n. 10.373, de 2019 pode ser aperfeiçoado – NT 02/2019 – 2ª CCR/MPF**
 - arts. 1º, 3º, 4º, 5º – 7º e 19;
 - **Pontos nevrálgicos:** > art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens; > arts. 5º a 7º e instauração de procedimentos investigatórios acerca da origem criminosa de bens pelas procuradorias da União, dos Estados e dos Municípios e pela **Polícia Judiciária**.

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

■ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens:

- O projeto adotou a **técnica de elencar os crimes (rol)** que podem ensejar a decretação da perda de bens no âmbito civil. **Com isso, acaba por incidir em inevitáveis e indesejadas omissões.** Crimes que geram vantagens econômicas expressivas **acabam sendo omitidos, enfraquecendo o instituto.** Ex: *i)* o crime de **estelionato não** foi citado no projeto (fraudes milionárias e sistematizadas contra o INSS podem ficar excluídas); *ii)* **não** são citados **crimes de prefeitos** previstos no Decreto-lei 201/1967 e nem os **crimes previsto na Lei de Licitações (Lei 8.666/1993)**. Além disso, a norma precisará de **frequentes alterações na hipótese de mudanças legislativas nos textos dos crimes citados no rol.**

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

▪ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens. **Como resolver?**

> **Nova redação** (emenda proposta na NT 2ª CCR/MPF) ao texto do art. 3º, que **exclui o rol de crimes, alterando tal critério da extinção de domínio/perdimento de bens para uma cláusula geral de gravidade (pena superior a 4 anos) somada à previsão de que o delito seja apto a gerar vantagem econômica de qualquer natureza.**

> Os novos parâmetros foram delineados na esteira do que consta na recente alteração promovida na Lei de Lavagem de Capitais do Brasil e na Lei 12.850/2013, art. 1º, §1º (definição de organização criminosa).

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

■ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.

> A enunciação de crimes tem se demonstrado técnica inadequada. Nas 40 recomendações do GAFI de 2004 já se sugeriu que os Estados não utilizem mais rol taxativo para os delitos de lavagem de dinheiro; Exposições de motivos das Convenções de Palermo (contra a criminalidade organizada) e de Mérida (contra a corrupção) também não indicam a utilização de rol taxativo.

> O rol taxativo é uma técnica legislativa inadequada porque a sociedade evolui muito rapidamente, notadamente com as novas tecnologias, e, não raro, a legislação penal calcada em rol fechado de crimes acaba não acompanhando as novas exigências sociais (**Razões que motivaram alteração da Lei 12.683 pela Lei 9.613/98 – exclusão do rol**).

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

▪ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.

> **Emenda sugerida pela 2ª CCR/MPF (NT 02/2019):** previsão da extinção de domínio/perdimento de bens para infrações penais:

a) com penas graves, seguindo parâmetro já adotado na legislação brasileira: pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos (v.g., art. 313, I, CPP – prisão preventiva, com redação da Lei 12.403/2011; Lei 12.850/2013, art. 1º, §1º – definição de organização criminosa); e que

b) gerem vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente (parâmetro também conforme a Lei 12.850/2013, art. 1º, §1º; bem como conforme a Lei 9.613/1998, art. 1º, com redação da Lei 12.683/2012).

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2019

■ **Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.**

> **Emenda sugerida pela 2ª CCR/MPF (NT 02/2019):**

Emenda n. _____ ao Projeto de Lei (PL) n. 10.373, de 2018

Altere-se o art. 3º do Projeto de Lei n. 10.373, de 2018, para que conste a seguinte redação:

***Art. 3º.** A caracterização das hipóteses previstas no Art. 2º configura desatendimento à função social da propriedade e, sob esse fundamento, dá causa à decretação da extinção de domínio sobre bens, direitos ou valores que sejam produto, proveito ou estejam relacionados à prática de infrações penais aptas a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, cuja pena privativa de liberdade máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, apuradas na ação civil de extinção de domínio segundo os parâmetros e na forma desta lei.*

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2019

▪ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.

> **Subsidiariamente**, acaso não acatada sugestão de excluir do texto rol de condutas sujeita ao perdimento de bens, **incrementar o dispositivo com as seguintes condutas** (algumas previstas no Projeto das 10 Medidas):

- **Tráfico internacional de pessoa com fins de exploração sexual** (art. 231 do Código Penal);
- **Enriquecimento ilícito** (art. 312-A do Código Penal);
- **Inserção de dados falsos em sistema de informações** (art. 313-A do Código Penal);
- **Exploração de prestígio** (art. 357 do Código Penal);
- **Tráfico de influência, corrupção e concussão de funcionários do Fisco** (art. 3º da Lei nº 8.137/1990); **(CONTINUA ----->)**

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2019

▪ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.

Outras condutas:

- Crimes praticados por milícias;
- Contravenções relacionadas a exploração ilegal de jogos (arts. 50 a 58, do Decreto-Lei n. 3.677, de 1941);
- Comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 da Lei n. 10.826/2003);
- Estelionato (art. 171 e §§ do Código Penal);
- Crimes de prefeitos (Decreto-Lei n. 201/1967); e
- Crimes previstos na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993).

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2019

■ Da redação do art. 3º e rol de condutas sujeitas ao perdimento de bens.

- Ainda no que tange ao citado art. 3º, sugere-se - de forma subsidiária e complementar a sugestão acima elencada - **singela alteração** no inciso “X - tráfico de armas (Lei n. 10.826/2003)” para **adequar a redação, padronizando-a de acordo com os demais incisos**, bem como para que fique claro a qual dispositivo da Lei 10.826, de 2003 se refere, fazendo constar “*X – comércio ilegal e tráfico internacional de arma de fogo (arts. 17 e 18, da Lei n. 10.826/2003)*”, hipótese em que além de adequar-se o texto, já incluirá sugestão desta 2ª CCR/MPF quanto a incluir o comércio ilegal de arma de fogo no escopo da lei.

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2019

- **Da redação dos arts. 5º a 7º: Instauração de procedimentos investigatórios acerca da origem criminosa de bens pelas procuradorias da União, dos Estados e dos Municípios e pela Polícia Judiciária**
 - Dispositivos são **possivelmente inconstitucionais**, também podendo culminar em **prováveis conflitos de atribuições entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária**, e **prejuízo a investigações complexas**;
 - Dispositivos sugerem que a **Polícia Judiciária poderá instaurar investigação que vise unicamente a instrumentalizar o ajuizamento de ação civil de perdimento de bens**, também incidindo em **inconstitucionalidade** e nos problemas operacionais referidos acima.

AÇÃO CIVIL DE PERDIMENTO DE BENS

PL n. 10.373, de 2018

▪ Da redação dos arts. 5º a 7º: Instauração de procedimentos investigatórios acerca da origem criminosa de bens pela Polícia Judiciária

- Atente-se que algo diverso e plenamente cabível seria a utilização eventual do resultado de uma investigação criminal da Polícia Judiciária para o ajuizamento de ação civil de extinção de domínio. Mas os dispositivos sugerem que a Polícia poderá instaurar procedimento investigatório com o fim exclusivo de instrumentalizar o ajuizamento da ação civil de extinção de domínio, **excedendo as atribuições constitucionais daquela Instituição.**

Obrigada!

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Coordenadora 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF
(Criminal)

Subprocuradora-Geral da República

luizacristina@mpf.mp.br

MPF

Ministerio Público Federal

**ANÁLISE DA PROPOSTA DE INCLUSÃO DO
CONFISCO ALARGADO NO PROJETO DE LEI
882/2019**

Autor: Roberto D'Oliveira Vieira

**Vitória da Conquista – Bahia
2019**

1. OBJETO DE ANÁLISE

Trata-se de solicitação de análise do Projeto de Lei 882/2019 (PL 882/2019) que visa introduzir o instituto do confisco alargado no ordenamento brasileiro, além de outras medidas. O projeto foi apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública e encontra-se em tramitação na Câmara de Deputados. A consolidação da análise após as críticas apresentadas é demonstrada em anexo ao fim do documento.

Respeitada a adequação às normas constitucionais e legais, a análise do PL 882/2019 visou incorporar boas práticas previstas em tratados internacionais e adotadas em outras países que tornam o instituto mais eficiente para o fim a que se destina: combater o lucro de atividades criminosas.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO

A evolução do instituto do confisco alargado corresponde ao crescimento da atenção estatal para o patrimônio de agentes criminosos, deixando para trás um papel secundário oferecido ao confisco de bens na persecução penal.¹

O instituto do confisco alargado foi inicialmente tangenciado nas Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas,² denominada Convenção de Viena de 1988; na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada Convenção de Mérida,³ e na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, denominada Convenção de Palermo.⁴ A Convenção de Viena

¹VERVAELE, John A. E. **Les sanctions de confiscation en Droit Pénal**: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural)pénal néerlandais. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl>>. Acesso em: 8 abr 2019.

²Convenção concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: “Art. 1 (e) Por confisco se entende a privação em caráter definitivo, de algum bem, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente.” Trad. Livre de: *Art. 1 (f) Confiscation, which includes forfeiture where applicable, means the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority.*

³Convenção concluída em 31 de outubro de 2003 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: “Art. 2 (g) Por confisco se entenderá a privação em caráter definitivo de bens por ordem de um tribunal ou autoridade competente”. Trecho traduzido da versão em inglês: “Art. 2 (g) ‘Confiscation’, which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other authority competente”.

⁴Convenção concluída em 15 de novembro de 2000 em Nova York. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 5.015, de 10 de março de 2004, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: Art. 2 (g) ‘Confisco’ – a privação em caráter definitivo

de 1988 adotou uma medida próxima aos contornos atuais do confisco alargado no parágrafo 7º do art. 5º, *in verbis*:

7. Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com 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.

A interpretação oficial do artigo ratifica o sentido do dispositivo.⁵

O instituto foi consolidado, no entanto, através da Diretiva 2014/42/UE que no art. 5º estabeleceu o seguinte:

Os Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

A Diretiva esclareceu no parágrafo 21 do preâmbulo que a conclusão a respeito da vinculação de um bem com um comportamento criminoso pode ocorrer quando for razoável presumir que:

[É] bastante mais provável [...] que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades [...] O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso.

A Diretiva elaborou, ainda, um rol de infrações penais sujeitas à medida, sendo elas as seguintes: corrupção no setor público e no setor privado, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, terrorismo, tráfico de entorpecentes, organização criminosa, pornografia infantil, interferência ilegal em sistema de dados. Considerou a possibilidade de os Estados estenderem a aplicação do instituto a outras infrações penais, cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos, estimulando a que o legislador nacional adote um

de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente. Trecho traduzido da versão em inglês: “Art. 2 (g) ‘Confiscation, which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority’”.

⁵UNITED NATIONS. **Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances**. United Nations Publication, 1998, p. 136. Trad. livre de: 5.54 *What is suggested in the paragraph is a reversal of the onus of proof in respect of the lawful origin of the proceeds (...) The court (...) may be required or enabled to presume, in the absence of proof to the contrary, that assets alleged to be proceeds of illicit trafficking or other property liable to confiscation were indeed acquired illicitly. It will be for the person whose property is under threat of confiscation to establish the lawful origins of the assets. The national legislator will have to determine how, and to what standard of proof, this must be done. It is probable that legislation adopting this approach will be considered compatible with international human rights norms, provided that there is a sufficient opportunity for the accused person to rebut the presumption.*

rol aberto de crimes sujeitos à perda alargada.

Funda-se o modelo de confisco alargado no raciocínio de que se uma pessoa condenada por determinados crimes apresenta patrimônio incompatível, tal desconformidade é decorrente de atividade criminosa anterior, o que permite concluir que a propriedade foi obtida ilegalmente. Assim, a despeito de tal constatação não permitir a aplicação de alguma sanção penal típica, a legislação autoriza o Estado a confiscar bens que superem a renda conhecida do proprietário.

É nesse contexto que alguns países instituíram o confisco alargado em seus ordenamentos nacionais e em torno do qual a crítica ao PL 882/2019 será apresentada.

3. ANÁLISE DO PROJETO

Catálogo de crimes

O Projeto prevê a aplicação do confisco de bens com a seguinte redação:

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

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

O PL 882/2019 utiliza como metodologia um critério aberto de crimes definidos apenas pela pena máxima em abstrato, ao invés de estipular taxativamente todas as condutas criminosas que viriam a atrair o confisco alargado. Trata-se de critério objetivo que reduz a arbitrariedade do legislador, que é restringido, contudo, pela previsão de conduta criminosa habitual ou vinculação à organização criminosa.

A previsão por rol aberto de crimes está em linha com a Diretiva 2014/42/UE que também estabelece uma linha de corte objetiva. A redação é bastante similar ao art. 5º da Diretiva 2014/42/UE, transcrita abaixo:

Artigo 5.º

Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em fatos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

2. Para efeitos do n.º 1 do presente artigo, o conceito de “infração penal” inclui pelo menos os seguintes elementos:

(...)

e) As infrações penais puníveis nos termos de um dos atos aplicáveis indicados no artigo 3.º ou, se esse ato não estabelecer um limiar, nos termos do direito nacional aplicável, por uma pena privativa de liberdade cujo máximo não pode ser inferior a quatro anos.

É razoável que se discuta se o critério objetivo utilizado de pena máxima superior a seis anos satisfaz a finalidade em buscar um instrumento eficiente de combate ao enriquecimento ilícito. Conforme indicado acima, o critério utilizado na União Europeia é a pena privativa de liberdade superior a quatro anos, mostrando-se, portanto, mais severo do que o adotado no PL 882/2019.

Trata-se, evidentemente de um espaço legítimo de discricionariedade do legislador na definição da política criminal. A opção em adotar a pena privativa de liberdade superior a seis anos repele condutas de baixa lesividade, a despeito de obviamente reprováveis, a exemplo do crime de estelionato.⁶

Cumprir notar que a preferência pela adoção de pena privativa de liberdade superior a seis anos, por si só, já será critério depurador capaz de selecionar condutas altamente lesivas. Por isso, o PL 882/2019 merece a crítica de exigir no §1º que o agente desenvolva conduta criminosa habitual, sem que ao menos seja definido o que se entende por criminoso habitual. Acrescente-se ainda que a vinculação à organização criminosa indica exigência em duplicidade já que o crime de constituição de organização criminosa prevê pena máxima superior a seis anos (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), sujeitando a conduta automaticamente ao confisco alargado pela redação do *caput* do art. 91-A. Sugere-se, portanto, o abrandamento deste requisito para a aplicação do instituto.

Por fim, uma última observação quanto ao *caput* do art. 91-A sugerido no Projeto. Os bens afetados pelo confisco alargado não possuem origem ou relação com o crime a que o agente foi acusado e condenado no processo. A condenação pelo crime servirá tão somente para permitir a aplicação do instituto, mas não autoriza afirmar que os bens que servem de parâmetro para a inconformidade patrimonial são produtos ou proveitos do crime, como afirmado no art. 91-A. Tal como disposta, a redação poderá levar a interpretações equivocadas sobre o instituto. A lógica em torno do instituto é que a prática de determinado crime e a existência de patrimônio incompatível permitem inferir que o patrimônio a descoberto decorre de atividade criminosa anterior que não fora revelada com carga probatória penal suficiente para uma acusação ou condenação. Conforme reconhece a Diretiva da União Europeia: “pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de perda alargada”.

Nas palavras de João Conde Correia:⁷

Na base desta presunção está a suspeita de que o confiscado cometeu outros

⁶Apesar da baixa lesividade, o estelionato absorveu 18% de todas as manifestações do MPF. BRASIL. Ministério Público Federal. **Dados da Comissão de BIs**. Mensagem recebida por <robertovieira@mpf.mp.br> em 11 out 2017.

⁷CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 698, versão *kindle*.

ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado, dos quais resultou aquele património injustificado ou incongruente com os seus rendimentos ilícitos. Aparentemente não há outra explicação verosímil ou plausível para o mesmo. A condenação e um património inexplicável fazem, razoavelmente, supor que foram cometidos outros crimes e que aqueles bens são o seu resultado prático mais visível.

Propõe-se, portanto, a exclusão da referência “como produto ou proveito do crime” prevista no art. 91-A.

Do Potencial Proveito Económico

O instituto do confisco alargado é vinculado historicamente a condutas altamente lesivas que são aptas a gerar lucros vultosos para o autor do crime. A finalidade do instituto desde a previsão nas Convenções de Viena de 1988, de Palermo e de Mérida sempre foi a de atingir crimes lucrativos praticados por agentes que extrapolam o perfil atrelado à criminalidade clássica, surgindo, então, a vinculação da conduta criminosa com um ganho económico efetivo ou potencial.

O pressuposto do confisco alargado é atingir comportamentos criminosos que gerem algum retorno económico, não se mostrando adequado, portanto, direcionar o instituto contra condutas que nem sequer possuam o condão de gerar algum proveito económico. A redação do PL 882/2019 não descreve no *caput* do art. 91-A o requisito do benefício económico efetivo ou potencial. Como formulado, o PL 882/2019 atrai também para o instituto condutas vinculadas tradicionalmente à criminalidade clássica e que não exibem nenhum retorno económico, à princípio, a exemplo do crime de homicídio.

O exemplo de Direito Comparado reforça o argumento apresentado. O art. 5º da Diretiva 2014/42/UE refere-se expressamente a que o crime “possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico”.

Tratamento similar também vige na Inglaterra. Originalmente vinculada à repressão estatal ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo no *Drug Trafficking Act*.⁸, um estudo encomendado pelo governo britânico concluiu que o sistema vigente até então era disfuncional e não cumpria com a sua finalidade⁹, o que levou, em 2002, à edição do *Proceeds of Crime Act* (POCA). A aplicação do confisco alargado na

⁸ RYDER, N. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. **Journal of Business Law**, 8, 2013, p. 767.

⁹ UNITED KINGDOM. Recovering the Proceeds of Crime: a performance and innovation unit report. June, 2000, p. 5. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 8 abr 2019.

Inglaterra exige a satisfação de um dos três requisitos elencados na legislação: a condenação por um dos crimes do catálogo ou a exibição de um “modo de vida criminoso”,¹⁰ preenchido com base na reiteração criminosa ou na realização de prática criminosa por período acima de seis meses. Transcreve-se o dispositivo indicado na seção 75 do POCA:¹¹

75. Modo de vida criminoso

- (1) O condenado possui um modo de vida criminoso apenas (e apenas se) a seguinte condição for satisfeita.
- (2) A condição é que aquele crime (ou quaisquer dos crimes) satisfaça qualquer um destes requisitos:
 - (a) esteja especificado no anexo 2;
 - (b) a conduta seja reconhecida como parte de atividade criminosa em curso;
 - (c) o crime foi praticado pelo período mínimo de seis meses e o condenado se beneficiou dele;

O ponto essencial e de importância para a crítica apresentada é que a legislação exige para as condutas descritas nas alíneas b e c que o proveito da atividade criminosa supere £5.000,00. Conforme a redação do subitem 4 da Seção 75 do POCA, “o crime atenderá os requisitos da subseção 2, letras b e c, se o condenado obter benefício relevante superior a £5000”.¹²

Sugere-se, assim, a inserção da exigência de que a conduta tenha a potencialidade de gerar algum ganho econômico para o autor.

Imputação Patrimonial

A imputação patrimonial significa a comprovação da presença dos três requisitos exigidos no Projeto – condenação por um crime com pena privativa de liberdade superior a seis anos, existência de patrimônio e desconformidade do patrimônio com a renda – acompanhados da indicação dos bens que serviram de suporte à indicação do valor representativo do montante a descoberto.

O PL 882/2019 não trata do momento da deflagração do processo patrimonial.

¹⁰*Criminal lifestyle. UNITED KINGDOM. Proceeds of Crime Act. 2002.* Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 8 abr 2019.

¹¹“75. *Criminal lifestyle. (1) A defendant has a criminal lifestyle if (and only if) the following condition is satisfied. (2) The condition is that the offence (or any of the offences) concerned satisfies any of these tests – (a) it is specified in Schedule 2; (b) it constitutes conduct forming part of a course of criminal activity; (c) it is an offence committed over a period of at least six months and the defendant has benefited from the conduct which constitutes the offence*”. UNITED KINGDOM. *Proceeds of Crime Act. 2002.* Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 8 abr 2019.

¹²“(4) But an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than £5000”.

Seria salutar a previsão ainda que mínima do momento e do procedimento a ser seguido, ao menos para prever a regra da imputação patrimonial no momento da denúncia, sem prejuízo de posterior liquidação após a sentença.

Além de manter o regime existente em relação ao confisco clássico, a disciplina seguiria a boa prática de alguns países a exemplo de Portugal, conforme previsão na Lei nº 5/2002 de Portugal:¹³

Art. 8º

Promoção da perda de bens

- 1 – O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.
- 2 – Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.
- 3 – Efetuada a liquidação, pode estar alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.
- 4 – Recebida a liquidação, ou a respetiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Atualmente, o confisco no ordenamento brasileiro é determinado na própria sentença penal condenatória, exigindo-se que a acusação relacione ao menos os bens que devem ser futuramente perdidos e a relação com o crime imputado. A estrutura em vigor estimula que a investigação patrimonial seja deflagrada no mesmo momento da investigação criminal e seria conveniente se fosse expressamente mantida.

A simultaneidade entre a imputação patrimonial e a imputação do crime principal estimula a importância do rastreamento do patrimônio, e atende à orientação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) no sentido que os países-membros devem iniciar “uma investigação financeira proativa quando da perseguição do branqueamento de capitais, das infrações subjacentes associadas e do financiamento do terrorismo.”¹⁴ A referida recomendação é reforçada pela orientação oficial a respeito do tema.¹⁵

¹³ PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 6 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 8 abr 2019.

¹⁴Recomendação nº 30. Disponível em: <www.fatf-gafi.org> Acesso em: 10 out 2017. Trad. livre de: [...] *these designated law enforcement authorities should develop a pro-active parallel financial investigation when pursuing money laundering, associated predicated offences and terrorista financing.*

¹⁵FATF. **Operational Issues Financial Investigations Guidance**. June, 2012, p. 10. Disponível em:<<http://www.fatf-gafi.org>> Acesso em: 10 ab 2017.24. *For many major proceeds-generating offences, money laundering is simply the by-product of criminal activity. After the criminal receives the proceeds of the crime, he/she usually wants to do something with these proceeds. The ability to follow the paper trail allows the full development of the facts and circumstances involved in the case to be shown in a logical and sequential pattern, and simplifies the understanding of*

A simultaneidade entre a apuração do delito e a investigação patrimonial é reforçada ainda por boas práticas existentes em outros países¹⁶ e pelo Roteiro de Atuação do Ministério Público Federal¹⁷. Sugere-se, portanto, a previsão de parágrafo com a indicação do momento da imputação patrimonial.

A decisão no confisco alargado

O capítulo da sentença condenatória que aprecia o confisco atrai a análise a respeito do *standard* probatório mínimo exigido para o perdimento de bens.

Indo além do mero cotejo entre o sistema de provas tarifadas e o princípio do livre convencimento motivado, identifica-se a necessidade de previsão de critérios objetivos de valoração da prova. A esse campo de estudo, atribui-se a qualificação de critérios de decisão, *standards* ou modelos de constatação, que representam nada mais que “pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio”, nas palavras de Danilo Knjnik.¹⁸

Há diversos critérios legais estudados na doutrina,¹⁹ mas três deles merecem ser destacados em razão do uso mais corrente no país: os *standards* da preponderância de evidências, de uma prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável. A prova além da dúvida razoável é exigida nos processos de natureza penal; no campo cível, a preponderância de provas representa o critério para processos essencialmente patrimoniais. Reserva-se o critério de prova clara e convincente apenas para demandas nas quais estejam em discussão valores especiais, mas que não chegam a alcançar a esfera penal, como a aplicação da lei de improbidade administrativa.²⁰

Embora o ordenamento nacional não se refira, expressamente, a nenhum deles,

how the financial pieces fits together. Parallel investigations ensure competent authorities uncover and identify all of the participants in a criminal enterprise. A parallel financial investigation provides insight into the hierarchy of criminal organisations, exposing them to possible prosecution.

¹⁶Asian-Pacific Economic Cooperation. Handbook – Best Practices in Investigating and Prosecuting Corruption Using Financial Flow Tracking Techniques and Financial Intelligence. 2014, p. 23.

¹⁷“As provas colhidas no apuratório principal aproveitam ao inquérito financeiro, as ações adotadas naquele servem para atingir os objetivos deste, razão pela qual, na medida do possível, eles devem ser conduzidos conjuntamente”. BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação**: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017, p. 47.

¹⁸KNJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributários**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 18.

¹⁹Além da prova além da dúvida razoável e da preponderância de evidências, Danilo Knjnik cita as *special rules*, a mínima atividade probatória, o modelo das dúvidas positivo-concretas, a doutrina do absurdo e da arbitrariedade, a congruência narrativa, o *défaut de motifs*, os modelos matemático-probabilísticos. Os *Standards* do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, 2001, p. 15-51.

²⁰GARNER, Bryan A. Black’s law dictionary. 9th ed. Saint Paul: West Group, 2014. p. 1.457.

não é raro encontrar na jurisprudência²¹ referência aos citados parâmetros. À guisa de exemplo, o parâmetro da prova além da dúvida razoável foi utilizado nos votos dos Ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Gilmar Mendes no julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal.²²

O Código de Processo Penal não elegeu um critério de decisão explícito para a perda de bens. O capítulo da sentença relativo ao confisco trata exclusivamente de efeitos patrimoniais da conduta, não se discutindo a culpabilidade do condenado ou a imposição de qualquer sanção penal típica, motivo pelo qual defende-se um critério de decisão mais próximo ao regime processual civil, como o critério da preponderância de provas, posicionamento que é compartilhado também por autores que escrevem sobre o tema.²³

A vinculação do critério de decisão com a legislação processual civil conferiria mais segurança jurídica a todos os atores judiciais, mostrando-se conveniente inserir ao menos a expressão de que a perda observará a legislação processual civil.

Eficácia do confisco alargado

A introdução do confisco alargado no ordenamento jurídico estimula a indagação a respeito da eficácia do instituto para alcançar a incongruência antes da vigência da norma. Cumpre responder à pergunta: a norma que introduz o confisco alargado alcança a incongruência patrimonial originada antes da entrada em vigor do novo instituto?

O melhor tratamento para o tema é a possibilidade de aplicação do confisco alargado a qualquer incongruência patrimonial, mesmo aquela exibida antes da vigência da nova legislação.

O posicionamento está de acordo com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório do instituto, motivo pelo qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade da norma penal, extraída do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal de

²¹Encontram-se citações no Tribunais Regionais Federais da 5ª (BRASIL. TRF5. ACR 14109. Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto. J. em 7/3/2017) e da 3ª .BRASIL. TRF3. ACR 67511. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. J. em 6/9/2016 Regiões.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 8 abr 2019.

²³ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 278. O posicionamento é compartilhado por Solon Cícero Linhares. LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169 e Cláudio Macedo Souza e Luiz Eduardo Dias Cardoso. SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, 2016, p. 251.

1988. Ademais, a origem ilícita do patrimônio não atrai a proteção jurídica oferecida pelo direito à propriedade, sob pena de proteção ao enriquecimento ilícito. Assim, a lacuna sobre o importante tema deve ser suprida para reforçar a eficácia do instituto em situações de incongruências patrimoniais, geradas antes da vigência da norma.

Frise-se que a aplicação do instituto não representa nem mesmo efeito retroativo da norma uma vez que a posse de tais bens já é qualificada como ilícita atualmente no ordenamento. De modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a incidência imediata de novas normas jurídicas para situação fáticas pretéritas na ADI 4.578/DF, quando afastou a violação ao princípio da irretroatividade pela Lei Complementar 135/2010 (Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 16/02/2012).

Sugere-se, portanto, a inserção de previsão de que o confisco alcançará bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência e da publicação da lei.

Distribuição dos recursos recuperados

A atenção dispensada à investigação patrimonial provoca o interesse em buscar meios de assegurar o contínuo desenvolvimento de instrumentos de persecução do Estado, encontrando-se no perdimento de bens um caminho razoável para vincular o investimento de determinados órgãos públicos ao seu desempenho. Por tais motivos, os órgãos envolvidos na exitosa investigação são destinatários de parte dos recursos ou valores apreendidos, solução que já encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

A proposta de destinação de recursos não é original no cenário internacional, sendo usual a identificação de países que já incorporaram tal solução nos ordenamentos locais, a exemplo da França e de Portugal. No país lusitano, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever, expressamente, a distribuição do produto da venda realizada pelo GAB ao Fundo de Modernização da Justiça, ao IGFEJ, I.P. e à Comissão de Proteção à Vítimas. Residualmente, as demais receitas decorrentes da administração são destinadas totalmente ao GAB.

No Brasil, a despeito da ausência de previsão da distribuição de recursos no Código Penal, o art. 7º, § 1º, Lei nº 9.613/1998 determina que a União e os Estados regulamentem a destinação dos recursos recuperados, assegurada a utilização para ações

de prevenção, repressão e julgamento dos crimes de que trata a lei. No âmbito da Operação Lava Jato, a norma serviu de referência para a homologação de acordo de leniência firmado com a Odebrecht S.A. O acordo previu a destinação de 2,5% do montante recuperado aos órgãos públicos responsáveis pela repressão de crimes de lavagem de dinheiro, o que foi homologado pelo Poder Judiciário.²⁴

Sugere-se, portanto, a previsão de destinação dos recursos efetivamente confiscados a órgãos participantes da investigação patrimonial.

Monitoramento do confisco alargado

A derradeira questão trata de monitorar o funcionamento do confisco alargado. O controle serve basicamente a duas finalidades: analisar a eficiência do instituto e evitar o comportamento rentista pelos órgãos públicos envolvidos na atividade de recuperação de ativos.

O comportamento rentista ou *rent seeking*²⁵ representa a concentração dos órgãos de investigação, apenas, em casos criminais que sejam economicamente atrativos ou, pior, de violação de direitos e de garantias individuais com vistas a incrementar o resultado financeiro do órgão.²⁶ Em Portugal, o monitoramento é realizado por relatório emitido pela GRA e pelo GAB e, quinquenalmente, a atividade dos órgãos administrativos é avaliada.²⁷

No Brasil, a necessidade de avaliação de medidas legislativas não tem previsão expressa, e tampouco foi tratado nos Projetos. O ato normativo que mais se aproxima em exigir semelhante controle é o Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração de projetos de atos normativos dos órgãos do Poder Executivo.²⁸ Em linha com o referido decreto, a aplicação do instituto deveria ser avaliada

²⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos nº 5020175-34.2017.4.04.7000/PR. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em 8 abr 2019.

²⁵KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. **The American Economic Review**, 1974, v. 64, n. 3, p. 291-303.

²⁶ Em relação ao confisco, a crítica é apresentada de modo contundente no estudo de Leonard W. Levy: **A License to Steal: the forfeiture of property**. United States of America: University of North Carolina Press, 1996.

²⁷ Art. 22. Transparência e monitorização. 1 – Os gabinetes previstos na presente lei elaboram, conjuntamente, até 31 de março do ano seguinte, um relatório relativo ao seu exercício anterior, em termos a definir por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça. 2 – O relatório referido no número anterior é entregue ao Ministério da Justiça. 3 – No prazo de cinco anos, a atividade dos gabinetes criados pela presente lei é sujeita a avaliação (PORTUGAL. **Lei nº 45/2011**. Disponível no link <www.pgdlisboa.pt> Acesso em 8 abr 2019).

²⁸O Decreto é citado na doutrina como exemplo de influência da AED no Brasil. TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direto: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205, 2015. Disponível em <www2.senado.gov.br> Acesso em: 8 abr 2019).

periodicamente em razão da restrição de direitos individuais, notadamente o direito de propriedade. O decreto não apresenta, contudo, detalhamento suficiente para efetiva análise do instituto, notadamente em razão da ausência de previsão de periodicidade e da necessidade de prever as atribuições de todos os órgãos envolvidos.

Sugere-se, assim, o tratamento do tema no projeto com a previsão específica de artigo prevendo o controle da aplicação do instituto.

Outras observações

A sugestão de redação do projeto incorporou regra expressa a respeito do confisco de lucros ou verbas acessórias advindas do bem ilícito, incorporando previsão do art. 31, parágrafo 6º, da Convenção de Mérida.

Propõe-se, ainda, previsão expressa de que a decisão declara o valor a ser perdido em favor do Estado, aproximando o instituto da sua lógica de apuração do patrimônio incongruente.

4. CONCLUSÃO

O PL 882/2019 apresenta valiosa contribuição para a introdução do confisco alargado no ordenamento brasileiro. Propõe-se no documento anexo a inserção das alterações destacadas em vermelho que podem aperfeiçoar o projeto submetido à avaliação da Câmara dos Deputados.

REFERÊNCIAS

ASIAN-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION. **Best practices in investigating and prosecuting corruption using financial flow tracking techniques and financial intelligence** (First Part). Handbook, 2014.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, concluída em 31 de outubro de 2003 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 8 abr 2019.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra o Crimes Organizado Transnacional**, concluída em 15 de novembro de 2000 em Nova York. Decreto nº 5.015, de 10 de março de 2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 8 abr 2019.

BRASIL. **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes**, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 8 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 8 abr 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Dados da Comissão de BIs**. Mensagem recebida por <robertovieira@mpf.mp.br> em 11 out 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília, MPF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.210/DF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Autos nº 5020175-34.2017.4.04.7000/PR**. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em 9 out 2017.

CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, versão *kindle*.

CORREIA, João Conde. Recuperação de activos nos crimes contra economia popular. **Revista do Ministério Público**, n. 146, 2016.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FATF. Financial Action Task Force. **Operational issues financial investigations guidance**. June, 2012. Disponível no link <<http://www.fatf-gafi.org>> acesso em 8 abr 2019.

GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 9th ed. Saint Paul: West Group, 2014.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributários**. Rio de Janeiro:

Forense, 2007.

KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. **The American Economic Review**, v. 64, n.3, p. 291-303.

LEVY, Leonard W. **A license to steal: the forfeiture of property**. United States of America: University of North Carolina Press, 1996.

LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords). **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 45/2011**. Lisboa, 24 de junho de 2011. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

RYDER, N. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. **Journal of Business Law**, 8, 2013, p. 767-798.

STEPHENSON, Kevin, *et al.* Barriers do asset recovery: an analysis of the key barriers and recommendation for action. **Stolen Asset Recovery Initiative**, 2011.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e política pública. **Revista de Informação Legislativa**, a.52, n. 205, 2015. Disponível em < <http://www2.senado.gov.br>> Acesso em: 8 abr 2019.

UNITED KINGDOM. Recovering the Proceeds of Crime: a performance and innovation unit report. June, 2000 Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 8 abr 2019.

UNITED NATIONS. **Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and pshychotropic substances**. United Nations Publication, 1998.

VERVAELE, John A. E. **Les sanctions de confiscation en Droit Pénal: un intrus issu du droit civil? Une Analyse de la Jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais**. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl>> Acesso em: 8 abr 2019.

ANEXO - PROJETO COM ALTERAÇÕES

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por **infração a que** a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão e **que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza**, 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.

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

§ 1º **A perda dos bens deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que indique os requisitos do caput. O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e autuado em apartado.**

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

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

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

§ 3º **Constitui ônus do réu demonstrar a compatibilidade apontada pelo Ministério Público.**

§ 4º **A decisão reconhecerá o valor a ser perdido em favor do Estado e será proferida nos termos da legislação processual civil.**

§ 5º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, lucros e benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do condenado.

§ 6º A perda pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de condutas praticadas antes da vigência deste artigo.

§ 7º Parte da receita gerada pela venda ou conversão dos ativos será convertida em favor dos órgãos com atuação relevante na identificação do patrimônio incompatível com a renda do condenado.

Art. 91-B Os chefes do Ministério Públicos da União e dos Estados, as Secretarias de Segurança Pública e o Ministério da Justiça e Segurança Pública elaborarão relatório anual para controle da transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.

Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens.

ANEXO II - PROJETO II

Dispõe sobre o perdimento de bens em favor da União, nas hipóteses de condenação pelos crimes que especifica.

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

- I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;
- II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;
- III – tráfico de influência;
- IV – corrupção ativa e passiva;
- V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;
- VI – peculato, em suas modalidades dolosas;
- VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;
- VIII – concussão;
- IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;
- X – facilitação de contrabando ou descaminho;
- XI – enriquecimento ilícito;
- XII – lavagem de dinheiro;
- XIII – associação criminosa;
- XIV – organização criminosa;
- XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público ou da União, por meio da Advocacia-Geral da União, que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º Caso legislação especial determine o perdimento em favor do Estado, este ente terá legitimidade para o requerimento previsto neste artigo.

§ 5º Em caso de requerimento apresentado pela União ou pelo Estado, o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 6º Em caso de requerimento apresentado pelo Ministério Público fica facultado à União ou ao Estado habilitar-se como litisconsorte ativo.

§ 7º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 8º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de de 2017.

ANEXO III - SUGESTÃO DE PROJETO

ANTEPROJETO DE LEI

Institui o confisco alargado no Brasil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 91-A. Independentemente da sanção aplicada no caso concreto, na hipótese de condenação por infração penal dolosa que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, e cuja pena privativa de liberdade máxima cominada em abstrato seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, será também efeito da condenação a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do condenado e a parte desse patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por seus rendimentos lícitos ou por outras fontes lícitas.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação criminal ou civil, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º O confisco alargado pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência desta Lei, observados os parâmetros do *caput*.

§ 3º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§4º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, os lucros e os benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do investigado.

Art. 91-B. A perda do valor deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que demonstre a prática de crime com a pena privativa de liberdade máxima indicada no art. 91-A e a existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do réu.

§1º O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e será distribuído por prevenção ao juízo criminal competente para o processo penal principal e autuado em apartado.

§2º O pedido poderá ser aditado até a citação do réu caso novos elementos probatórios indiquem a insuficiência do valor indicado.

§3º A União ou outra pessoa jurídica ou ente lesado poderá requerer seu ingresso no processo de confisco alargado na qualidade de assistente do Ministério Público.

Art. 91-C. O réu será citado para contestar o pedido no prazo de 15 (quinze) dias.

§1º Constitui ônus do réu demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo autor, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§2º Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em impugnar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

Art. 91-D. O pedido de confisco previsto no art. 91-A será processado simultaneamente com a ação penal, observadas, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil.

§1º A demonstração de os bens do réu serem desproporcionais aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos a concluir pela procedência do pedido, não se exigindo a vinculação dos bens com determinado e específico ato criminoso.

§2º A decisão será proferida com base no juízo de preponderância das provas apresentadas pelas partes.

§ 3º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.

Art. 91-E. Parte dos valores arrecadados em decorrência desta lei será destinada a indenizar eventuais vítimas que puderem ser identificadas e ao custeio dos órgãos públicos encarregados da identificação dos bens ou do patrimônio dos réus.

Art. 91-F. Os chefes do Ministérios Públicos da União e dos Estados elaborarão relatório anual ao Conselho Nacional do Ministério Público para controle de transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.

Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens ou ativos. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de de 2017.

2ª CÂMARA
DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

CRIMINAL

MPF

CONFISCO ALARGADO

PROJETO DE LEI N. 882, de 2019, que estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa (conhecido como “Projeto de Lei Anticrime”).

PONTOS POSITIVOS DO PROJETO DE LEI:

- A proposição cumpre diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário, amolda o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado e harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos que já preveem medidas similares;
- A temática do “confisco alargado” integra a liberdade de conformação do legislador, não necessitando de aprovação por meio de emenda à Constituição;
- O instituto do confisco alargado respeita a Constituição, em especial os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não culpabilidade;
- Figuras do confisco clássico e do confisco por equivalência (já previstas no ordenamento pátrio) e a importância da terceira espécie de confisco (confisco alargado);
- Outras razões para a introdução do confisco alargado no ordenamento: insuficiência das medidas clássicas do Direito Penal ao surgimento e incremento de crimes que afetam a Ordem Econômica e a instituição da ideia de que “o crime não compensa”;
- O Projeto de Lei optou pelo critério aberto de crimes, assim como adotado pela União Europeia.

Pontos sobre os quais o Projeto pode ser aperfeiçoado

- exigência de “conduta criminosa habitual” ou vinculação a organização criminosa, com pena máxima superior a 6 anos de prisão: sugestão de abrandamento do requisito da pena máxima, para ampliar a aplicação do instituto a outros casos;
- a redação sugerida ao “caput” do art. 91-A pode levar a interpretações distorcidas: sugestão de exclusão da expressão “como produto ou proveito do crime”;
- ausência de descrição do requisito do benefício econômico efetivo ou potencial;
- ausência da indicação do momento da imputação patrimonial;
- “standard” probatório mínimo: inserção da expressão segundo a qual “a perda observará a legislação processual civil”;
- efetividade do instituto: “o confisco alargado deve alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência e da publicação da lei que o institua;
- destinação dos recursos recuperados aos órgãos participantes da investigação patrimonial;
- monitoramento do confisco alargado;
- Necessidade de previsão expressa de que a decisão de confisco declara o valor a ser perdido em favor do Estado



2.2.1. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: A EXIGÊNCIA DE “CONDUTA CRIMINOSA HABITUAL” OU VINCULAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUGESTÃO DE ABRANDAMENTO DO REQUISITO DA PENA MÁXIMA, PARA AMPLIAR A APLICAÇÃO DO INSTITUTO

- A iniciativa legislativa sugere que “a decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa”.
- O Projeto de Lei n. 882/2019 merece a crítica por exigir conduta criminosa habitual, porém sem definir o que se entende por criminoso habitual.
- Além disso, a vinculação à organização criminosa indica exigência em duplicidade, pois o crime de constituição de organização criminosa prevê pena máxima de 8 (oito) anos – art. 2º da Lei n. 12.850/20131 –, sujeitando a conduta automaticamente ao confisco alargado pela redação do caput do proposto art. 91-A.
- Portanto, sugere-se o abrandamento deste requisito para que seja possível a aplicação do instituto do confisco alargado em casos outros.

2.2.2. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: A REDAÇÃO DO “CAPUT” DO ART. 91-A SUGERIDO PELO PROJETO PODE LEVAR A INTERPRETAÇÕES DISTORCIDAS. SUGESTÃO DE EXCLUSÃO DA EXPRESSÃO “COMO PRODUTO OU PROVEITO DO CRIME”

- De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira, “a condenação pelo crime servirá tão somente para permitir a aplicação do instituto do confisco alargado, mas não autoriza afirmar que os bens que servem de parâmetro para a inconformidade patrimonial são produtos ou proveitos do crime, como afirmado no art. 91-A. Tal como disposta, a redação poderá levar a interpretações equivocadas sobre o instituto”.
- É porque a lógica em torno do instituto do “confisco alargado” é a de que a prática de determinado crime e a existência de patrimônio incompatível permitem inferir que o patrimônio decorre de atividade criminosa anterior que não fora revelada com carga probatória penal suficiente para uma acusação ou condenação.
- Conforme assevera a Diretiva da União Europeia, “pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de perda alargada”
- Portanto, sugere-se a exclusão da referência “como produto ou proveito do crime”, prevista no “caput” do proposto art. 91-A.



2.2.3. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO REQUISITO DO BENEFÍCIO ECONÔMICO EFETIVO OU POTENCIAL

- O pressuposto do confisco alargado é atingir comportamentos criminosos que geram algum retorno econômico. Por isso, a exemplo do art. 5º da Diretiva 2014/42/UE refere-se expressamente a que o crime “possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico”.
- Ocorre que a redação do Projeto de Lei n. 882/2019 não descreve no “caput” do art. 91-A o requisito do benefício econômico efetivo ou potencial. Do modo como está escrito, a proposição considera também para o instituto condutas vinculadas tradicionalmente à criminalidade clássica e que não exibem nenhum retorno econômico, à princípio, a exemplo do crime de homicídio.
- Portanto, sugere-se, no ponto, a inserção da exigência de que a conduta tenha a potencialidade de gerar algum ganho econômico para o autor.



2.2.4. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: AUSÊNCIA DA INDICAÇÃO DO MOMENTO DA IMPUTAÇÃO PATRIMONIAL

- De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira, a imputação patrimonial exige a comprovação de três requisitos exigidos no Projeto: 1) a condenação por um crime com pena privativa de liberdade superior a seis anos; 2) a existência de patrimônio; e 3) a desconformidade do patrimônio com a renda, acompanhados da indicação dos bens que serviram de suporte à indicação do valor representativo do montante a descoberto.
- Ocorre que o Projeto não estabelece o momento da deflagração do processo patrimonial. É de bom alvitre que a iniciativa legislativa presente, por mínimo que seja, o procedimental a ser seguido.
- Portanto, sugere-se a previsão de indicação do momento da imputação patrimonial. No caso de Portugal, a Lei n. 5/20021, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, de modo exemplar prevê:
 - » Art. 8º - Promoção da perda de bens
 - » 1 – O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.
 - » 2 – Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.
 - » 3 – Efetuada a liquidação, pode estar alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.
 - » 4 – Recebida a liquidação, ou a respetiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

2.2.5. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: “STANDARD” PROBATÓRIO MÍNIMO. INSERÇÃO DA EXPRESSÃO SEGUNDO A QUAL “A PERDA OBSERVARÁ A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL”

- De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira, o Código de Processo Penal não elegeu um critério de decisão explícito para a perda de bens. O capítulo da sentença relativo ao confisco trata exclusivamente de efeitos patrimoniais da conduta, não se discutindo a culpabilidade do condenado ou a imposição de qualquer sanção penal típica, motivo pelo qual defende-se um critério de decisão mais próximo ao regime processual civil, como o critério da preponderância de provas, posicionamento que é compartilhado também por autores que escrevem sobre o tema.
- Portanto, a vinculação do critério de decisão com a legislação processual civil conferirá maior segurança jurídica. No ponto, sugere-se a inserção da expressão segundo a qual “a perda observará a legislação processual civil”.

2.2.6. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: EFETIVIDADE DO INSTITUTO. “O CONFISCO ALARGADO DEVE ALCANÇAR BENS, DIREITOS OU VALORES OBTIDOS POR MEIO DE INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS ANTES DA VIGÊNCIA E DA PUBLICAÇÃO DA LEI QUE O INSTITUA

- O instituto do “confisco alargado”, quando aprovado, deve alcançar conjuntos patrimoniais originados antes mesmo de sua entrada em vigor. Ora, se assim não for, a efetividade do instituto estará prejudicada.
- É importante registrar que o “confisco alargado” está alinhado com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório, razão pela qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade penal prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição. É de bom alvitre repisar que a aplicação do instituto não representa efeito retroativo da norma porque a posse de tais bens já é qualificada como ilícita no ordenamento. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a incidência imediata de novas normas jurídicas para situação fáticas pretéritas na ADI 4.578/DF, quando afastou a violação ao princípio da irretroatividade pela Lei Complementar 135/2010 (Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 16/02/2012).
- De igual modo, por se tratar de patrimônio originado de forma ilícita, este não atrai a proteção jurídica oferecida pelo direito à propriedade, sob pena de proteção ao enriquecimento ilícito.
- Portanto, sugere-se, a inserção de previsão de que “o confisco alcançará bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência e da publicação da lei”.

2.2.7. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: DESTINAÇÃO DOS RECURSOS RECUPERADOS AOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES DA INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL

- De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira, a atenção dispensada à investigação patrimonial provoca o interesse em buscar meios de assegurar o contínuo desenvolvimento de instrumentos de persecução do Estado, encontrando-se no perdimento de bens um caminho razoável para vincular o investimento de determinados órgãos públicos ao seu desempenho. Por tais motivos, os órgãos envolvidos na exitosa investigação são destinatários de parte dos recursos ou valores apreendidos, solução que já encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro.
- A proposta de destinação de recursos não é original no cenário internacional, sendo usual a identificação de países que já incorporaram tal solução nos ordenamentos locais, a exemplo da França e de Portugal. No país lusitano, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever, expressamente, a distribuição do produto da venda realizada pelo GAB ao Fundo de Modernização da Justiça, ao IGFEJ, I.P. e à Comissão de Proteção à Vítimas. Residualmente, as demais receitas decorrentes da administração são destinadas totalmente ao GAB.
- No Brasil, apesar da ausência de previsão da distribuição de recursos no Código Penal, o art. 7º, § 1º, Lei nº 9.613/1998 determina que a União e os Estados regulamentem a destinação dos recursos recuperados, assegurada a utilização para ações de prevenção, repressão e julgamento dos crimes de que trata a lei. No âmbito da Operação Lava Jato, a norma serviu de referência para a homologação de acordo de leniência firmado com a Odebrecht S.A. O acordo previu a destinação de 2,5% do montante recuperado aos órgãos públicos responsáveis pela repressão de crimes de lavagem de dinheiro, o que foi homologado pelo Poder Judiciário.
- Sugere-se, portanto, a previsão de destinação dos recursos efetivamente confiscados a órgãos participantes da investigação patrimonial.



2.2.8. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: MONITORAMENTO DO CONFISCO ALARGADO

- De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira, o controle serve basicamente a duas finalidades: analisar a eficiência do instituto e evitar o comportamento rentista pelos órgãos públicos envolvidos na atividade de recuperação de ativos.
- O comportamento rentista ou *rent seeking* representa a concentração dos órgãos de investigação, apenas, em casos criminais que sejam economicamente atrativos ou, pior, de violação de direitos e de garantias individuais com vistas a incrementar o resultado financeiro do órgão. Em Portugal, o monitoramento é realizado por relatório emitido pela GRA e pelo GAB e, quinquenalmente, a atividade dos órgãos administrativos é avaliada.
- No Brasil, a necessidade de avaliação de medidas legislativas não tem previsão expressa, e tampouco foi tratado nos Projetos. O ato normativo que mais se aproxima em exigir semelhante controle é o Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração de projetos de atos normativos dos órgãos do Poder Executivo. Em linha com o referido decreto, a aplicação do instituto deveria ser avaliada periodicamente em razão da restrição de direitos individuais, notadamente o direito de propriedade. O decreto não apresenta, contudo, detalhamento suficiente para efetiva análise do instituto, notadamente em razão da ausência de previsão de periodicidade e da necessidade de prever as atribuições de todos os órgãos envolvidos.
- Portanto, sugere-se o tratamento do tema no projeto com a previsão específica de artigo prevendo o controle da aplicação do instituto.

2.2.9. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA DE QUE A DECISÃO DE CONFISCO DECLARA O VALOR A SER PERDIDO EM FAVOR DO ESTADO

- Na linha dos estudos de Roberto D'Oliveira Vieira, “a sugestão de redação do projeto incorporou regra expressa a respeito do confisco de lucros ou verbas acessórias advindas do bem ilícito, incorporando previsão do art. 31, parágrafo 6º, da Convenção de Mérida”.
- Desse modo, propõe-se a inserção de previsão expressa no sentido de que a decisão declara o valor a ser perdido em favor do Estado, aproximando o instituto da sua lógica de apuração do patrimônio incongruente.

▪ SUGESTÃO DE PROJETO N. 1

- O CONGRESSO NACIONAL decreta:
- Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.
- Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:
 -
 - Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infração a que a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão e que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, 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.
 - § 1º A perda dos bens deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que indique os requisitos do caput. O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e autuado em apartado.
 - § 2º Para efeito da perda prevista no caput, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
 - I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
 - II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
 - § 3º Constitui ônus do réu demonstrar a compatibilidade apontada pelo Ministério Público.
 - § 4º A decisão reconhecerá o valor a ser perdido em favor do Estado e será proferida nos termos da legislação processual civil.
 - § 5º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, lucros e benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do condenado.
 - § 6º A perda pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de condutas praticadas antes da vigência deste artigo.
 - § 7º Parte da receita gerada pela venda ou conversão dos ativos será convertida em favor dos órgãos com atuação relevante na identificação do patrimônio incompatível com a renda do condenado.
- Art. 91-B. Os chefes do Ministério Públicos da União e dos Estados, as Secretarias de Segurança Pública e o Ministério da Justiça e Segurança Pública elaborarão relatório anual para controle da transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.
- Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens.
-

▪ SUGESTÃO DE PROJETO N. 2

▪ (TEXTO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO)

- Acrescenta o art. 91-A ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar possível o confisco alargado.
- O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:
- Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 91-A:
.....
- “Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:
- I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;
- II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;
- III – tráfico de influência;
- IV – corrupção ativa e passiva;
- V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;
- VI – peculato, em suas modalidades dolosas;
- VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;
- VIII – concussão;
- IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;
- X – facilitação de contrabando ou descaminho;
- XI – enriquecimento ilícito;
- XII – lavagem de dinheiro;

SUGESTÃO DE PROJETO N. 2 – CONTINUAÇÃO
(TEXTO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO)

- XIII – associação criminosa;
- XIV – organização criminosa;
- XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;
- XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.
- § 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:
 - I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;
 - II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;
 - III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.
- § 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.
- § 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.
- § 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.
- § 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.”
-

▪ SUGESTÃO DE PROJETO N. 3

- Dispõe sobre o perdimento de bens em favor da União, nas hipóteses de condenação pelos crimes que especifica.

- O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:
- Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:
- Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:
 - I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;
 - II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;
 - III – tráfico de influência;
 - IV – corrupção ativa e passiva;
 - V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;
 - VI – peculato, em suas modalidades dolosas;
 - VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;
 - VIII – concussão;
 - IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;
 - X – facilitação de contrabando ou descaminho;
 - XI – enriquecimento ilícito;
 - XII – lavagem de dinheiro;
 - XIII – associação criminosa;
 - XIV – organização criminosa;
 - XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

▪ **SUGESTÃO DE PROJETO N. 3 (CONTINUAÇÃO)**

- Dispõe sobre o perdimento de bens em favor da União, nas hipóteses de condenação pelos crimes que especifica.

- XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.
- § 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:
 - I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;
 - II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;
 - III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.
- § 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.
- § 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público ou da União, por meio da Advocacia-Geral da União, que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.
- § 4º Caso legislação especial determine o perdimento em favor do Estado, este ente terá legitimidade para o requerimento previsto neste artigo.
- § 5º Em caso de requerimento apresentado pela União ou pelo Estado, o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
- § 6º Em caso de requerimento apresentado pelo Ministério Público fica facultado à União ou ao Estado habilitar-se como litisconsorte ativo.
- § 7º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.
- § 8º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita. (NR)
- Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

▪ SUGESTÃO DE PROJETO N. 4

- Institui o confisco alargado no Brasil.

- O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:
- Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:
- Art. 91-A. Independentemente da sanção aplicada no caso concreto, na hipótese de condenação por infração penal dolosa que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, e cuja pena privativa de liberdade máxima cominada em abstrato seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, será também efeito da condenação a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do condenado e a parte desse patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por seus rendimentos lícitos ou por outras fontes lícitas.
- § 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:
 - I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;
 - II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;
 - III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação criminal ou civil, ainda que não se consiga determinar seu destino.
- § 2º O confisco alargado pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência desta Lei, observados os parâmetros do caput.
- § 3º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.
- §4º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, os lucros e os benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do investigado.

▪ SUGESTÃO DE PROJETO N. 4 (CONTINUAÇÃO)

- Art. 91-B. A perda do valor deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que demonstre a prática de crime com a pena privativa de liberdade máxima indicada no art. 91-A e a existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do réu.
- § 1º O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e será distribuído por prevenção ao juízo criminal competente para o processo penal principal e autuado em apartado.
- § 2º O pedido poderá ser aditado até a citação do réu caso novos elementos probatórios indiquem a insuficiência do valor indicado.
- § 3º A União ou outra pessoa jurídica ou ente lesado poderá requerer seu ingresso no processo de confisco alargado na qualidade de assistente do Ministério Público.
- Art. 91-C. O réu será citado para contestar o pedido no prazo de 15 (quinze) dias.
- § 1º Constitui ônus do réu demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo autor, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.
- § 2º Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em impugnar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.
- Art. 91-D. O pedido de confisco previsto no art. 91-A será processado simultaneamente com a ação penal, observadas, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil.
- § 1º A demonstração de os bens do réu serem desproporcionais aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos a concluir pela procedência do pedido, não se exigindo a vinculação dos bens com determinado e específico ato criminoso.
- § 2º A decisão será proferida com base no juízo de preponderância das provas apresentadas pelas partes.
- § 3º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.
- Art. 91-E. Parte dos valores arrecadados em decorrência desta lei será destinada a indenizar eventuais vítimas que puderem ser identificadas e ao custeio dos órgãos públicos encarregados da identificação dos bens ou do patrimônio dos réus.
- Art. 91-F. Os chefes do Ministérios Públicos da União e dos Estados elaborarão relatório anual ao Conselho Nacional do Ministério Público para controle de transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.
- Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens ou ativos. (NR)
- Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

LINKS

2ª CCR

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2>

Dissertação Dr. Roberto D'Oliveira Vieira

[https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2337/2/RobertoD%E2%80%99OliveiraVieira Dissertacao2017.pdf](https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2337/2/RobertoD%E2%80%99OliveiraVieira%20Dissertacao2017.pdf)

Membros Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (coordenadora)

Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Subprocurador-Geral da República

Membros Suplentes:

Márcia Noll Barboza

Procuradora Regional da República

Cláudio Dutra Fontella

Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República

Secretário Executivo:

Tulio Borges de Carvalho

MPF

Ministerio Público Federal

DIRETIVA 2014/42/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO
de 3 de abril de 2014
sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 82.º, n.º 2, e o artigo 83.º, n.º 1,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu ⁽¹⁾,

Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões ⁽²⁾,

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário ⁽³⁾,

Considerando o seguinte:

- (1) A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detetar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa.
- (2) Os grupos criminosos organizados ignoram as fronteiras e adquirem cada vez mais ativos em Estados-Membros que não aqueles em que estão baseados e em países terceiros. Faz-se cada vez mais sentir a necessidade de uma cooperação internacional eficaz em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo.
- (3) A estatuição de severas consequências legais para a criminalidade organizada, bem como a deteção eficaz e o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime constituem alguns dos meios mais eficazes para combater esse tipo de criminalidade.
- (4) Embora as estatísticas existentes sejam limitadas, os montantes dos produtos do crime recuperados na União afiguram-se insuficientes quando comparados com o valor estimado desses produtos. Os estudos realizados demonstram que, embora regulamentados pelos direitos nacionais e da União, os procedimentos de perda continuam a ser muito pouco utilizados.
- (5) A adoção de regras mínimas aproximará os regimes de congelamento e de perda dos Estados-Membros, promovendo, assim, a confiança mútua e uma cooperação transfronteiriça eficaz.

⁽¹⁾ JO C 299 de 4.10.2012, p. 128.

⁽²⁾ JO C 391 de 18.12.2012, p. 134.

⁽³⁾ Posição do Parlamento Europeu de 25 de fevereiro de 2014 (ainda não publicada no Jornal Oficial) e Decisão do Conselho de 14 de março de 2014.

- (6) O Programa de Estocolmo e as conclusões do Conselho «Justiça e Assuntos Internos» sobre a perda e a recuperação de ativos, adotadas em junho de 2010, sublinham a importância de maior eficácia na identificação, perda e reutilização de bens de origem criminoso.
- (7) O quadro jurídico em vigor na União em matéria de congelamento, apreensão e perda de ativos é constituído pelos seguintes atos jurídicos: Ação Comum 98/699/JAI ⁽¹⁾, Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho ⁽²⁾, Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho ⁽³⁾, Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho ⁽⁴⁾ e Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho ⁽⁵⁾.
- (8) Conclui-se dos relatórios da Comissão sobre a aplicação das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI que os regimes vigentes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não são plenamente eficazes. A perda é dificultada pelas diferenças existentes entre os direitos dos Estados-Membros.
- (9) A presente diretiva visa alterar e alargar as disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI. Essas decisões-quadro deverão ser parcialmente substituídas para os Estados-Membros vinculados pela presente diretiva.
- (10) Os Estados-Membros são livres de desencadear procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente.
- (11) É necessário clarificar a atual definição de produtos do crime de modo a incluir não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. Assim, o produto pode incluir quaisquer bens, inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em parte, noutros bens, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura. Pode igualmente incluir o rendimento ou outros ganhos derivados do produto do crime, ou dos bens em que esse produto tenha sido transformado, convertido ou misturado.
- (12) A presente diretiva prevê uma definição lata dos bens que poderão ser objeto de congelamento e de perda. Esta definição abrange os documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados. Tais documentos ou atos podem incluir, por exemplo, instrumentos financeiros ou documentos que deem origem a direitos de credor, habitualmente encontrados na posse da pessoa em causa nos procedimentos pertinentes. A presente diretiva não prejudica os procedimentos nacionais em vigor no que respeita à conservação dos documentos legais ou dos atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados, aplicados pelas autoridades nacionais ou órgãos públicos competentes nos termos do direito nacional.
- (13) O congelamento e a perda previstos na presente diretiva são conceitos autónomos que não deverão impedir os Estados-Membros de executarem a presente diretiva através de meios que, nos termos do direito nacional, seriam considerados sanções ou com outros tipos de medidas.

⁽¹⁾ Ação Comum 98/699/JAI, de 3 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime (JO L 333 de 9.12.1998, p. 1).

⁽²⁾ Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (JO L 182 de 5.7.2001, p. 1).

⁽³⁾ Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas (JO L 196 de 2.8.2003, p. 45).

⁽⁴⁾ Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime (JO L 68 de 15.3.2005, p. 49).

⁽⁵⁾ Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda (JO L 328 de 24.11.2006, p. 59).

- (14) Para a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência da decisão definitiva de um tribunal, ou de bens de valor equivalente ao desses instrumentos e produtos, deverá ser aplicada a definição alargada de infrações penais abrangidas pela presente diretiva. A Decisão-Quadro 2001/500/JAI exige que os Estados-Membros possibilitem a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência de uma condenação definitiva, bem como a perda de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos e produtos. Essas obrigações deverão manter-se no que toca às infrações penais não abrangidas pela presente diretiva, e a definição de produtos dela constante deverá ser interpretada do mesmo modo no que respeita às infrações penais não abrangidas pela presente diretiva. Os Estados-Membros são livres de definir a perda de bens de valor equivalente como medida subsidiária ou alternativa à perda direta, consoante adequado nos termos do direito nacional.
- (15) Sob reserva de condenação definitiva por uma infração penal, deverá ser possível decidir a perda de instrumentos e de produtos do crime, ou de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos ou produtos, condenação essa que poderá também ser proferida em processos à revelia. Se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá todavia continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido. Porém, em tais casos de doença ou de fuga, a existência de processos à revelia nos Estados-Membros é suficiente para dar cumprimento a essa obrigação. Se o suspeito ou arguido estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda.
- (16) Para efeitos da presente diretiva, deverá entender-se por doença a incapacidade do suspeito ou arguido de comparecer no processo penal durante um período prolongado, impedindo, assim, que o processo decorra dentro da normalidade. Poder-se-á requerer que os suspeitos ou arguidos apresentem prova da doença, nomeadamente um atestado médico, que o tribunal poderá não tomar em consideração caso considere a prova insuficiente. O direito que assiste ao suspeito ou arguido de se fazer representar no processo por um advogado não deverá ser afetado.
- (17) Ao executar a presente diretiva em relação à perda de bens cujo valor corresponda ao dos instrumentos do crime, as disposições pertinentes poderão ser aplicáveis caso, atendendo à especificidade do processo em apreço, tais medidas sejam proporcionadas, nomeadamente face ao valor dos instrumentos em causa. Os Estados-Membros poderão também ter em conta se a pessoa condenada é ou não, e em que medida, responsável pela impossibilidade de se decidir a perda dos instrumentos do crime.
- (18) Ao executar a presente diretiva, os Estados-Membros podem estatuir que, em circunstâncias excecionais, a perda não seja ordenada, desde que, nos termos do direito nacional, tal acarrete dificuldades indevidas para a pessoa em causa, com base na especificidade do caso, a qual deverá ser decisiva. Os Estados-Membros deverão fazer uso muito restrito desta possibilidade, só devendo poder estatuir que a perda não seja ordenada em casos que coloquem a pessoa em causa numa situação em que lhe seja muito difícil sobreviver.
- (19) Os grupos criminosos desenvolvem uma grande diversidade de atividades criminosas. Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada». A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única.
- (20) Ao determinar se uma infração penal é suscetível de ocasionar benefícios económicos, os Estados-Membros podem ter em conta os modos de atuação, por exemplo, o facto de a infração ter ou não sido cometida no âmbito de um crime organizado ou com o intuito de gerar lucros regulares. Tal não deverá, porém, em geral prejudicar a possibilidade de recorrer à perda alargada.

- (21) Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.
- (22) A presente diretiva estabelece normas mínimas. Não impede os Estados-Membros de preverem no seu direito nacional poderes mais alargados, designadamente no que toca às suas regras em matéria de elementos probatórios.
- (23) A presente diretiva aplica-se às infrações penais abrangidas pelo âmbito de aplicação dos atos nela enumerados. Dentro do âmbito de aplicação desses atos, os Estados-Membros deverão aplicar a perda alargada pelo menos a certas infrações penais definidas na presente diretiva.
- (24) A prática de os suspeitos ou arguidos transferirem os seus bens para terceiros com conhecimento de causa, de modo a evitar a sua perda, é muito comum e cada vez mais generalizada. O quadro jurídico da União em vigor não contém regras vinculativas em matéria de perda de bens transferidos para terceiros. Por conseguinte, afigura-se cada vez mais necessário autorizar a perda dos bens transferidos para terceiros ou por eles adquiridos. A aquisição por terceiros abrange as situações em que, por exemplo, os bens tenham sido direta ou indiretamente adquiridos por um terceiro ao suspeito ou arguido, nomeadamente através de um intermediário, inclusive quando a infração tenha sido cometida em seu nome ou em seu benefício e quando o arguido não possuir bens suscetíveis de perda. Deverá ser possível decidir a perda pelo menos nos casos em que o terceiro saiba ou deva saber que a transferência ou aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, inclusive no facto de a transferência ter sido efetuada a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado. As regras relativas à perda de bens de terceiros dever-se-ão aplicar tanto a pessoas singulares como a pessoas coletivas. Em qualquer dos casos, os direitos de terceiros de boa-fé não deverão ser lesados.
- (25) Os Estados-Membros são livres de definir a perda de bens de terceiros como uma medida subsidiária ou alternativa à perda direta, consoante seja adequado nos termos do direito nacional.
- (26) A perda conduz à privação definitiva de um bem. Contudo, a salvaguarda dos bens pode constituir uma das condições prévias da perda, podendo ser importante para a execução de uma decisão de perda. Os bens são salvaguardados por meio de congelamento. A fim de evitar o desaparecimento dos bens antes de a decisão de congelamento poder ser proferida, deverão ser conferidos às autoridades competentes dos Estados-Membros poderes para tomarem medidas imediatas destinadas a salvaguardar esses bens.
- (27) Dado que os bens são frequentemente salvaguardados para efeitos de perda, o congelamento e a perda têm estreita ligação. Em certos sistemas jurídicos, o congelamento para efeitos de perda é considerado como medida processual separada, de natureza provisória, que pode ser seguida de uma decisão de perda. Sem prejuízo dos diferentes sistemas jurídicos nacionais e da Decisão-Quadro 2003/577/JAI, a presente diretiva deverá aproximar certos aspetos dos sistemas nacionais de congelamento para efeitos de perda.
- (28) As medidas de congelamento não prejudicam a possibilidade de certos bens específicos serem considerados provas durante todo o processo, contanto que os mesmos venham a ser disponibilizados para efeitos de execução efetiva da decisão de perda.

- (29) No âmbito de uma ação penal, os bens podem também ser congelados com vista a uma eventual restituição subsequente ou no intuito de salvaguardar a indemnização pelos danos causados por uma infração penal.
- (30) É muito frequente que os suspeitos ou arguidos escondam os seus bens enquanto decorre a ação penal. Nesses casos, as decisões de perda não podem ser executadas, permitindo aos seus destinatários usufruir dos bens após o cumprimento da pena que lhes foi imposta. Por conseguinte, é necessário permitir a determinação exata do património cuja perda deva ser decidida, mesmo após a condenação definitiva por uma infração penal, de modo a possibilitar a plena execução das decisões de perda caso inicialmente não tenham sido identificados bens, ou bens suficientes, e a decisão de perda não tenha sido executada.
- (31) Atendendo às restrições ao direito de propriedade impostas pelas decisões de congelamento, tais medidas provisórias não deverão manter-se em vigor mais tempo do que o necessário para salvaguardar a disponibilidade dos bens tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tal poderá obrigar o tribunal a reapreciar o caso para se certificar de que o objetivo de prevenção do desaparecimento dos bens continua válido.
- (32) Os bens congelados tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente deverão ser geridos de modo a que não se desvalorizem. Os Estados-Membros deverão adotar as medidas necessárias para minimizar essa depreciação, prevendo, nomeadamente, a possibilidade de vender ou de transferir propriedade. Deverão também tomar medidas adequadas, por exemplo, criar serviços nacionais centralizados de administração de ativos, um conjunto de serviços especializados ou mecanismos equivalentes, para administrar eficazmente os bens congelados antes de a sua perda ser decidida e preservar o seu valor, na pendência de uma decisão judicial.
- (33) A presente diretiva afeta consideravelmente os direitos das pessoas, não só os direitos dos suspeitos ou arguidos, mas também os de terceiros que não sejam sujeitos processuais. Por conseguinte, importa estabelecer garantias específicas e vias de recurso judicial para assegurar que, ao executar a presente diretiva, se respeitem os direitos fundamentais das pessoas. Isso inclui o direito a ser ouvido que assiste a terceiros que alegam ser proprietários dos bens em causa ou titulares de outros direitos de propriedade («direitos reais» ou «*ius in re*»), como o direito de usufruto. A decisão de congelamento deverá ser comunicada à pessoa em causa o mais rapidamente possível após a sua execução. No entanto, por imperativos da investigação, as autoridades competentes podem adiar a comunicação dessas decisões à pessoa em causa.
- (34) A comunicação da decisão de congelamento visa, nomeadamente, permitir à pessoa em causa a impugnação da decisão. Essa comunicação deverá, pois, indicar, pelo menos em forma resumida, o fundamento ou os fundamentos de tal decisão, no pressuposto de que essa indicação poderá ser muito sucinta.
- (35) Os Estados-Membros deverão considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam que os bens cuja perda tenha sido decidida sejam utilizados para fins de interesse público ou sociais. Essas medidas poderão passar, nomeadamente, pela afetação dos bens a projetos de repressão e de prevenção da criminalidade, bem como a outros projetos de interesse público e utilidade social. A obrigação de considerar a tomada de medidas implica uma obrigação processual para os Estados-Membros, como proceder a uma análise jurídica ou discutir as vantagens e os inconvenientes da introdução de medidas. Ao administrarem os bens congelados e ao adotarem medidas respeitantes à utilização de bens cuja perda tenha sido decidida, os Estados-Membros deverão diligenciar no sentido de impedir a infiltração de redes criminosas ou ligadas a atividades ilícitas.
- (36) Existem poucas fontes fidedignas de dados sobre o congelamento e a perda de produtos do crime. A fim de permitir a avaliação da presente diretiva, será necessário reunir um conjunto mínimo de dados estatísticos pertinentes e comparáveis em matéria de congelamento e de perda de bens, de deteção de bens, de atividades judiciais e de alienação de bens.

- (37) Os Estados-Membros deverão procurar recolher a nível central dados com vista à elaboração de determinadas estatísticas, a fim de as transmitir à Comissão. Significa isso que os Estados-Membros deverão desenvolver esforços razoáveis para recolher os dados em questão. Isso não significa, contudo, que fiquem sujeitos à obrigação de resultado de recolher os dados se tal implicar um ónus administrativo desproporcionado ou custos excessivos para o Estado-Membro em causa.
- (38) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), na interpretação que lhe é dada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A presente diretiva deverá ser executada em conformidade com esses direitos e princípios. A presente diretiva não deverá prejudicar as leis nacionais relativas ao apoio judiciário e não cria quaisquer obrigações para os sistemas de apoio judiciário dos Estados-Membros, que deverão ser aplicados em conformidade com a Carta e a CEDH.
- (39) Deverão ser instituídas garantias específicas a fim de assegurar que, regra geral, as decisões de perda sejam fundamentadas, a não ser que, em processos penais simplificados relativos a casos de menor gravidade, a pessoa em causa tenha renunciado ao direito de obter uma fundamentação.
- (40) A presente diretiva deverá ser executada tendo em conta o disposto na Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽¹⁾, na Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽²⁾ e na Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽³⁾ relativamente aos direitos processuais em processo penal.
- (41) Atendendo a que o objetivo da presente diretiva, a saber, facilitar a perda de bens em matéria penal, não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-Membros, mas pode ser mais bem alcançado ao nível da União, a União pode tomar medidas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia (TUE). Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para alcançar esse objetivo.
- (42) Nos termos do artigo 3.º e do artigo 4.º-A, n.º 1, do Protocolo n.º 21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, anexo ao TUE e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a Irlanda notificou que deseja participar na adoção e na aplicação da presente diretiva. Em conformidade com esse protocolo, a Irlanda fica vinculada pela presente diretiva apenas no que respeita às infrações penais abrangidas pelos atos a que esteja vinculada.
- (43) Nos termos dos artigos 1.º e 2.º e do artigo 4.º-A, n.º 1, do Protocolo n.º 21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, anexo ao TUE e ao TFUE, e sem prejuízo do artigo 4.º do referido Protocolo, o Reino Unido não participa na adoção da presente diretiva, que não o vincula nem se lhe aplica. Sob reserva da sua participação nos termos do artigo 4.º do referido Protocolo, o Reino Unido fica vinculado pela presente diretiva apenas no que respeita às infrações penais abrangidas pelos atos a que esteja vinculado.
- (44) Nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo n.º 22 relativo à posição da Dinamarca, anexo ao TUE e ao TFUE, a Dinamarca não participa na adoção da presente diretiva, que não a vincula nem se lhe aplica,

⁽¹⁾ Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal (JO L 280 de 26.10.2010, p. 1).

⁽²⁾ Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal (JO L 142 de 1.6.2012, p. 1).

⁽³⁾ Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares (JO L 294 de 6.11.2013, p. 1).

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

Artigo 1.º

Objeto

1. A presente diretiva estabelece regras mínimas para o congelamento de bens tendo em vista a eventual perda subsequente e para a perda de produtos do crime.
2. A presente diretiva não prejudica os procedimentos que os Estados-Membros possam utilizar para decidir a perda dos bens em questão.

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

- 1) «Produto», qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis;
- 2) «Bens», os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados;
- 3) «Instrumentos», quaisquer bens utilizados ou que se destinem a ser utilizados, seja de que maneira for, no todo ou em parte, para cometer uma ou várias infrações penais;
- 4) «Perda», a privação definitiva de um bem, decretada por um tribunal relativamente a uma infração penal;
- 5) «Congelamento», a proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo;
- 6) «Infração penal», as infrações de natureza penal abrangidas por qualquer dos atos enumerados no artigo 3.º

Artigo 3.º

Âmbito de aplicação

A presente diretiva é aplicável às infrações penais abrangidas pelos seguintes atos:

- a) Convenção estabelecida com base no artigo K.3, n.º 2, alínea c), do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia ⁽¹⁾ («Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários»);
- b) Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, de 29 de maio de 2000, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspetiva da introdução do euro ⁽²⁾;
- c) Decisão-Quadro 2001/413/JAI do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário ⁽³⁾;

⁽¹⁾ JO C 195 de 25.6.1997, p. 1.

⁽²⁾ JO L 140 de 14.6.2000, p. 1.

⁽³⁾ JO L 149 de 2.6.2001, p. 1.

- d) Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime ⁽¹⁾;
- e) Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo ⁽²⁾;
- f) Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no setor privado ⁽³⁾;
- g) Decisão-Quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de outubro de 2004, que adota regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga ⁽⁴⁾;
- h) Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada ⁽⁵⁾;
- i) Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho ⁽⁶⁾;
- j) Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho ⁽⁷⁾;
- k) Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de agosto de 2013, relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho ⁽⁸⁾.

bem como quaisquer outros atos jurídicos, se os mesmos previrem especificamente que a presente diretiva se aplica às infrações penais neles harmonizadas.

Artigo 4.º

Perda

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos instrumentos e produtos ou dos bens cujo valor corresponda a tais instrumentos ou produtos, sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de processo à revelia.
2. Se não for possível a perda com base no n.º 1, e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo.

Artigo 5.º

Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

⁽¹⁾ JO L 182 de 5.7.2001, p. 1.

⁽²⁾ JO L 164 de 22.6.2002, p. 3.

⁽³⁾ JO L 192 de 31.7.2003, p. 54.

⁽⁴⁾ JO L 335 de 11.11.2004, p. 8.

⁽⁵⁾ JO L 300 de 11.11.2008, p. 42.

⁽⁶⁾ JO L 101 de 15.4.2011, p. 1.

⁽⁷⁾ JO L 335 de 17.12.2011, p. 1.

⁽⁸⁾ JO L 218 de 14.8.2013, p. 8.

2. Para efeitos do n.º 1 do presente artigo, o conceito de «infração penal» inclui pelo menos os seguintes elementos:
- a) A corrupção ativa e passiva no setor privado, conforme disposto no artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI, bem como a corrupção ativa e passiva em que estejam implicados funcionários das instituições da União ou dos Estados-Membros, conforme disposto respetivamente nos artigos 2.º e 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários;
 - b) As infrações relativas à participação em organização criminosa, conforme disposto no artigo 2.º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI, pelo menos nos casos em que a infração ocasionou um benefício económico;
 - c) O aliciamento ou o recrutamento de uma criança para participar em espetáculos pornográficos ou explorar uma criança para tais fins, como fonte de rendimento ou de qualquer outra forma, se a criança tiver atingido a maioridade sexual, conforme disposto no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2011/93/UE; a distribuição, difusão ou transmissão de pornografia infantil, conforme disposto no artigo 5.º, n.º 4, dessa diretiva; a oferta, fornecimento ou disponibilização de pornografia infantil, conforme disposto no artigo 5.º, n.º 5, dessa diretiva; a produção de pornografia infantil, conforme disposto no artigo 5.º, n.º 6, dessa diretiva;
 - d) A interferência ilegal em sistemas e a interferência ilegal nos dados, conforme disposto respetivamente nos artigos 4.º e 5.º da Diretiva 2013/40/UE, quando um número significativo de sistemas de informação for afetado mediante o uso de um dos meios previstos no artigo 7.º dessa diretiva, concebido ou adaptado essencialmente para esse fim; a intencional produção, venda, aquisição para uso, importação, distribuição ou qualquer outra forma de disponibilização dos instrumentos utilizados para cometer infrações, pelo menos em casos de alguma gravidade, conforme disposto no artigo 7.º dessa diretiva;
 - e) As infrações penais puníveis nos termos de um dos atos aplicáveis indicados no artigo 3.º ou, se esse ato não estabelecer um limiar, nos termos do direito nacional aplicável, por uma pena privativa de liberdade cujo máximo não pode ser inferior a quatro anos.

Artigo 6.º

Perda de bens de terceiros

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos produtos ou dos bens cujo valor corresponda a produtos que, direta ou indiretamente, foram transferidos para terceiros por um suspeito ou arguido, ou que foram adquiridos por terceiros a um suspeito ou arguido, pelo menos nos casos em que o terceiro sabia ou devia saber que a transferência ou a aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, nomeadamente o facto de a transferência ou aquisição ter sido feita a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado.
2. O n.º 1 deve ser interpretado de forma a não prejudicar os direitos de terceiros de boa-fé.

Artigo 7.º

Congelamento

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir o congelamento de bens, tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tais medidas, que devem ser impostas pela autoridade competente, incluem uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens.
2. Os bens na posse de terceiros, conforme referido no artigo 6.º, podem ser sujeitos a medidas de congelamento para efeitos de uma eventual decisão de perda subsequente.

*Artigo 8.º***Salvaguardas**

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que as pessoas afetadas pelas medidas previstas na presente diretiva tenham acesso a vias de recurso efetivas e a um julgamento equitativo, para defender os seus direitos.
2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que a decisão de congelamento seja comunicada à pessoa em causa o mais rapidamente possível após a sua execução. Essa comunicação inclui, pelo menos em forma resumida, o fundamento ou os fundamentos de tal decisão. Quando tal for necessário para não prejudicar uma investigação criminal, as autoridades competente podem adiar a comunicação da decisão de congelamento à pessoa em causa.
3. As decisões de congelamento apenas vigoram enquanto tal for necessário para salvaguardar os bens tendo em vista a eventual decisão de perda subsequente.
4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade efetiva de a pessoa cujos bens sejam afetados impugnar em tribunal a decisão de congelamento, em conformidade com os processos previstos no direito nacional. Esses processos podem prever que, caso a decisão inicial de congelamento tenha sido tomada por uma autoridade competente que não seja uma autoridade judiciária, essa decisão tenha de ser submetida primeiro a uma autoridade judiciária para validação ou revisão, antes de poder ser impugnada em tribunal.
5. Os bens congelados que não venham a ser objeto de uma decisão de perda subsequente são restituídos imediatamente. As condições ou as regras processuais que permitem restituir tais bens são determinadas no direito nacional.
6. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que todas as decisões de perda são fundamentadas e que a decisão é comunicada à pessoa em causa. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade efetiva de a pessoa destinatária de uma decisão de perda impugnar em tribunal essa decisão.
7. Sem prejuízo da Diretiva 2012/13/UE e da Diretiva 2013/48/UE, as pessoas cujos bens sejam afetados pela decisão de perda têm o direito de ter acesso a um advogado durante todo o processo de decisão de perda em relação à determinação dos produtos e instrumentos, a fim de poder defender os seus direitos. As pessoas em causa são informadas deste direito.
8. Nos procedimentos referidos no artigo 5.º, a pessoa em causa deve ter a possibilidade efetiva de contestar as circunstâncias do caso, nomeadamente os factos concretos e as provas disponíveis com base nos quais os bens em causa são considerados bens provenientes de comportamento criminoso.
9. Os terceiros têm direito a invocar o seu título de propriedade ou outros direitos reais, inclusive nos casos referidos no artigo 6.º.
10. Caso, em consequência de infração penal, as vítimas possam pedir uma reparação a pessoas sujeitas a medidas de perda previstas ao abrigo da presente diretiva, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que as medidas de perda não impeçam que as vítimas reclamem uma indemnização.

*Artigo 9.º***Perda e execução efetivas**

Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a deteção e o rastreio dos bens a congelar e cuja perda deva ser decidida, mesmo após condenação definitiva por infração penal ou na sequência de processo para aplicação do artigo 4.º, n.º 2, e asseguram a execução efetiva da decisão de perda, caso esta tenha sido proferida.

*Artigo 10.º***Administração dos bens congelados e declarados perdidos**

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias, por exemplo através da criação de serviços centralizados, de um conjunto de serviços especializados ou mecanismos equivalentes, para assegurar a administração adequada dos bens congelados tendo em vista a eventual decisão de perda subsequente.

2. Os Estados-Membros asseguram que as medidas referidas no n.º 1 incluam a possibilidade de vender ou de transferir os bens, sempre que necessário.

3. Os Estados-Membros devem considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam que os bens cuja perda seja decidida sejam utilizados para fins de interesse público ou sociais.

*Artigo 11.º***Estatísticas**

1. Os Estados-Membros recolhem periodicamente junto das autoridades competentes e mantêm estatísticas exaustivas. As estatísticas recolhidas são transmitidas anualmente à Comissão e incluem:

- a) O número de decisões de congelamento executadas;
- b) O número de decisões de perda executadas;
- c) O valor estimado dos bens congelados, calculado à data do congelamento, pelo menos dos bens congelados tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente;
- d) O valor estimado dos bens recuperados, calculado à data da perda.

2. Os Estados-Membros transmitem também anualmente à Comissão as seguintes estatísticas, se delas dispuserem a nível central no Estado-Membro em causa:

- a) O número de pedidos para executar decisões de congelamento noutro Estado-Membro;
- b) O número de pedidos para executar decisões de perda noutro Estado-Membro;
- c) O valor ou o valor estimado dos bens recuperados na sequência de uma execução noutro Estado-Membro.

3. Os Estados-Membros procuram recolher a nível central os dados referidos no n.º 2.

*Artigo 12.º***Transposição**

1. Os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 4 de outubro de 2015. Os Estados-Membros transmitem imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.
2. Quando os Estados-Membros adotarem essas disposições, estas incluem uma referência à presente diretiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades da referência são estabelecidas pelos Estados-Membros.
3. Os Estados-Membros comunicam à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem na matéria regulada pela presente diretiva.

*Artigo 13.º***Relatório**

A Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 4 de outubro de 2018, um relatório no qual avalie o impacto do direito nacional em vigor em matéria de perda e de recuperação de bens, acompanhado das propostas adequadas, se necessário.

Nesse relatório, a Comissão avalia também se há necessidade de rever a lista de infrações do artigo 5.º, n.º 2.

*Artigo 14.º***Substituição da Ação Comum 98/699/JAI e de determinadas disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI**

1. São substituídos pela presente diretiva, para os Estados-Membros que a ela estão vinculados, a Ação Comum 98/699/JAI, o artigo 1.º, alínea a), e os artigos 3.º e 4.º da Decisão-Quadro 2001/500/JAI, assim como o artigo 1.º, primeiro ao quarto travessões, e o artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, sem prejuízo das obrigações desses Estados-Membros quanto ao prazo de transposição destas decisões-quadro para o direito nacional.
2. Para os Estados-Membros que estão vinculados à presente diretiva, as referências à Ação Comum 98/699/JAI e às disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI, que são referidas no n.º 1, devem ser entendidas como referências à presente diretiva.

*Artigo 15.º***Entrada em vigor**

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

*Artigo 16.º***Destinatários**

Os destinatários da presente diretiva são os Estados-Membros, em conformidade com os Tratados.

Feito em Bruxelas, em 3 de abril de 2014.

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente

M. SCHULZ

Pelo Conselho

O Presidente

D. KOURKOULAS



Pró-Reitoria Acadêmica

Escola de Direito

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

**ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO DO CONFISCO ALARGADO: APORTES DA
PERDA ALARGADA PARA O BRASIL**

Autor: Roberto D'Oliveira Vieira

Orientador: Prof. Dr. Nefi Cordeiro

**Brasília - DF
2017**

ROBERTO D'OLIVEIRA VIEIRA

**ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO DO CONFISCO ALARGADO:
APORTES DA PERDA ALARGADA PARA O BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Nefi Cordeiro

Brasília

2017

V658a Vieira, Roberto D'Oliveira.
 Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda
 alargada para o Brasil / Roberto D'Oliveira Vieira – 2017.
 134 f. ; 30 cm

 Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, 2017.
 Orientação: Prof. Dr. Nefi Cordeiro

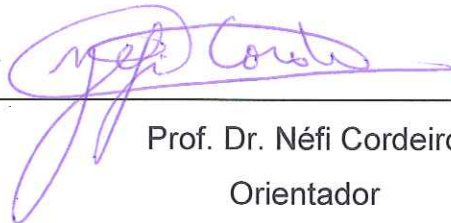
 1. Confisco alargado. 2. Crimes de colarinho branco. 3. Produto do
 crime. I. Cordeiro, Nefi, orient. II. Título.

CDU 34

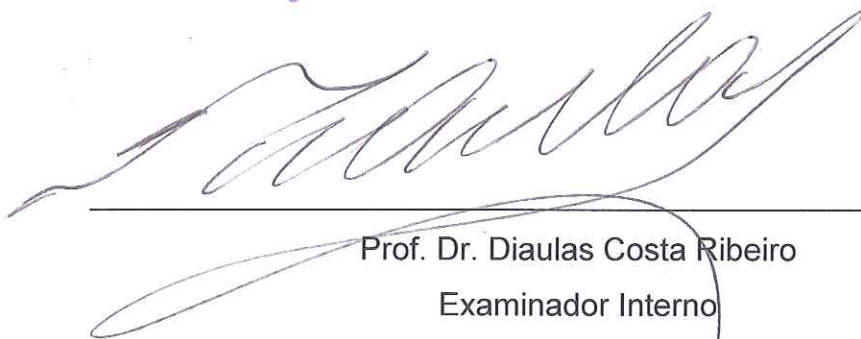


UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA - UCB
Escola de Humanidades e Direito
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

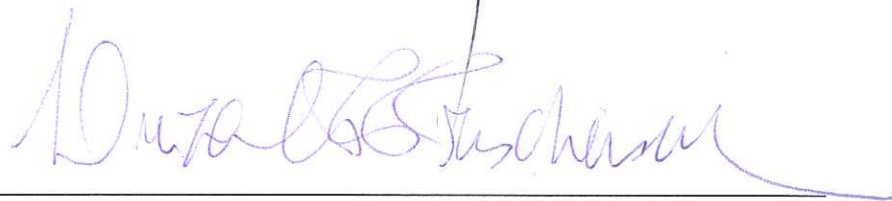
Dissertação de autoria de **Roberto D'Oliveira Vieira**, intitulada "ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO DO CONFISCO ALARGADO: APORTES DA PERDA ALARGADA PARA O BRASIL." apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Católica de Brasília, em 21 de novembro de 2017, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:



Prof. Dr. Néfi Cordeiro
Orientador



Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro
Examinador Interno



Profª. Drª. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Examinador Externo

Brasília
2017

Para Natália, grande entusiasta desta dissertação, e Eduardo, pequeno incentivador que apareceu em nossas vidas no decorrer do Mestrado.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Doutor Nefi Cordeiro, pela valiosa orientação.

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pela acolhida no período de visita à Universidade Católica Portuguesa e pela dedicação empreendida para buscar as melhores condições para o desenvolvimento da pesquisa em Portugal.

À estadia oferecida pelos funcionários e professores da Universidade Católica Portuguesa, em especial ao Professor Doutor Pedro Garcia Marques, integrante do Centro de Investigação da Faculdade de Direito.

Em Lisboa, tive a oportunidade de discutir alguns aspectos da perda alargada com os Professores Doutores Pedro Caeiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e José Manuel Damião da Cunha, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, a quem deixo meus agradecimentos pela oportunidade oferecida.

Ao Professor Doutor Diaulas Costa Ribeiro, por ter me apresentado o caminho para a Lisboa.

A estadia e o êxito da pesquisa em Lisboa não seriam os mesmos se não fosse o empenho da Secretaria de Cooperação Internacional, na pessoa dos colegas Vladimir Barros Aras e Rodrigo Leite Prado e da assessora-chefe Georgia Renata Sanchez Diogo. Em Portugal, tive a honra de conhecer mais sobre o instituto da perda alargada com as Procuradoras da República Helena Gonçalves e Lurdes Lopes, chefe de gabinete e assessora da Procuradoria-Geral da República de Portugal, com a Diretora do Gabinete de Administração de Bens, Carla Pinheiro, e com o Inspetor Chefe no Gabinete de Recuperação de Activos do Norte, Orlando Mascarenhas.

À receptividade do Doutor João Conde Correia, na visita realizada à Procuradoria-Geral Distrital do Porto, Procurador da República cuja obra serve de referência para a dissertação.

Aos Professores Doutores Júlio Cesar Aguiar e Benjamin Miranda Tabak, pelas críticas formuladas ao longo do Mestrado na Universidade Católica de Brasília.

Aos membros da banca de qualificação, Professores Doutores Nefi Cordeiro, Diaulas Costa Ribeiro e Maurício do Valle, pelas relevantes observações.

Aos colegas Procuradores da República Paulo Rubens Carvalho Marques e Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes, pelo auxílio na revisão da dissertação. Agradeço do mesmo modo aos Procuradores da República Deltan Martinazzo Dallagnol, Daniel Resende Salgado e Marco Aurélio Alves Adão pelo incentivo ao desenvolvimento do tema.

Aos colegas de mestrado e aos amigos Raul Ferraz Gominho Leal Jardim e Marcus

Vinícius Duarte Malta pela companhia durante as curtas estadias em Brasília.

À professora Irene Lage de Britto, pela colaboração na padronização do texto às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Ao colega Procurador da República André Sampaio Viana e aos servidores da Procuradoria da República no Município de Vitória da Conquista pela imprescindível ajuda na difícil tarefa de conciliar o mestrado com o desempenho das funções no 1º Ofício.

À Escola Superior do Ministério Público da União, pelo estímulo oferecido aos membros do Ministério Público da União no desenvolvimento de pesquisa de temas de interesse institucional.

Aos meus pais, Roberto e Carmen, pelo permanente incentivo em sempre buscar o crescimento na vida profissional. Aos meus irmãos, Ricardo, Letícia e Renato e aos meus cunhados, Joana, Jorge e Katiusha, pelo intenso convívio familiar que serve de alicerce para minha formação. Aos meus sobrinhos, Francisco, Pedro, Gabriel, Rafaela, Júlia, Luísa, Davi e Valentina, por me lembrarem que a felicidade está em pequenos momentos da vida. Aos meus sogros, Tânia e Antônio, pelo apoio oferecido nos desafios que surgiram no curso do Mestrado.

À minha esposa, Natália, e ao meu filho, Eduardo, fontes de amor e de inspiração.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a proposta legislativa de confisco alargado pendente de apreciação no Congresso. A estrutura do Projeto de Lei nº 4.850/2016 (PL) e a evolução do instituto no Direito Comparado, desde as Convenções de Mérida, de Palermo e das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes até a atual consolidação com a Diretiva 2014/42/UE são estudadas. Portugal foi selecionado para a proposta legislativa em razão da aproximação do projeto legislativo em discussão no Congresso. A conclusão, na ótica do estudo, indica o desenvolvimento insuficiente no PL nº 4.850/2016 quanto à definição do *standard* probatório, à inversão do ônus da prova, à dificuldade do rito escolhido para a execução do novo instrumento e à ausência de previsão de especialização de órgão estatal com o objetivo específico de realizar a investigação patrimonial. O Projeto segue em linha à orientação internacional ao apresentar o rol de crimes que permitem o confisco alargado.

Palavras-chave: confisco alargado. Crimes de colarinho branco. Produto do crime.

ABSTRACT

This study aims to make an analysis of the extended confiscation pending in Congress. To face that issue, the structure of the Draft Law nº 4.850/2016 (DL) and the evolution of the institute in comparative law from de Merida and Palermo Conventions and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances to the current consolidation with the Directive 2014/42/EU are presented. Portugal was selected as parameters for analyzes the draft because of the similarity. The conclusion, in the view of the study, indicates some imperfect approach on DL 4.850/2016 regarding the definition of the evidential standard, the reversal of the burden of proof, the negative points of the proceeds chosen burden of proof and finally to forecast state agency specialized for the specific purpose of performing equity research. The Draft is in line with international guidance when presenting the list of crimes that allow extended confiscation application.

Keywords: extended confiscation – white collar crimes - proceeds of crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
Capítulo 1	
CONFISCO ALARGADO.....	15
1.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO.....	15
1.1.1 Confisco Clássico.....	15
1.1.2 Confisco Alargado.....	17
1.2 TRATADOS INTERNACIONAIS E ATOS DA UNIÃO EUROPEIA.....	20
1.2.1 Tratados Internacionais.....	20
1.2.2 Atos da União Europeia.....	22
1.3 A PERSECUÇÃO PATRIMONIAL E A BUSCA POR INSTRUMENTOS DE REPRESSÃO A CRIMES LUCRATIVOS.....	27
1.3.1 A Expansão do Direito Penal.....	27
1.3.2 A Influência da Análise Econômica do Direito.....	32
Capítulo 2	
A PERDA ALARGADA EM PORTUGAL.....	40
2.1 O CONFISCO E A LEI Nº 5/2002.....	40
2.2 REQUISITOS DA PERDA ALARGADA.....	43
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO E DA PERDA ALARGADA.....	51
2.4 REGIME PROCESSUAL DA PERDA ALARGADA.....	53
2.5 A PERDA ALARGADA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL..	63
2.6 O GABINETE DE RECUPERAÇÃO DE ACTIVOS E O GABINETE DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS.....	65
2.7 DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E MONITORAMENTO.....	71
Capítulo 3	
O CONFISCO PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	74
3.1 CONFISCO E PENA DE CONFISCO	74
3.2 ESPÉCIES DE CONFISCO.....	76
3.2.1 Confisco no Código Penal.....	76
3.2.2 Confisco na Legislação Especial.....	78
3.3 NATUREZA DO CONFISCO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO.....	80
3.4 REGIME PROCESSUAL DO CONFISCO.....	82
3.4.1 Imputação Patrimonial.....	83
3.4.2 Medidas Cautelares Patrimoniais.....	84
3.4.3 Defesa.....	88
3.4.4 Sentença Condenatória e o Confisco de Bens.....	89
3.5 INEFICÁCIA DO PROCESSO PENAL PATRIMONIAL E DO CONFISCO.....	91
Capítulo 4	
PROJETO DE LEI Nº 4.850/2016.....	93
4.1 HISTÓRICO.....	93
4.2 O CONFISCO ALARGADO NO PL 4.850/2016.....	94
4.2.1 Requisitos do Confisco Alargado.....	96
4.2.2 Natureza.....	101
4.2.3 Regime Processual do Confisco Alargado.....	102
4.3 LACUNAS.....	112

4.3.1 Aplicação Retroativa do Confisco Alargado.....	112
4.3.2 Investigação Patrimonial.....	113
4.3.3 Distribuição dos Recursos Recuperados e Monitoramento.....	117
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	123

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Investigação patrimonial	104
---	-----

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o confisco de bens foi relegado a um papel secundário na persecução penal. A atenção ao patrimônio do investigado era voltada apenas para a comprovação da materialidade e da autoria do crime.¹ Contudo, verifica-se o redirecionamento da atenção estatal para a persecução patrimonial no Brasil e em outros países desde que o tema foi destacado pela sociedade internacional na forma de tratados e convenções, espalhando-se pelos respectivos ordenamentos jurídicos.

Ao menos três importantes convenções enfocam especificamente o tema - Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção -, tratando, de modo mais especial, da necessidade de os países reforçarem os instrumentos de apreensão de bens e implementarem medidas de cooperação internacional.

Exemplos de mudança de comportamento nesse sentido já são observados no ordenamento brasileiro. Classicamente, o regime jurídico destinado ao confisco no Código Penal permitia exclusivamente a perda de produtos e de instrumentos de crimes. Em 2012, uma nova hipótese de perda foi adicionada ao art. 91 do Código Penal, possibilitando alcançar também bens do patrimônio lícito do condenado, equivalentes ao produto ou proveito do crime. O confisco por equivalência ou subsidiário, inserido no §1º do art. 91 do Código Penal, reflete a tendência internacional, adotando a perda de bens mesmo os não associados ao crime.

A tramitação de projetos legislativos a respeito do tema indica que a última alteração não representa o respectivo limite. Fruto de iniciativa popular, capitaneada pelo Ministério Público Federal no contexto da Operação Lava Jato, o art. 4º do Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016 visa alterar esse quadro jurídico, adicionando mais uma hipótese de confisco, com a inserção do art. 91-A ao Código Penal. O PL propõe nesse artigo que, em caso de condenação pela prática de crimes taxativamente previstos, todo o patrimônio do condenado, cuja origem não puder ser comprovada por rendimento lícito, será confiscado.

A presente dissertação se insere nesse contexto e tem como objeto a estrutura prevista para o confisco alargado, proposta no PL nº 4.850/2016. Para tanto, utiliza-se como elemento de crítica principal, o instituto similar vigente em Portugal, que serviu de base à elaboração desse PL.

¹VERVAELE, John A. E. **Les sanctions de confiscation en Droit Pénal**: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural)pénal néerlandais. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl>>. Acesso em: 11 ag 2016.

Considerando a relação entre o documento brasileiro e o instituto português, ante as lacunas já observadas, este trabalho tem como problema de pesquisa o seguinte: a abordagem do confisco alargado no PL nº 4.850/2016 incorpora com êxito o correspondente modelo português?

O objetivo geral do trabalho é analisar, comparativamente, os dispositivos do art. 4º do PL nº 4.850/2016 e da Lei nº 5/2002 portuguesa, para identificar eventuais omissões ou divergências que possam influenciar a aplicação do novo instituto do confisco alargado no país. Os objetivos específicos são: descrever a evolução teórica do confisco alargado de bens nas principais convenções internacionais e a respectiva consolidação na União Europeia; verificar a estrutura do confisco alargado de bens em Portugal, denominado perda alargada, introduzido e consolidado nas Leis nº 5/2002 e nº 45/2011; analisar os limites atuais do regime de confisco vigente no Código Penal brasileiro; cotejar o PL nº 4.850/20106 com as Leis nº 5/2002 e 45/2011, avaliando pontos de convergência e de divergência.

A pesquisa utilizou como marco teórico as obras de Tiago Cintra Essado e Solon Cícero Linhares como estudo da proposta de confisco alargado no Brasil e as obras de João Conde Correia sobre o instituto equivalente em Portugal.

O tema é relevante porque envolve o enriquecimento ilícito derivado da prática de crimes lucrativos, consumados, em geral, no contexto de crimes de colarinho branco. Esses crimes permitem inserção de tais bens e recursos na economia formal, gerando o sentimento disseminado de que o crime compensa. Recebe importância, também, por envolver instrumento que exhibe experiências exitosas no Direito Comparado que podem servir de reflexão ao legislador brasileiro.

Metodologicamente, a pesquisa é classificada como bibliográfica, porque foram consultadas publicações nacionais e internacionais sobre o tema, visando compor o referencial teórico que permitisse o cumprimento do objetivo proposto. A fundamentação teórica relativa à parte internacional foi pesquisada na Universidade Católica Portuguesa, no Ministério Público Português, em Lisboa, e na Faculdade de Direito de Coimbra, em janeiro de 2017, onde também houve oportunidade de se discutir aspectos do tema com professores que pesquisam sobre o instituto. A pesquisa contou ainda com visita de estudo em Portugal, na Universidade Católica Portuguesa e no Ministério Público de Portugal, em janeiro de 2017.

O trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos. Como ocorreu o processo evolutivo de amadurecimento do confisco alargado e quais argumentos podem ser identificados para o acolhimento do instituto nos ordenamentos nacionais? O primeiro capítulo visa responder este questionamento. Em primeiro plano, o estudo apresenta a classificação de João

Conde Correia a respeito dos modelos de constrição de bens para após demonstrar a evolução do instituto em tratados internacionais e sua implementação progressiva na União Europeia. Em seguida, identificar-se-ão os fatores que levaram ao incremento da utilização de medidas de confisco pelos ordenamentos nacionais. Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o instrumento apresenta vantagens à repressão de crimes lucrativos, na medida em que aumenta o custo de oportunidade do criminoso de aventurar-se na empreitada delitativa ou de continuar nela, além de permitir o financiamento das atividades de investigação com o resultado financeiro do confisco. O incremento das medidas de confisco identifica-se, também, com o movimento de expansão da tutela penal de direitos difusos e do Direito Penal Econômico.

O segundo capítulo analisa a legislação sobre a perda alargada vigente em Portugal, modelo utilizado como parâmetro de análise do PL nº 4.850/2016 e que decorre da influência direta do movimento de persecução patrimonial na União Europeia. O instituto português é estudado em razão de ele ter sido a fonte para a elaboração do PL nº 4.850/2016. Pretende-se demonstrar a estrutura e os requisitos do instituto, o catálogo de crimes, o objeto do confisco, a discussão a respeito de sua compatibilidade com a Constituição de Portugal, além de examinar os órgãos atrelados à perda alargada: o Gabinete de Recuperação de Activos e o Gabinete de Administração de Bens

No terceiro capítulo, analisa-se o modelo de confisco penal previsto no ordenamento brasileiro, passando pelo que se compreende como sua natureza jurídica, pelos institutos processuais postos à disposição para a garantia de sua eficácia, pelos princípios a ele atinentes e pelo *standard* probatório utilizado para a decisão judicial de perda de bens. Pretende-se delinear os contornos do regime vigente de perda de bens, deixando mais evidente a ausência de instituto semelhante ao reconhecido como confisco alargado.

No quarto capítulo, os principais aspectos do PL nº 4.850/2016 são estudados, a exemplo do rol de crimes, do rito, do limite temporal e do *standard* probatório. As conclusões e aportes dos capítulos anteriores servirão para a análise crítica do projeto em discussão. Examina-se o projeto com base, principalmente, no modelo português, permitindo-se identificar simetrias, omissões e divergências que podem afetar a implementação do instituto.

Capítulo 1

CONFISCO ALARGADO

Os atributos atualmente concebidos ao que se compreende como confisco alargado são resultado de um processo histórico de repressão do Direito a crimes lucrativos, situados ordinariamente no Direito Penal Econômico, e do movimento de harmonização de normas penais na União Europeia. O primeiro capítulo é dedicado a estudar este processo de consolidação do instituto que se convencionou a denominar como confisco alargado.

1.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO

1.1.1 Confisco clássico

De acordo com o Dicionário Houaiss, confiscar é o ato de “obter forçadamente ou com ameaça de punição em proveito do fisco (‘erário’)” ou “tomar para o fisco”.² No sentido jurídico, o termo representa o ato de transferência coercitiva dos bens ao patrimônio do Estado.³ O confisco no Código Penal é tratado ora como efeito da condenação penal, ora como pena autônoma.⁴ O primeiro sentido é reservado ao tratamento dado pelos art. 91, inciso II, alíneas a e b, do Código Penal, e reproduzido na legislação especial, a exemplo do art. 7º, inciso I, Lei 9.613/1998; o segundo é reservado à hipótese de sanção prevista no art. 43, inciso II, do Código Penal.

Os termos confisco, perdimento e perda utilizados neste estudo referem-se aos efeitos da condenação e à finalidade de retirar do patrimônio de determinada pessoa o bem que nele ingressou de modo escuso. A expressão “pena de confisco” reserva-se, apenas, para as hipóteses em que a expropriação decorre de sanção direta e principal, advinda do campo penal.⁵

Mesmo após a redução da abrangência do termo “confisco”, encontram-se duas hipóteses distintas de perda de bem no Código Penal: a perda do instrumento do crime e a perda do produto do crime. O Código Penal prevê a expropriação do instrumento do crime se o fabrico, a alienação, o uso, o porte ou a detenção constituírem fato ilícito.⁶ O ponto importante aqui não

²HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 519, verbete.

³SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 342, verbete.

⁴ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 7.

⁵A delimitação conceitual da dissertação segue a divisão apresentada por Tiago Cintra Essado. ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 7.

⁶BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF, 7 dez. de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 out 2017.

é a origem da aquisição do bem, mas a contrariedade ao ordenamento, expressa nos verbos previstos na legislação: fabricar, alienar, usar, portar ou deter. Não é permitida, por exemplo, a perda do bisturi utilizado pelo médico para o crime de homicídio, posto que lhe é dado o uso do bem para sua profissão. Por outro lado, a arma utilizada por quem não detém sua posse ou registro é revertida em favor da União, em razão da utilização de tal bem depende de ato administrativo autorizativo.

O Código Penal elege como hipótese derradeira a perda do produto do crime.⁷ O critério é a vedação ao locupletamento ilícito⁸, atingindo o bem que ingressou no patrimônio do criminoso por conta da conduta delitativa, ainda que indiretamente. Dessa forma, o veículo dado ao funcionário como corrupção, por exemplo, será convertido em favor da União, assim como eventual dinheiro obtido de sua venda pelo agente corrompido.

A atenção deste estudo reserva-se ao o confisco penal dirigido à perda de alguma vantagem decorrente de atividade criminosa, o qual é tratado no art. 91, inciso II, alínea b do Código Penal e de modo difuso na legislação especial.

Os vocábulos “confisco”, “perdimento” e “perda” são utilizados no texto com o mesmo sentido das expressões em inglês *confiscation* e *forfeiture*, encontradas na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas,⁹ denominada Convenção de Viena de 1988; na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada Convenção de Mérida,¹⁰ e na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, denominada Convenção de Palermo.¹¹

Faz-se necessária esta abordagem conceitual para se depurar o objeto de estudo, tarefa que ainda assim não se mostra completa para desenvolver o tema que dispensa a atenção principal desta dissertação: o confisco alargado.

⁷Art. 91, inciso II, alínea b, Código Penal.

⁸PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

⁹Convenção concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: “Art. 1 (e) Por confisco se entende a privação em caráter definitivo, de algum bem, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente.” Trad. Livre de: *Art. 1 (f) Confiscation, which includes forfeiture where applicable, means the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority.*

¹⁰Convenção concluída em 31 de outubro de 2003 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: “Art. 2 (g) Por confisco se entenderá a privação em caráter definitivo de bens por ordem de um tribunal ou autoridade competente”. Trecho traduzido da versão em inglês: “Art. 2 (g) ‘Confiscation’, which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other authority competente”.

¹¹Convenção concluída em 15 de novembro de 2000 em Nova York. Incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 5.015, de 10 de março de 2004, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003. Trecho extraído da versão incorporada ao ordenamento: Art. 2 (g) ‘Confisco’ – a privação em caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente. Trecho traduzido da versão em inglês: “Art. 2 (g) ‘Confiscation, which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority”.

1.1.2 Confisco alargado

O movimento de combate ao lucro decorrente da atividade criminosa originou diversos instrumentos de persecução patrimonial que buscam atingir o patrimônio ilícito de organizações criminosas, sem exigir a vinculação com a condenação penal ou a qualificação dos bens como produtos ou instrumentos de crime. João Conde Correia classifica tais instrumentos em quatro modelos de constrição patrimonial, denominados, genericamente, de confisco alargado, em razão de eles dilatarem o espaço de atuação do confisco clássico.¹² Apesar de relativamente díspares, todos eles, inclusive o confisco clássico, têm em comum o referencial ético de que o crime não deve compensar e apresentam, como elementos mínimos de identificação, a privação permanente de um bem e a vinculação mediata ou imediata com algum ato ilícito.¹³

O primeiro modelo é o confisco geral de bens, aplicado a partir da condenação por algum crime previamente selecionado. Não se perquire se o patrimônio é ilícito; ele será atingido mesmo que o bem comprovadamente seja lícito. Nas palavras de João Conde Correia, “a ligação entre a coisa e o crime é irrelevante”. A França adota esse modelo para alguns crimes, a exemplo do tráfico de entorpecentes.^{14,15}

Próximo ao primeiro modelo, situa-se o segundo, ao determinar a perda de todos os bens de organizações criminosas, sob o fundamento de que eles podem ser direcionados à prática de novos atos criminosos.¹⁶ Nas palavras de Tiago Cintra Essado, “esse modelo não se preocupa com a origem criminosa dos bens, porém com seu presumido emprego ilícito. Assim não há que se cogitar de demonstrar eventual nexos entre os bens e a aquisição ilícita”.¹⁷

¹²CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 659, versão *kindle*.

¹³“Os elementos particulares do regime de confisco pode diferir de um país a outro. (...) De todo modo, dois elementos principais caracterizam o confisco: a privação permanente de um valor patrimonial e o vínculo entre este valor e a infração penal”. Trad. livre de: *Les éléments particuliers du régime de confiscation peuvent différer d'un pays à l'autre. (...) Toutefois, deux éléments principaux caractérisent la confiscation: la privation permanente d'une valeur patrimoniale et le lien entre cette valeur et l'infraction pénale*. PAVLIDIS, Georgio. **Confiscation Internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse**. Schulthess: Genève, 2012, p. 4.

¹⁴FRANÇA. Code Pénal. Art. 213-1: Nos previstos nos artigos 222-34, 222-35, 222-36, 222-37 e 222-38, pode igualmente ser reconhecido o confisco total ou parcial dos bens do condenado ou do qual ele possua livre disposição, qualquer que seja a natureza, móvel ou imóvel, divisível ou indivisível, sob reserva do direito de proprietário do terceiro de boa fé. Disponível no link <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 10 agosto 2017. Tradução do autor para o seguinte trecho: “Dans les cas prévus par les articles 222-34, 222-35, 222-36, 222-37 et 222-38, peut également être prononcée la confiscation de tout ou partie des biens du condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meuble ou immeuble, divis ou indivis”.

¹⁵Tiago Cintra Essado relata que os Estados Unidos apresentam idêntica medida nos seguintes instrumentos normativos: Continuing Enterprise Act (CCE), Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), Comprehensive Forfeiture Act 1984 e Anti-Drug Abuse Act 1986. O procedimento é regulado no Federal Rules of Criminal Procedure, norma 32.2 (ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 147).

¹⁶CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 677, versão *kindle*.

¹⁷ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 148.

O terceiro modelo eleva como ponto central para o confisco a origem ou o uso ilícito da propriedade.¹⁸ Reconhece-se, nesse modelo, um caráter real ou *in rem* em razão de não incurrir, na causa de pedir, nenhum elemento a respeito da responsabilidade do proprietário ou do possuidor. Basta a demonstração de que a origem ou o uso da propriedade são contrários ao ordenamento.¹⁹ O instrumento é essencialmente civil, não depende, portanto, da condenação penal e é, por isso, qualificado como *non-conviction based confiscation*, identificado pelo acrônimo NCB.²⁰ São exemplos do terceiro modelo: a ação civil de extinção de domínio ou as situações em que o processo penal não pode prosseguir ou ser instaurado em razão de fuga, de falecimento, de ausência ou de não identificação do autor do delito.²¹

O quarto modelo tem como objetivo a perda de bens em decorrência da presença de elementos probatórios, indicativos de que eles foram adquiridos ilicitamente. A conclusão pela origem ilícita dos bens é fundamentada na prévia condenação por crimes considerados graves e na existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do condenado, o que permite a ilação de que eles são resultado de carreira criminosa anterior.

Funda-se, esse modelo, no raciocínio de que se uma pessoa condenada por determinados crimes apresenta patrimônio incompatível, tal desconformidade é decorrente de atividade criminosa anterior, o que permite concluir que a propriedade foi obtida ilegalmente. Assim, a despeito de tal constatação não permitir a aplicação de alguma sanção penal típica, a legislação autoriza o Estado a confiscar bens que superem a renda conhecida do proprietário.

Nas palavras de João Conde Correia:²²

Na base desta presunção está a suspeita de que o confiscado cometeu outros ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado, dos quais resultou aquele patrimônio injustificado ou incongruente com os seus rendimentos ilícitos. Aparentemente não há outra explicação verosímil ou plausível para o mesmo. A condenação e um patrimônio inexplicável fazem, razoavelmente, supor que foram cometidos outros crimes e que aqueles bens são o seu resultado prático mais visível.

Esse modelo diferencia-se dos dois primeiros porque exige que a acusação demonstre a

¹⁸ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 158.

¹⁹Confisco civil não é parte de um caso criminal. No confisco civil, o autor propõe uma ação civil *in rem* contra a propriedade, e então demonstra por preponderância de evidências que a propriedade foi derivada ou é usada para a prática de crime” Trad. livre de: *Civil forfeiture is not part of a criminal case. In a civil forfeiture case, the government files a separate civil action in rem against the property itself, and then proves by a preponderance of evidence that the property was derived from or was used to commit a crime*. CASSELLA, Stefan D. An overview of asset forfeiture in the United States. In: YOUNG, Simon N. M. **Civil forfeiture of criminal property**: legal measures for targeting the proceeds of crime. Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 41.

²⁰Qualificando como NCB:CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 737, versão *kindle*; FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets**. European Union, 2012, p. 29.

²¹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 751, versão *kindle*

²²CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 698, versão *kindle*.

origem ilícita dos bens, não sendo suficiente, portanto, a mera condenação por algum crime. Diferencia-se, também, do confisco clássico por prescindir da relação instrumental ou de origem com o crime pelo qual o réu foi condenado. Basta, como regra, a demonstração de que o acusado ou o condenado por determinado crime possui um patrimônio incompatível com sua renda declarada.²³

Apesar de o termo “confisco alargado” referir-se aos quatro últimos modelos, em razão de todos eles expandirem os poderes confiscatórios do Estado, quando comparados ao confisco clássico, esta dissertação reserva o uso do termo apenas para o último modelo apresentado.²⁴ A opção segue em linha com a conceituação legal apresentada no art. 5º da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho:²⁵

Os Estados-Membros tomam medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base na circunstância do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

A expressão “confisco alargado” corresponde aos institutos correlatos da Espanha, de Portugal, da França e dos Estados Unidos, onde são denominados, respectivamente, *decomiso ampliado*,²⁶ “perda alargada”,²⁷ *confiscation élargie* e *extended forfeiture*.²⁸ A opção caminha, por fim, na mesma direção do PL nº 4.850/2016 que denomina confisco alargado o instituto com estrutura similar à indicada no quarto modelo e do Roteiro de Persecução Patrimonial e Administração de Bens do Ministério Público Federal.²⁹

A descrição geral dos tipos de confisco serve para evitar a comparação com outros modelos díspares ou até desconexos. O cerne da dissertação é o confisco alargado, tratado no quarto modelo descrito acima.

O instituto do confisco alargado consolidou-se com a orientação da sociedade

²³BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de Atuação**: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017, p. 29.

²⁴Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol adotam esta terminologia. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco Alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, 2016, p. 123-158.

²⁵UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17. No mesmo sentido: FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets**. European Union, 2012, p. 29.

²⁶ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. nº 77, 31 de marzo de 2015, p. 27.065. Justificativa do projeto que incluiu o art. 127 bis ao Código Penal Espanhol. Disponível no link: <https://boe.es>. Acesso em: 23 agos 2017. No mesmo sentido: AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. **Revista para el Análisis del Derecho**, n.1,2014.

²⁷CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 698, versão *kindle*.

²⁸SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de Activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar On Line**, 2009, p. 2.

²⁹BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação**: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017, p. 29.

internacional para a adoção de medidas de persecução patrimonial como meio de reprimir condutas criminosas lucrativas.³⁰ Essa perspectiva pode ser extraída da influência convergente de três tratados internacionais e de atos normativos União Europeia e fez com que o instituto se espraiasse para outros países. É o tema tratado na sequência.

1.2 TRATADOS INTERNACIONAIS E ATOS DA UNIÃO EUROPEIA

O confisco alargado não surgiu por tratados ou atos normativos da União Europeia. Identifica-se o instituto já em 1970, nos Estados Unidos, seguido do Reino Unido, em 1986, e da Austrália, em 1987.³¹ Apesar da ausência de protagonismo da sociedade internacional sobre o tema, a razão para o desenvolvimento deste tópico repousa na justificativa de que foi por meio dos tratados e dos atos normativos da União Europeia que o instituto do confisco alargado e, principalmente, seus requisitos foram refinados, servindo, a partir de então, de referência para outros países.

1.2.1 Tratados internacionais

A inserção do confisco alargado no combate aos crimes econômicos levou quatro acordos internacionais a direcionarem sua atenção às medidas de recuperação de bens. No âmbito restrito da Europa, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, assinada em 1990, determinou que todos os Estados deveriam comprovar a implementação de medidas necessárias ao confisco do instrumento, produto ou proveito do crime (art. 2º).

De alcance universal, a Convenção de Viena de 1988 foi incisiva no combate às drogas e mencionou em seu texto, diversas vezes, a importância da recuperação de ativos para o sucesso da repressão e prevenção desejadas. No preâmbulo, reconheceu que o tráfico gera “consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas” que permitem contaminar todos os setores da sociedade e que o produto do crime é “o principal incentivo a essa atividade”, justificando os esforços para o perdimento de bens. No parágrafo 7º do art. 5º, adotou uma medida próxima aos contornos atuais do confisco alargado. Dispôs, no parágrafo 7 do art. 5º:

7. Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com 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.

³⁰VERVAELE, John A. E. **Les sanctions de confiscation en Droit Pénal: un intrus issu du droit civil?** Une Analyse de la Jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl>> Acesso em: 11 agos 2016.

³¹GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1321.

Embora nem todos os elementos do instituto estejam ali descritos, vê-se no dispositivo a sugestão para que os países implementem o confisco alargado nos respectivos ordenamentos. A interpretação oficial do artigo ratifica o sentido do dispositivo:³²

5.54 O que está sugerido no parágrafo é a inversão do ônus da prova em relação a ativos de origem ilícita [...] A corte ou outra autoridade competente pode presumir, na ausência de prova em contrário, que os bens relacionados com o tráfico ilícito ou outros ativos foram adquiridos ilicitamente. Será a pessoa proprietária dos bens a responsável por afastar a origem ilícita. O legislador nacional deverá determinar como, e atendendo a qual *standard* probatório, isso deve ser feito. É provável que a legislação adotando esta abordagem será considerada compatível com as normas de direito internacional dos direitos humanos, uma vez que a pessoa acusada disporá de oportunidade suficiente para afastar a presunção.

Em 2000 e 2003, as Convenções de Palermo e de Mérida foram adotadas visando, principalmente, a repressão internacional ao crime organizado transnacional e à corrupção. Como na Convenção de Viena, elas repetiram a norma a respeito do confisco alargado, prevendo a possibilidade de os países incorporarem o instituto aos respectivos ordenamentos:

Convenção de Palermo. Parágrafo 7º, art. 12: 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.

Convenção de Mérida. Parágrafo 8º, art. 31: 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.

Fora do âmbito dos tratados, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro, identificado pelo acrônimo GAFI, ou *Financial Action Task Force* (FATF), na versão em inglês, expediu 40 Recomendações aos países-membros, as quais foram revisadas nos anos seguintes. A quarta recomendação orienta os países do grupo a adotarem medidas de confisco sem necessidade de condenação criminal “ou que requeiram que o ofensor demonstre a origem lícita da propriedade vinculada ao confisco, na extensão permitida no direito doméstico”.³³ A

³²UNITED NATIONS. **Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances**. United Nations Publication, 1998, p. 136. Trad. livre de: 5.54 *What is suggested in the paragraph is a reversal of the onus of proof in respect of the lawful origin of the proceeds (...) The court (...) may be required or enabled to presume, in the absence of proof to the contrary, that assets alleged to be proceeds of illicit trafficking or other property liable to confiscation were indeed acquired illicitly. It will be for the person whose property is under threat of confiscation to establish the lawful origins of the assets. The national legislator will have to determine how, and to what standard of proof, this must be done. It is probable that legislation adopting this approach will be considered compatible with international human rights norms, provided that there is a sufficient opportunity for the accused person to rebut the presumption.*

³³FATF. **International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation**. Paris: FATF, 2015, p. 12. Disponível no link <<http://www.fatf-gafi.org>> Acesso em: 10 abr 2017. Trad. livre de: *Countries should consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction (non-conviction based confiscation), or which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law.* O GAFI é um organismo internacional criado pelo grupo dos sete países mais desenvolvidos economicamente do mundo (G7) com o objetivo de realizar o monitoramento de medidas de lavagem de dinheiro.

recomendação foi reforçada pelo grupo dos oito países mais desenvolvidos³⁴ e pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, tendo esse conclamado todos os países a implementarem tais orientações.³⁵

Apesar do avanço, em nenhum desses acordos internacionais os elementos que identificam o confisco alargado são indicados em sua integralidade. Apesar da interpretação oficial da Convenção de Viena tratar o instituto com maior detalhamento, as citações à presunção de ilicitude, à inversão do ônus da prova e à possibilidade de alcançar outros bens, que não apenas os identificados diretamente como produto do crime, representam um movimento embrionário do instituto que, posteriormente, foi adotado por outros países. Em verdade, somente a partir de atos da União Europeia, influenciada pela experiência exitosa da Itália,³⁶ é que a proposta do confisco alargado passou a ser mais detalhada e a receber a estrutura que é concebida atualmente, como será estudado a seguir.

1.2.2 Atos da União Europeia

Ao lado da previsão mais geral da possibilidade de perda de bens, a União Europeia passou a estimular e a instar os Estados do bloco a adotarem medidas mais concretas de confisco alargado. De 2005 a 2014, duas decisões-quadro³⁷ e uma diretiva elencaram o rol de crimes e descreveram os regramentos mínimos a serem adotados por cada legislação.³⁸

Antes desses três atos, outros documentos influenciaram o desenvolvimento do confisco alargado no continente europeu. Em 3 de maio de 2000, o Conselho Europeu de Amsterdã apresentou um plano de ação contra a criminalidade organizada. Denominado de “Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milênio”, o documento estabelece, no capítulo 2.7, medidas de detecção e de confisco dos produtos do crime. As recomendações nº 16, 19 e 20 preveem normas mínimas para o reconhecimento mútuo de confisco, possibilidade de que fossem adotadas regras menos rigorosas em matéria de ônus da prova da origem do bem e possibilidade de se declarar a perda,

³⁴ G-8 Countries. **Best Practice Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets**. S/d, p. 4. Disponível em: <<https://www.coe.int>> Acesso em: 28 maio 2016.

³⁵ UNITED NATIONS. **Security Council Resolution** nº 1.617, de 29 de julho de 2005. Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

³⁶ FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets European Union**. Rand Coporation, 2012, p. 2.

³⁷ As decisões-quadro não apresentam efeito direto sobre os países; servem apenas de vinculação quanto ao resultado que os Estados-membros devem alcançar, conforme art. 34, parágrafo 2º, Tratado da União Europeia.

³⁸ A União Europeia dispõe dos seguintes atos: o regulamento, as diretivas, as decisões, as decisões-quadro e as recomendações. As diretivas e as decisoes-quadro não possuem efeito vinculante. LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis cotra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

nos casos de morte ou de fuga do criminoso.³⁹ Em 4 e 5 de novembro de 2004, o Conselho Europeu de Bruxelas adotou um novo programa, intitulado Programa de Haia, cujo objetivo primordial era garantir a todos os cidadãos um espaço de liberdade, de justiça e de segurança, ressaltando a necessidade de cooperação jurídica entre todos os membros e de combate ao crime organizado.⁴⁰

Em 24 de fevereiro de 2005, o Conselho da União Europeia editou a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, ressaltando no primeiro parágrafo do preâmbulo que o combate eficaz da criminalidade organizada deve centrar esforços para atingir a sua principal motivação, o lucro. Sob o título “poderes alargados de declaração de perda”, o Conselho indicou, no art. 3º, parágrafo 2º, três hipóteses alternativas de perda de bens que os membros do bloco deveriam adotar no ordenamento interno: quando os bens fossem incorporados como produto de atividade criminosa praticada anteriormente; quando os elementos probatórios indicassem que os bens foram adquiridos por meio de atividades semelhantes do condenado em período anterior à condenação ou quando o valor dos bens fosse desproporcional ao rendimento lícito, e um tribunal nacional estivesse persuadido de que eles foram adquiridos por meio da atividade criminosa do condenado.

O caráter inovador do ato repousa na extensão da perda. Nas palavras da Comissão da União Europeia:⁴¹

Em todos os casos, é permitida a declaração de perda de bens obtidos a partir de actividades criminosas que não estejam directamente relacionadas com a infração pela qual uma pessoa é condenada. Isto significa que não há um nexo entre a infração que dá origem à condenação e bem que é objecto da perda, nem quanto à sua natureza, nem quanto ao seu montante. Trata-se do princípio de poderes alargados de declaração de perda dos bens do condenado.

Os poderes alargados atingiam os seguintes crimes: terrorismo, organização criminosa com atuação na contrafação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de seres humanos, trânsito e residência irregulares, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de drogas. Exigia-se, ainda, que a conduta criminosa gerasse proventos financeiros e estivesse necessariamente vinculada à organização criminosa.

É importante registrar que a Decisão-Quadro não acolheu a proposta inicial apresentada pela Dinamarca. Mais incisiva, essa proposta previa o confisco de parte ou de todo o patrimônio

³⁹UE. União Europeia. **Conselho Europeu de Amsterdã**. Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: estratégia da União Europeia para o início do novo milênio. Bruxelas, 3 de maio de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

⁴⁰UE. União Europeia. **Conselho Europeu de Bruxelas**. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu>> Acesso em: 10 abr 2017.

⁴¹UE. União Europeia. **Relatório da Comissão com base no artigo 6º da Decisão-Quadro do Conselho**, de 24 de fevereiro de 2005, Relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime(2005/212/JAI). COM/2007/0805 final. 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

do condenado, quando o ato, pelo qual a pessoa foi condenada, fosse punível por mais de seis anos de prisão e tivesse o potencial de gerar relevantes proveitos econômicos. A perda não ocorreria se o proprietário comprovasse que o bem foi adquirido legitimamente.⁴²

Apesar do detalhamento e do ineditismo, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI não abordou temas sensíveis, como o *standard* probatório exigido para o confisco ou a perda de bens em nome de terceiros. Críticas foram feitas, também, para o caráter restrito do rol de crimes e para a limitação de algumas das hipóteses de confisco.⁴³

Em 26 de outubro de 2006, o Conselho da União Europeia editou a Decisão-Quadro 2006/783/JAI. A alteração de relevância nesse estudo ocorreu no contexto do reconhecimento mútuo às decisões de perda, selecionando crimes para os quais não seria exigida a dupla incriminação: participação em organização criminosa, terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, munições e explosivos, corrupção e outros. O ato, contudo, nada tratou a respeito da obrigatoriedade do reconhecimento mútuo de decisões que apliquem o confisco alargado.

Em 6 de dezembro de 2007, o Conselho publicou a Decisão 2007/845/JAI exortando a criação de um órgão especializado na recuperação de bens “para efeito de facilitar a detecção e identificação dos produtos e outros bens susceptíveis de serem objeto de uma ordem de congelamento, apreensão ou perda”.⁴⁴ O ato foi estimulado pela criação da Rede Camden Inter-Serviços de Recuperação de Bens (CARIN), pela Áustria, Bélgica, Alemanha, Irlanda, Países Baixos e Reino Unido (parágrafo nº 5 do preâmbulo), destinada a reunir redes de contato de especialistas em identificar e confiscar bens e promover o intercâmbio de medidas de investigação financeira ou patrimonial.

Em 20 de novembro de 2008, a Comissão da União Europeia apresentou um diagnóstico mais completo a respeito da implementação das decisões-quadro e da harmonização das legislações nacionais a respeito do confisco. Constatou que os países membros possuem normas díspares em matéria de confisco alargado e reconhecimento mútuo de decisões de congelamento e confisco, dificultando a eficácia das disposições no continente europeu. Ponderou ao final pela reformulação do quadro legislativo da União Europeia e elencou dez prioridades ao Parlamento em torno da uniformização das hipóteses de perda de bens e da investigação

⁴²UE. União Europeia. **Documento nº E2060**. Initiative of the Kingdom of Denmark with a view to the adoption of a council framework decision on confiscation of crime-related proceeds, instrumentalities and property. 2002. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

⁴³FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets. European Union**, 2012.

⁴⁴ Em 2010, 22 Estados já possuíam ofício especializado na condução de investigação patrimonial.

financeira necessária à identificação patrimônio a ser declarado perdido.⁴⁵

Em 25 de outubro de 2011, o Parlamento Europeu editou uma Resolução direcionada ao combate à criminalidade organizada, uma medida mais direta ao combate aos proveitos das organizações criminosas. Utilizando expressões contundentes como “actuação firme de combate ao problema” e “testa-de-ferro”, exortou a Comissão da União Europeia a apresentar uma proposta de diretiva que englobasse dentre outras medidas as seguintes: (I) a implementação do confisco alargado e do confisco na ausência de condenação(II) e a redução do *standard* probatório para a perda de bens “após a condenação do infractor por um crime grave (incluindo os relacionados com a criminalidade organizada)”.⁴⁶

Em 3 de abril de 2014, o Parlamento e o Conselho europeus editaram a Diretiva 2014/42/UE. Esse ato normativo teve como base preparatória o estudo *Proposal for New Legal Framework on the Confiscation and Recovery of Criminal Assets* que considerou cinco opções políticas para tornar o confisco mais eficiente no continente europeu: (I) ausência de qualquer ação ou alteração; (II) opção não-legislativa, considerando apenas a implementação dos atos normativos já existentes; (III) opção legislativa mínima, sugerindo a consolidação das normas de reconhecimento mútuo e a medida indicada no item anterior; (IV) opção legislativa máxima sem mudança dos atos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões nacionais com alteração e implementação de normas direcionadas ao produto indireto do crime, implementação do *standard* civil de prova, separação dos procedimentos de confisco, implantação do confisco alargado, implementação do confisco sem condenação penal e outras alterações; (V) opção legislativa máxima com alteração das normas de reconhecimento mútuo, abrangendo todos os itens anteriores e a consolidação das normas de reconhecimento mútuo das decisões. Ao final, as opções legislativas máximas foram as indicadas pelo estudo.⁴⁷

A Diretiva 2014/42/UE estabeleceu regras mínimas a respeito do congelamento e da perda de bens, sem prejuízo de que os países-membros adotem outra medida mais rigorosa. Tratou do confisco baseado numa condenação, do confisco não baseado numa condenação e do confisco de bens de terceiro, além do confisco alargado.⁴⁸ Reconhecendo, no parágrafo 19, que o conceito anterior de confisco alargado apresentado pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI

⁴⁵UE. União Europeia. Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho. **Produtos do crime organizado**: garantir que o “crime não compensa”. COM/2008/0766. 2008, p.13. Disponível no link <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 3 set2017.

⁴⁶UE. União Europeia. Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, sobre a criminalidade organizada na União Europeia (2010/2309(INI)). **Jornal Oficial da União Europeia**, C131 E/66, de 8 de maio de 2013.

⁴⁷FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets**. European Union, Rand Corporation, 2012, p. 75 e 97.

⁴⁸CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014, n° 2, p. 94.

apresentava dificuldades para sua incorporação por cada país, o conceito do instituto – denominado “perda alargada” na versão portuguesa da Diretiva – foi simplificado no art. 5º:

Os Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

A Diretiva esclareceu no parágrafo 21 do preâmbulo que a conclusão a respeito da vinculação de um bem com um comportamento criminoso pode ocorrer quando for razoável presumir que:

[É] bastante mais provável [...] que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades [...] O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso.

A Diretiva elaborou, ainda, um rol de infrações penais sujeitas à medida, sendo elas as seguintes: corrupção no setor público e no setor privado, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, terrorismo, tráfico de entorpecentes, organização criminosa, pornografia infantil, interferência ilegal em sistema de dados. Considerou a possibilidade de os Estados estenderem a aplicação do instituto a outras infrações penais, cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos, estimulando a que o legislador nacional adote um rol aberto de crimes sujeitos à perda alargada. Nas palavras de João Conde Correia, “todos os crimes que direta ou indiretamente possam gerar benefício económico devem estar incluídos”.⁴⁹ A referida Diretiva reforçou a adoção do *standard* probatório baseado na probabilidade da proveniência criminosa.⁵⁰

A reunião dos tratados e dos atos normativos referidos acima constitui a base legal do confisco alargado na comunidade internacional e no continente europeu.⁵¹ Ao longo dos anos, o instituto foi refinado no sentido de incluir um rol mínimo de crimes e métodos de *standard* probatório. O movimento influenciou diversos países que implementaram o instituto, adequando-o aos respectivos ordenamentos nacionais. A incorporação desse modelo de confisco por outros países não ocorre por acaso. São fatores para a internalização do instituto

⁴⁹CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014, n° 2, p. 99.

⁵⁰CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014, n° 2, p. 99.

⁵¹Deixo de destacar outros atos igualmente relevantes, mas que extrapolam a abordagem do tema, como a Ação Comum n° 98/428/JAI, a Ação Comum n° 98/699/JAI, a Resolução do Conselho Europeu de 21 de dezembro de 1998, a Ação Comum de 21 de dezembro de 1988, Conselho Europeu de Tampere de 1999, Decisão-Quadro do Conselho de 25 de junho de 2001, Decisão-Quadro n° 2002/475/JAI, Decisão-Quadro n° 2002/584/JAI, Decisão-Quadro n° 2003/577/JAI de 22 de julho de 2003.

nos ordenamentos nacionais a adaptação à demanda buscada pela expansão do Direito Penal e a eficiência demonstrada pelo instituto.

1.3 PERSECUÇÃO PATRIMONIAL E BUSCA POR INSTRUMENTOS DE REPRESSÃO AOS CRIMES LUCRATIVOS

O crescente uso da persecução patrimonial para o confisco de ativos de bens obtidos por meios criminosos ocorreu por influência de fatores identificados dentro da expansão do Direito Penal e da Análise Econômica do Direito.

1.3.1 Expansão do Direito Penal

A expressão que cede o nome ao título foi cunhada por Jesús-María Silva Sánchez. De acordo com o autor, observa-se nos dias atuais uma expansão do Direito Penal sobre áreas da sociedade antes não afetadas por esse ramo do Direito. Tal fenômeno é identificado por características, como: surgimento de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantias. Surgem, assim, por exemplo, tipos penais relacionados com a cibercriminalidade, formação de tipos de perigo e extensão da possibilidade de imputação de novos sujeitos ativos.⁵²

Influencia a expansão do Direito Penal, entre outros, a formação de uma sociedade de risco, expressão cunhada por Ulrich Beck para referir-se ao modelo de civilização marcado por riscos irreversíveis e invisíveis, distribuídos globalmente de modo desigual por todos os estratos sociais.⁵³ São ainda fatores que marcam esse novo movimento: a difusão do sentimento coletivo de insegurança, potencializado por novos meios de comunicação social; a expansão dos sujeitos passivos na sociedade e a ineficiência de outras esferas de poder.⁵⁴

Tal movimento não é incontestado na doutrina, não sendo rara a crítica de que a expansão do Direito Penal representa uma redução simplista do espaço de garantias individuais.⁵⁵ A solução passa ao largo de análise superficial entre a dicotômica discussão entre a necessidade

⁵²SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28, 37 e 59.

⁵³BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27-28. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁵⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41, 68 e 78.

⁵⁵Para uma visão das duas correntes sobre o nível desejado de atuação do Direito Penal: DÍAZ, María José Jiménez. *Sociedad del Riesgo e Intervención Penal*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2014, nº 16.

absoluta de novos tipos penais e a expansão do Direito Penal exclusivamente resultado de uma suposta sanha do Estado por mais punição.⁵⁶

Apesar de o confisco alargado não corresponder a um instrumento clássico do Direito Penal, ele é influenciado duplamente por tal movimento.⁵⁷No primeiro aspecto, a expansão do Direito Penal corresponde ao florescimento da repressão à delinquência econômica. Em estudo divulgado em 27 de dezembro de 1939, Edwin H. Sutherland cunhou a expressão *white collar crimes* ou crimes de colarinho branco, para referir-se a “crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”.⁵⁸ Sem pretender buscar um conceito fechado, o estudo demonstrou que os delitos encontrados na sociedade não se resumem à criminalidade convencional, mas que a ela são acrescidos comportamentos igualmente criminosos. Em razão do estrato social do sujeito ativo e do grau de respeitabilidade dispensado a ele pela sociedade, esses crimes/comportamentos ficam ocultos nas estatísticas oficiais e recebem tratamento desigual pelos órgãos de repressão, a despeito das respectivas lesividades.⁵⁹ Os crimes de colarinho branco constituem, portanto, “infrações lesivas da ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional.”⁶⁰

Os crimes de colarinho branco estão inseridos no Direito Penal Econômico,⁶¹ ramo do Direito Penal que considera, como bem jurídico, a ordem econômica e reserva atenção aos comportamentos que colocam em risco os modos de produção, de distribuição e de consumo de bens e serviços.⁶² Situam-se, no conceito desse ramo, delitos classicamente lucrativos ou que envolvem somas altíssimas de recursos, como lavagem de dinheiro, corrupção, terrorismo,

⁵⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁵⁷Analisar-se-á em tópico próprio a natureza do confisco de bens. Apesar de o instrumento representar classicamente vinculação ao Direito Penal, defende-se na dissertação a identificação por sua natureza civil.

⁵⁸SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 33-34.

⁵⁹FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 115-116.

⁶⁰CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 16

⁶¹“Enfim, a forma complexa de cometimento desses delitos, suas particulares gravidade e incidência socioeconômica e a sujeição ativa característica dessa delinquência permite-nos relacioná-la, no universo do direito positivo brasileiro, àquelas infrações penais que formam parte do que se convencionou denominar Direito Penal Econômico, a abarcar, essencialmente, os crimes contra a ordem econômica, tributária, em detrimento do sistema financeiro nacional e as infrações penais que se lhes façam correlatas, tal o exemplo dos crimes de lavagem de dinheiro”. FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118.

⁶²SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 120.

tráfico de drogas, os crimes contra o sistema financeiro nacional e os praticados no contexto da criminalidade organizada.

Pesquisas desenvolvidas nesse sentido indicam a extensão dos recursos obtidos por tais crimes. Projeções apontam que a corrupção, sozinha, tem um custo correspondente a 2% do Produto Interno Bruto Mundial (PIB), algo em torno de US \$ 1,5 a 2 trilhões.⁶³ Além de prejuízos diretos, tal modalidade delituosa acarreta custos sociais e econômicos indiretos, como: redução da legitimidade do Estado, redução de incentivos para pagamentos de tributos, instabilidade financeira e disseminação da corrupção em todos os estratos sociais.⁶⁴ Outra pesquisa, realizada em 2016, demonstrou que apenas no município de São Paulo 3.452 imóveis – seu conjunto alcança US\$ 2,7 bilhões ou R\$ 8 bilhões – estão sob o domínio de *offshores* estabelecidas em paraísos fiscais. Essa circunstância indica que tais bens podem ser resultado de lavagem de ativo ou produto de delito anterior.⁶⁵

É sobre o resultado do espaço atribuído aos delitos econômicos que o instituto do confisco alargado espera surtir algum resultado para atingir o lucro esperado destes crimes. A importância do impacto financeiro dos crimes é ressaltada pelo presidente da organização não-governamental *Global Financial Integrity*, para quem a sociedade internacional está falhando no combate aos crimes transnacionais, “muito especialmente porque o sistema legal está focado mais na materialidade e na repercussão do crime do que no dinheiro que o crime gera.”⁶⁶ A referência a esse objetivo pode ser vista nos parágrafos da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, quando estabelece que “a criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro”, prevendo que a constrição cautelar e a perda dos bens “constituem alguns dos meios mais eficazes para combater esse tipo de criminalidade.”⁶⁷

Quanto ao segundo aspecto, a globalização e a integração supranacional provocam a aproximação dos países para a solução de problemas comuns e para a adoção de respostas

⁶³INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Corruption**: costs and mitigation strategies. International Monetary Fund, 2016. Disponível no link <<http://www.imf.org>> Acesso em: 13 agos 2017. Do mesmo modo, a Federação das Indústrias de São Paulo estima que a corrupção corrói 1,38 a 2,3% do PIB nacional. FIESP. Federação das Indústrias de São Paulo. **Relatório Corrupção**: custos econômicos e propostas de combate, 2010, p. 4. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

⁶⁴INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Corruption**: costs and mitigation strategies. International Monetary Fund, 2016. Disponível no link <<http://www.imf.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

⁶⁵TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Does corruption live next door?** Shell Companies and the Real Estate Sector in the largest city in the Southern Hemisphere. Transparency International. 2017. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 13 agos 2017.

⁶⁶BAKER, Raymond. Introduction. In: GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Transnational crime and the developing world**. 2017. Disponível em: <<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 set 2017. Trad. livre de: *The global community is failing in efforts to curtail transnational crime. Why? Largely because law enforcement is focused on the materials and manifestations of the crimes rather than on the money the crime generates.*

⁶⁷UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

uniformes que reprimam, de modo eficaz, crimes internacionais e transfronteiriços.⁶⁸ Nas palavras de Jesús María Silva Sánchez:⁶⁹

O objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é, como indicado no princípio, eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional, que evite a conformação de “paraísos jurídico-penais”. A existência de tais “paraísos” resulta problemática, especialmente quando se trata de combater uma modalidade de delinquência na qual a intervenção dos principais responsáveis das organizações pode estar significativamente distanciada do lugar e momento dos atos de execução.

Nas palavras de Luis Arroyo Zapatero, “o Direito Penal do Estado moderno foi, a exemplo da moeda nacional, um Direito essencialmente territorial”.⁷⁰ Até o início do século XXI, os poucos exemplos de tratados internacionais que versam sobre delitos internacionais ou transnacionais denotam tal característica. No período que precedeu a I Guerra Mundial, apenas três tratados trataram da repressão penal de atos individuais e versavam, basicamente, sobre a pirataria, o tráfico de seres humanos e proscricções em tempos de guerra.⁷¹ Apesar de alguns exemplos de tratados antes da II Guerra Mundial⁷², a profusão de convenções em matéria penal foi notada, apenas, depois do conflito mundial, principalmente após o processo de integração promovido pela aproximação dos comércios nacionais. A Convenção de Viena de 1988, a Convenção de Mérida e a Convenção de Palermo podem ser citadas como resultados desse período.⁷³

Dados empíricos reforçam que a recente época de integração do comércio mundial conduz, também, à circulação de ativos criminosos. Um relatório produzido pela citada *Global Financial Integrity* indica que o fluxo financeiro de recursos ilícitos atingiu um valor estimado entre US\$ 2 trilhões e US\$ 3 trilhões em 2014, o que representa de 13,8% a 24% do comércio

⁶⁸Doutrinariamente, os crimes internacionais são aquelas modalidades delitivas objeto de atenção da sociedade internacional por tratados ou convenções internacionais em razão de atingirem valores compartilhados por outros Estados, enquanto que crimes transfronteiriços restringem-se a condutas violadoras das normas internas mas que, ocasionalmente, podem ter repercussão internacional. Os crimes internacionais são estudados no ramo do Direito Internacional Público, enquanto que os crimes transfronteiriços são reservados ao Direito Penal. JANKOV, Fernanda Florentino. *Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-9.

⁶⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

⁷⁰ZAPATERO, Luis Arroyo. A Harmonização Internacional do Direito Penal. Ideias e Processos. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (Org.) **Direito Penal Econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedeman. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 404.

⁷¹ZAPATERO, Luis Arroyo. A Harmonização Internacional do Direito Penal. Ideias e Processos. OLIVEIRA, William Terra et al. **Direito Penal Econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedeman. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 404.

⁷²[...] ao acervo de realidades da Sociedade das Nações em matéria penal também se adicionam as convenções contra a escravidão (1926), contra o trabalho forçado (1930), contra o tráfico de entorpecentes (1936), contra o tráfico de mulheres (1933), como contra a falsificação de moeda (1929). ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do Direito Penal. Ideias e processos. OLIVEIRA, William Terra et al. **Direito Penal Econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedeman. São Paulo: LiberArs, 2013, p.406.

⁷³Apenas as três convenções são citadas como exemplo em razão da aproximação com o tema, mas a lista de tratados é extensa, podendo ser consultada bibliografia específica sobre o tema: SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Penal**: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

mundial.⁷⁴ Em outra pesquisa, a mesma entidade sugere que apenas 11 crimes transnacionais movimentaram um montante entre US\$ 1,6 trilhões e US\$ 2.2 trilhões em 2014⁷⁵, revelando a necessidade de uma atuação concertada entre os países.⁷⁶

No âmbito da União Europeia, os esforços para a uniformização da repressão penal em cada país do bloco é a amostra mais significativa de tal tendência. Inicialmente, o Tratado de Maastricht foi bastante tímido na previsão de dispositivos penais, notando-se, apenas, o estímulo à promoção da segurança pública em cada país. Daí porque Anabela Miranda Rodrigues qualifica o referido momento histórico como “um Direito Penal de primeira geração.”⁷⁷ A partir do Tratado de Amsterdã, registra-se o desenvolvimento do Direito Penal nos atos do bloco, designando-se uma segunda geração de normas ante a previsão de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça e a repressão a determinados crimes transfronteiriços e internacionais. O Tratado de Lisboa, de 2010, representa o novo e mais recente marco – ou “o Direito Penal europeu de terceira geração”, incluindo a matéria penal no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O art. 83 passou a prever a possibilidade de o Parlamento Europeu e o Conselho emitirem diretivas com o seguinte escopo:⁷⁸

1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínio de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adoptar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

Como resultado da concentração de esforços do bloco para o combate a crimes internacionais e transfronteiriços lucrativos, a Diretiva 2014/42/UE surge como meio de alcançar os recursos gerados por tais crimes. A leitura do preâmbulo reforça o ideal de harmonia entre as legislações nacionais, ao prever que “os grupos criminosos ignoram as fronteiras e

⁷⁴GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Illicit Financial Flows to and from Developing Countries: 2005-2014**. O estudo considerou como fluxo financeiro de recursos ilícitos todo o dinheiro obtido, transferido ou utilizado ilegalmente. Disponível em: <<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 set 2017, p. 2, 3, 14.

⁷⁵GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Transnational Crime and the Developing World**. 2017, p. xi. Disponível em:<<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 set 2017.

⁷⁶LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

⁷⁷RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal Emergente. SOUZA, Artur de Brito Gueiros(org.). **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 93.

⁷⁸UE. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. C 202/1, de 7 de junho de 2016. Disponível em:<<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

adquirem cada vez mais ativos em Estados-membros que não aqueles em que estão baseados e em países terceiros”. Isso leva à adoção de regras mínimas que aproximem “os regimes de congelamento e de perda dos Estados-Membros, promovendo, assim, a confiança mútua e uma cooperação transfronteiriça eficaz”.⁷⁹

Vê-se, portanto, que os atos normativos internacionais a respeito do confisco alargado emanam do processo de expansão do Direito Penal. Cumpre analisar, por derradeiro, outro fator para o progressivo avanço do confisco alargado, vinculada aos aportes trazidos pela Análise Econômica do Direito.

1.3.2A influência da Análise Econômica do Direito

Noções básicas de Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito (AED) representa um novo campo de estudo do Direito, a qual almeja compreender, explicar e prever as consequências das normas jurídicas para aperfeiçoá-las através de instrumentos de pesquisa capazes de sugerir um padrão eficiente de aplicação de determinada norma jurídica.⁸⁰ Trata-se de área interdisciplinar que pretende romper com a discussão dogmática pura e simples para oferecer subsídios para uma decisão racional. Conforme esclarece Gico Júnior, a AED apresenta vantagens metodológicas para a compreensão de fenômenos sociais ao oferecer ferramentas aptas a avaliar o impacto de determinada norma sobre o comportamento humano e mostrar-se “flexível o suficiente para adaptar-se a situações específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade).”⁸¹

A questão central da AED é o reconhecimento de que os recursos da sociedade são escassos e de que toda decisão do agente econômico envolve um custo de oportunidade da escolha preterida. Como ser racional, capaz de absorver e de ponderar os custos e os benefícios de suas decisões, o agente procura sempre maximizar o resultado de seu comportamento. Isso implica reconhecer, também, que cada tomador de decisão é susceptível a incentivos que podem estimulá-lo a realizar ou a reprimir determinado ato por meio de sanções ou preços.⁸²

⁷⁹ UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

⁸⁰TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e política pública. **Revista de Informação Legislativa**, a.52, n. 205, 2015, p. 324. Disponível em <http://www2.senado.gov.br>Acesso em: 16 maio 2017..

⁸¹GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 2010, p. 16. Disponível no link <http://portalrevistas.ucb.br> Acesso em: 13 ago 2017.

⁸²Sanção é uma medida imposta para prevenir a realização do que é proibido, enquanto que preço é o montante que se paga para fazer o que é permitido. A diferença permite que o legislador calibre melhor a intervenção que se deseja no comportamento de cada agente econômico. A imposição de preço pressupõe o conhecimento do custo das externalidades, enquanto que a sanção é recomendada quando ocorrer o oposto. COOTER, R. D. Price ad sanctions. **Columbia Law Review**. 1984; 84: p. 1523-1560 e 1552.

Para atender a questão central, a AED utiliza como parâmetro de análise a escolha individual de cada agente, conhecido por individualismo metodológico. O comportamento do grupo que se quer examinar é compreendido por meio da observação da atuação de cada indivíduo. Outro pressuposto metodológico importante da AED é que o agente econômico possui preferências completas, isto é, ele sempre poderá decidir entre mais de uma alternativa, e estáveis, o que o leva a mantê-las até o aparecimento de algum novo incentivo.⁸³

A AED utiliza, ainda, conceitos-chave de externalidade e de eficiência. Externalidade corresponde aos efeitos que a ação gerará para terceiros que não participam da transação, podendo ser negativa ou positiva, conforme a geração de danos ou de benefícios. O uso do carro, por exemplo, representa uma externalidade negativa para a sociedade, em razão do incremento da poluição. Já uma ornamentação de Natal configura uma externalidade positiva.⁸⁴

Como fração da realidade, o comportamento criminoso também é estudado pela AED. O autor do delito não deixa de ser agir como *homo economicus* e orienta seu comportamento conforme os custos, a externalidade e a utilidade que são atrelados a ele, oferecendo uma área de estudo vasta para a AED.

AED e Direito Penal

A incursão da AED no campo penal representa o estudo do fenômeno da criminalidade no meio social e os instrumentos eficazes colocados à disposição pelo Estado para a repressão criminal. A correta decisão sobre o que e quanto punir depende da adequada compreensão do custo que envolve cada sanção e do que representa a reação estatal como incentivo ao criminoso. Esse é foco principal da aplicação da AED no Direito Penal, o que vem permitindo a produção de estudos a respeito de diversos aspectos da atuação penal, a exemplo das reflexões sobre a eficiência da ação penal privada em relação a crimes de menor potencial ofensivo;⁸⁵ da escolha entre multa e encarceramento⁸⁶ ou da opção apenas pela multa,⁸⁷ além da busca de um processo penal equilibrado entre eficiência e redução de erros judiciários.⁸⁸

A obediência às leis penais não é algo que decorre naturalmente da simples observância

⁸³GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 2010, p. 23. Disponível no link <<http://portalrevistas.ucb.br>> Acesso em: 13 ago 2017.

⁸⁴PORTO, A. J. M.; THEVENARD, L. Análise Econômica da função social dos contratos: críticas e aprofundamentos. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 196-212, 2010, p. 204.

⁸⁵CYRUS CHU, C. Y. An Economic Analysis of the criminal proceedings in civil-law countries. **International Review of Law and Economics**. 1991; 11:111-116.

⁸⁶SHAVELL, Steven. Criminal Law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. **Columbia Law Review**. 1985; 85: 1232-1262.

⁸⁷GAROUPA, Nuno. Optimal magnitude and probability of fines. **European Economic Review**. 2001; 45: 1765-1771.

⁸⁸MICELI, J. Thomas. Optimal Criminal Procedure: fairness and deterrence. **International Review of Law and Economics**. 1991; 11: 3-10.

à cogência da norma. A eficácia da prevenção de determinada conduta proibida depende do grau de incentivos apresentados ao criminoso, que é um agente econômico dotado de racionalidade e que pesa a utilidade advinda da vantagem criminosa e a provável sanção que receberá por tal comportamento. Em artigo de referência a respeito do tema, Gary S. Becker demonstrou que o crime não difere de qualquer outra atividade econômica usualmente estudada na economia em razão da racionalidade ínsita ao agente. À exceção do juízo moral mais intenso, as externalidades geradas pelo crime, a utilidade do resultado para o agente e a influência das ações repressivas exercidas sobre ele são elementos passíveis de estudo pela AED. De modo especial, a adequação do modelo de repressão deve levar em conta o custo social do crime, o custo da prisão e o da condenação do agente criminoso e a utilidade que ele terá com a conduta.⁸⁹ A eficácia da prevenção dependerá do custo dos órgãos estatais ligados à investigação e à condenação, bem como da elasticidade da resposta aos delitos.

Na perspectiva da AED, a repressão criminal está sob a incessante procura de instrumentos eficazes que maximizem o custo do agente criminoso ou que minimize seus lucros. Pesquisas empíricas conduzidas em estabelecimentos prisionais no Brasil refletem tal ponderação de valores e auxiliam a definição de políticas públicas. Dados coletados por Pery Francisco Assis Shikida por dez anos em estabelecimentos prisionais no Paraná revelaram que a maior parte dos condenados optou pela atividade criminosa por questões de natureza econômica e psíquica, assumindo riscos de moderado a elevado.⁹⁰ Do ponto de vista da reincidência, em outro estudo, concentrado apenas no Complexo de Penitenciárias de Piraquara, maior estabelecimento penal do Paraná, a conclusão foi de que o crime de furto tem 66 vezes mais probabilidade de o agente criminoso reincidir. Esse indicador é muito superior ao de roubo – que revela o mesmo proveito econômico, mas possui uma maior repressão – e ao de tráfico de drogas.⁹¹ O uso da AED em tais circunstâncias permite ao Estado realocar recursos para estratégias que incidam sobre estes fatores de estímulos do crime, potencializando a eficiência da política criminal para os egressos que tenham praticado a modalidade criminosa mais sujeita à reincidência.

Em análises que tangenciam a utilização de meios de persecução patrimonial como indutor de comportamento, os resultados têm demonstrado que o Estado dispõe não apenas da escolha da intensidade da repressão penal – a quantidade da pena privativa de liberdade ou o

⁸⁹BECKER, G. S. Crime and Punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. 1968; 76: 169-217, p. 169

⁹⁰SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**. . 2010; 1 (20): 318-336.

⁹¹GONÇALVES JÚNIOR, Carlos Alberto; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Determinantes da Reincidência Penal no Estado do Paraná: uma análise empírica da economia do crime. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 315-336, 2013.

modo de execução –, mas também da opção de utilizar normas civis e penais para a repressão de determinada conduta. O uso do Direito Penal depende da avaliação dos custos e dos benefícios da criminalização de determinada atividade. Roger Bowles, Michel Faure e Nuno Garoupa apresentaram alguns critérios para auxiliar a identificar a melhor resposta para determinada conduta reconhecida como prejudicial à sociedade: extensão e caráter difuso da lesão; especialização de órgãos de investigação; acessibilidade a meios probatórios que os agentes privados não possuem e ineficácia de sanções pecuniárias, seja pela insolvência dos responsáveis, seja pela simples internalização do custo da pena. Todos esses critérios influenciam a escolha da repressão penal em razão principalmente do custo social e da eficácia e auxiliam o Estado a optar entre a resposta penal ou a eleição de sanções civis ou administrativas.⁹²

A par da escolha entre a sanção civil ou penal, a expansão de medidas de constrição patrimonial, como o confisco alargado, traz para o Estado a opção de intensificar a repressão ao crime por meio do confisco dos ativos de grupos criminosos.

AED e o confisco

A eficiência do confisco é estudada no campo da AED sob duas hipóteses. Na primeira, medidas de persecução penal podem servir de elemento de dissuasão para a prática de crime. A oferta de crimes seria elástica ao investimento estatal em instrumentos de persecução patrimonial. A hipótese é intuitivamente conduzida pelo pressuposto de que a medida constritiva representará mais um custo para a permanência ou para a entrada na carreira criminosa, reduzindo o lucro e aumentando a exposição do investigado.⁹³ O Plano de Ação da União Europeia de 2000⁹⁴ e a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho⁹⁵ apoiam-se expressamente nesta hipótese.

A hipótese de dissuasão pode ser demonstrada pela seguinte equação: suponha-se que o criminoso (I) tenha benefícios do valor de B_i e custos no valor de C_i e decide entrar na

⁹²BOWLES, Roger; FAURE, Michel; GAROUPA, Nuno. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: an economic view and policy implications. *Journal of Law and Society*. 2008; 35 (3): 380-416, p. 395 e 415.

⁹³Neste sentido: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57; FORSAITH, James *et al.* **Study for an Impact Assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets European Union**. Rand Coporation, 2012, p. 14.

⁹⁴No capítulo 2.7, há a orientação política da adoção de medidas de persecução patrimonial que deve ser prioridade para “privar a criminalidade organizada da sua principal motivação, ou seja, os produtos do crime.”UE. União Europeia. **Conselho Europeu de Amsterdã**. Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: estratégia da União Europeia para o início do novo milênio. Bruxelas, 3 de maio de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

⁹⁵Parágrafo 1º do Preâmbulo: “A principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime”.

criminalidade desde que o benefício B_{li} seja positivo, isto é, $B_{li} = B_i - C_i$. O confisco alargado reduz B_i e aumenta C_i , necessariamente reduzindo o benefício líquido B_{li} e a atratividade da atividade criminosa.

Além da dissuasão pela simples imposição do confisco, a constrição serviria como medida de reforço de sanções monetárias. Richard Posner⁹⁶ sustenta que os crimes de colarinho branco deveriam ser sancionados com alguma pena pecuniária, pois ela representaria um custo social menor do que a prisão e se mostraria tão ou mais efetiva que essa. A conclusão parte da constatação de que os crimes de colarinho branco são apenados com tempo médio de até dois anos e de que, para tal período de tempo, poderia ser mensurado algum valor que representasse o mesmo efeito persuasório na prevenção do crime.⁹⁷ Para Roger Bowles, Michel Faure e Nuno Garoupa, o confisco agiria, nessa situação, como reforço de sanções monetárias, potencializando seu uso.⁹⁸

Na literatura, há poucos trabalhos empíricos sobre o tema. Peter Alan Sproat conduziu pesquisa no Reino Unido sobre os efeitos da vigência de legislação mais rigorosa em confisco de bens. Os resultados apontaram que a perda de bens alcançou menos de 1% do montante de recursos ilícitos supostamente circulante no Reino Unido e não influenciou o mercado ilícito de entorpecentes, já que o preço da cocaína e do *crack* mantiveram-se relativamente estável no período.⁹⁹

Um resultado conflitante foi encontrado por Edgardo Buscaglia, que avaliou o sistema jurídico de 107 países signatários da Convenção de Palermo, no período de 1993 a 2006. O autor concluiu que os países que adotaram exclusivamente medidas tradicionais de repressão penal estimularam a expansão dos grupos criminosos residuais, inclusive a atuação da

⁹⁶ POSNER, Richard. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **American Criminal Law Review**. 1979-1980; 17:409. Posner não adota o conceito clássico “crime de colarinho branco.” Para ele, o mais adequado é “crime não violento”, cometido por pessoas da alta sociedade ou por associações, empresas ou sindicatos.

⁹⁷ SHAVELL, Steven. Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. **Columbia Law Review**. 1985; 85: 1232-1262. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The Optimal Use of Fines and Imprisonment. **Journal of Public Economics**. 1984; 24: 89-99. Para uma visão crítica desta posição: COFFEE JÚNIOR, John Collins. Corporate Crime and Punishment: a non Chicago view of the economics of criminal sanctions. **American Criminal Law Review**. 1979-1980; 17: 419-476. D'ANTONI, Massimo; GALBIATI, Roberto. A Signaling Theory of Nonmonetary Sanctions. **International Review of Law and Economics**. 2007; 27: 204-218.

⁹⁸ Os autores alertam contudo que o confisco não deve ser confundido com a pena de multa nem com outra sanção criminal pecuniária. Nas palavras de Bowles, Faures e Garoupa, “para deter o crime, deve existir um custo de oportunidade para os ofensores em potencial. Se a perda esperada é limitada ao ganho ilegal, o crime é uma loteria atrativa por que, na pior situação, o agente terá o patrimônio que possuía antes da conduta.” Trad. livre de: *To deter crime, there must be an opportunity cost for potential offenders. If the expected loss is limited to the illegal gain, crime is an attractive lottery because, in the worst possible state, individuals get what they had before committing an offense*. BOWLES, Roger; FAURE, Michel; GAROUPA, Nuno. Economic Analysis of the Removal of Illegal Gains. **International Review of Law and Economics**. 2000; 20: 537-549, p. 539.

⁹⁹ SPROAT, Peter. An Evaluation of the UK's Anti-Money Laundering and Asset Recovery Regime. **Crime Law Soc Change**. 2007; 47:169-184, p. 183.

organização para dentro do aparato estatal, de modo a evitar novas punições.¹⁰⁰ Ao contrário, os países que obtiveram mais sucesso na repressão a tal modalidade criminosa adotaram, ao lado das medidas clássicas, novos instrumentos de confisco e programas de prevenção, além de reformas no trâmite de determinadas classes processuais.¹⁰¹ A pesquisa teve como limitações a omissão das variáveis dependentes e a ausência de um padrão único para a catalogação dos dados dos países pesquisados, como apontado em outro estudo.¹⁰² Apesar disso, ela ainda é a análise com maior representatividade sobre o tema.

De todo modo, ainda que o efeito psicológico sobre o comportamento do futuro criminoso seja nulo, a hipótese de dissuasão é reforçada pelo argumento de se retirarem, da disposição do criminoso, valores que poderiam ser utilizados posteriormente para o crime de lavagem de ativos, prevenindo, assim, a perpetuação da atividade criminosa.¹⁰³ Tal finalidade é ressaltada no Plano de Ação da União Europeia de 2000¹⁰⁴ e na Decisão-Quadro 2005/212/JAI

¹⁰⁰“Como resultado da análise jurimétrica apresentada neste estudo, a concentração de esforços apenas nas sanções legais tradicionais para combater o crime organizado (a exemplo do aumento das taxas de encarceramento ou extradição) tende a incentivar grupos criminosos a expandir seus vínculos escusos (de modo a protegê-los das esperadas sanções elevadas), aumentando assim a feudalização do aparelho estatal para aumentar sua capacidade operacional.” Trad. livre de: *As a result of the jurimetrics-based analysis presented in this study, just relying on traditional legal sanctions to counteract organized crime (e.g. increased incarceration and/or extradition) will tend to create an incentive for criminal groups to expand their corruption rings (in order to protect themselves from higher expected sanctions) thus increasing the feudalization of the state by criminal groups while enhancing their operational capacities.* BUSCAGLIA, Edgardo. Legal and economic factors determining succes and failure in the fight against organized crime: an empirical assessment of the Palermo Convention. **Latin America and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. 2008, p. 20. Disponível no link <<https://escholarship.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

¹⁰¹“Neste contexto, o sucesso de acusações e condenações contra organizações criminosas deve ser medido menos pelo encarceramento e deve concentrar-se mais em interromper a ação criminosa através do confisco, reduzindo assim o montante de recursos destinados os laços de corrupção dentro do Estado. Ao mesmo tempo, ações preventivas destinadas a diminuir o ingresso de jovens em atividades criminosas já tem mostrado sua capacidade de interromper a capacidade operacional de organizações criminosas” Trad. livre de: *In this context, the success of prosecutions and convictions against criminal organizations should be measured less by incarceration of physical person and should be more focused on disrupting the production of criminal enterprises through forfeitures, thus reducing the amounts of net worth aimed at expanding public corruption rings to feudalize States. At the same time, preventive policies aimed at diminishing the flow of youth into criminal activities have already shown their capacity to disrupt the street-based operational capacities of organized crimes.* BUSCAGLIA, Edgardo. Legal and Economic Factors Determining Succes and Failure in the Fight against Organized Crime: na empirical assessment of the Palermo Convention. **Latin America and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. 2008, p. 22. Disponível em: <<https://escholarship.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

¹⁰²“Não somos capazes de analisar o impacto na redução de crimes pela simples razão de que não existe evidência suficiente para demonstrar que o confisco de ativo levará a tal resultado. É tentador simplesmente presumir tal conclusão com fundamento numa lógica popular e intuitiva da microeconomia – que o confisco prevenirá potencial ofensores. No entanto, hipóteses concorrentes impedem tal conclusão. Em particular, o confisco de ativos pode atingir de modo desproporcional fornecedores menos complexos do mercado ilícito, criando barreiras de entrada e, portanto, oligopólios, nos quais fornecedores se tornam cada vez maiores e mais difícil de ter a atividade encerrada. Trad. livre de: *We are not able to analyse impacts flowing from a reduction in crime for the simple reason that there is insufficient evidence that asset confiscation will reduce crime. It is tempting simply to assume this on the basis of a compelling (and popular) microeconomic logic – that is, that the prospect of asset confiscation will deter potential offenders. However, strong competing hypotheses prevent this. In particular, it may be that asset confiscation disproportionately affects less sophisticated suppliers of illicit markets, creating barriers to entry and, thus, oligopolies, in which suppliers become larger and more difficult to disrupt.* O estudo critica de modo incisivo a pesquisa em outro trecho. FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets European Union**. Rand Coporation, 2012, p. 23, 264.

¹⁰³PAVLIDIS, Georgio. **Confiscation Internationale: instruments internationaux, droit de l’Union européenne, droit suisse**. Schulthess: Genève, 2012, p. 4. No mesmo sentido, a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas menciona em seu preâmbulo o potencial de contaminação da Administração Pública, das atividades comerciais e das atividades comerciais e financeiras lícitas.

¹⁰⁴ V. nota de rodapé 95.

do Conselho.¹⁰⁵

A segunda hipótese relativa à análise de eficiência do confisco é que a constrição de ativos representa a possibilidade de o Estado incrementar a atividade de persecução com o resultado obtido sobre o patrimônio ilícito. Segundo os autores Roger Bowles, Michel Faure e Nuno Garoupa, a recuperação do produto ilícito representa tanto um elemento adicional de repressão, quanto uma medida de reforço das atividades de persecução em razão da entrada de recursos para o Estado.¹⁰⁶

A hipótese é confirmada pela verificação empírica em países que implementaram medidas mais incisivas de recuperação de ativos, a exemplo do confisco alargado e da ação civil de extinção de domínio. Nos Estados Unidos, o montante recuperado em 2014, 2015 e 2016 alcançou, respectivamente U\$ 3,504 bilhões, U\$ 612 milhões e U\$ 1,060 bilhões. Do valor total recuperado, os Estados Unidos compartilham parte do montante com os órgãos de investigação que participaram da recuperação, tendo as cifras alcançado U\$ 487 milhões de dólares em 2014, U\$366 milhões de dólares em 2015 e U\$ 317 milhões de dólares em 2016.¹⁰⁷

No Reino Unido, a legislação mais rigorosa passou a vigor em 2002, permitindo o perdimento de bens para todos os crimes, o que elevou a recuperação de ativos de £20 milhões de libras esterlinas em 2003 para £ 154 milhões de libras esterlinas em 2009. Esse valor se manteve estável até o 2016 quando £ 155 milhões de libras esterlinas foram efetivamente recuperadas. Tal como nos Estados Unidos, parte dos recursos – 50% do valor total – também foi destinada aos órgãos que participaram da investigação.¹⁰⁸

A despeito de o Reino Unido apresentar desempenho inferior ao dos Estados Unidos, estudo desenvolvido em 2012, a pedido da União Europeia, sugeriu que a rentabilidade e a economicidade verificadas no Reino Unido podem ser estendidas a outros países do bloco. Partindo de projeções baseadas na realidade do Reino Unido, os pesquisadores concluíram que

¹⁰⁵ Parágrafo 1º do preâmbulo: “A principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime”.

¹⁰⁶ “A remoção de ganhos ilegais aumenta a efetividade da detecção e punição. Para uma estimada despesa $c(p)$, onde $c' > 0$ e $c'' > 0$, o “multiplicador” é não mais a probabilidade de detecção e punição p mas $p/(1-p\tau)$. A efetividade da detecção e da punição aumenta com τ . Em outras palavras, se o Estado almeja determinada probabilidade, como p , deve gastar $c(p/(1+p\tau))$. Então, o gasto em detecção e punição diminui com τ . A recuperação de ganhos ilegais permite que o governo economize na detecção e no gasto em punição”. Trad. livre de: *The removal of illegal gain increases the effectiveness of detection and punishment. For a given expenditure $c(p)$, where $c' > 0$ and $c'' > 0$, the “multiplier” is no longer the probability of detection and punishment p but $p/(1-p\tau)$. The effectiveness of detection and punishment increases with τ . In other words, if the government targets a given probability, say p , it must expend $c(p/(1+p\tau))$. Thus, the expenditure on detection and punishment decreases with τ . Removal of illegal gains permits the government to save on detection and punishment expenditures.* BOWLES, Roger; FAURE, Michel; GAROUPA, Nuno. Economic analysis of the removal of illegal gains. **International Review of Law and Economics**. 2000; 20: 537-549, p. 539.

¹⁰⁷ UNITED STATES. Department of Justice. **Asset Forfeiture Program**. 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov>> Acesso em: 2 set 2017.

¹⁰⁸ UNITED KINGDOM. House of Commons. **Proceeds of crime**. Home Affairs Committee. 2016, p. 4 e 17. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 2 set 2017.

“o desenvolvimento da atividade de recuperação de ativos pode apresentar retorno financeiro positivo para todos os países membros, à exceção apenas de cinco deles”,¹⁰⁹ corroborando a hipótese de que os efeitos positivos da recuperação de ativos para o reforço da atuação estatal são verificáveis empiricamente.

AAED oferece, assim, argumentos favoráveis à implementação de medidas mais incisivas de recuperação de ativos, tanto sob o ângulo da influência positiva sobre a prevenção penal, quanto sob a perspectiva de reforço dos órgãos de repressão.

Diante de tais vantagens, o instituto do confisco alargado foi implementado também em Portugal, sob a denominação de perda alargada, conforme será estudado no capítulo a seguir.

¹⁰⁹ FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets.** European Union. Rand Corporation, 2012, p. 247.

Capítulo 2

A PERDA ALARGADA EM PORTUGAL

Portugal introduziu a perda alargada em seu ordenamento em 2002, por meio da Lei n° 5, modificando, substancialmente, o regime de confisco vigente. Ao lado dela, a estrutura do instituto da perda alargada apoia-se em outros dois atos normativos. O primeiro é a Lei n° 45/2011, que instituiu entes responsáveis pela investigação financeira ou patrimonial e pela administração de bens. O segundo e mais recente – de 30 de maio de 2017 – é a Lei n° 30/2017 que alterou diversos diplomas legais para harmonizar o regime da perda alargada com a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

O estudo desses três atos visa identificar as principais características do novo instituto, de modo a subsidiar, com mais profundidade, a crítica a respeito do projeto de confisco alargado em discussão no Congresso Nacional.

2.1 O CONFISCO E A LEI N° 5/2002

Historicamente, o confisco em Portugal era identificado como medida de política penal contra crimes de natureza econômica¹¹⁰ e como instrumento de arrecadação para o Estado através dos delitos de lesa-majestade. Era o período de vigência do confisco geral, no qual um fato gerador específico permitia a transferência de todo o patrimônio do responsável, quadro que começou a mudar a partir do século XVIII com a ascensão da burguesia e a crescente proteção da propriedade pela ordem jurídica.¹¹¹

As Constituições portuguesas de 1822,¹¹² 1826,¹¹³ 1838,¹¹⁴ 1911¹¹⁵ e

¹¹⁰“As ordenações portuguesas são o melhor testemunho nacional desta ampla utilização do confisco ‘como um instrumento de política económica do governo’. A legislação estava perfeitamente afinada pelo princípio segundo o qual o confisco é adequado aos delitos de ganância ou cujo móbil é o engrandecimento patrimonial ilícito.” CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional 2012, posição 393, versão *kindle*.

¹¹¹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional 2012, posição 1.605, nota de rodapé 17 e posição 448, versão *kindle*.

¹¹²“Art. 11. Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delincente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis e infamantes”. PORTUGAL. **Constituição de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹¹³“Art. 145.º §19.º - Nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”. PORTUGAL. **Carta Constitucional de 29 de abril de 1826**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹¹⁴“Art. 22 – Nenhuma pena passará da pessoa do delincente; não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia dos réus se transmitirá aos parentes”. PORTUGAL. **Constituição de 1838**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹¹⁵“Art. 23 – Nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Portanto, não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia dos réus se transmitirá aos parentes, em qualquer grau.”. PORTUGAL. **Constituição de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

1933¹¹⁶expressamente vedaram o confisco geral; a Constituição de 1976 rompeu com a tradição da proibição expressa, ao deixar de tratar diretamente do instituto,¹¹⁷ deixando ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar o confisco especial do produto ou do instrumento do crime.

O confisco no Direito português atual tem como ponto central o tratamento conferido nos arts. 109, 110 e 111 do Código Penal. O legislador português dividiu os objetos relacionados ao crime em três: instrumentos, produtos e vantagens. Instrumentos são objetos utilizados para o crime, conceito semelhante ao utilizado no art. 91, II, alínea b, Código Penal brasileiro. Produtos e vantagens são considerados em sentido diverso do sentido corrente em nosso país, pois os primeiros representam os “objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa” como a moeda falsificada, enquanto que as vantagens são “qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado”.¹¹⁸

Até 2017, os instrumentos e os produtos seriam declarados perdidos apenas se fossem preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: vinculação com o crime e, quando pela natureza ou circunstância do caso, colocassem em perigo a segurança das pessoas, a moral, a ordem pública ou existir risco de eles serem utilizados em outro crime. O elemento essencial era a probabilidade de eles representarem alguma ameaça aos valores elencados pelo legislador português, autorizando Jorge de Figueiredo Dias a ressaltar a finalidade exclusivamente preventiva.¹¹⁹ Em maio de 2017, a Lei nº 30 alterou os arts. 109 e 110 para submeter o mesmo regime para a perda dos produtos e das vantagens do crime, dispensando-se a periculosidade concreta dos produtos para o confisco. Esse, portanto, é o regime padrão do confisco em Portugal definido no Código Penal português, exigindo-se para os instrumentos a relação com o crime e algum nível de periculosidade e para os produtos e as vantagens o vínculo de origem com o crime.

Encontram-se ainda outras espécies de confisco no ordenamento português. O art. 109, parágrafo 3º¹²⁰ e o art. 110, parágrafo 4º,¹²¹ todos do Código Penal, permitem o confisco por

¹¹⁶Art. 8º, § 12 – Não haver confisco de bens, nem transmissão de qualquer pena da pessoa do delinquente”. PORTUGAL. **Constituição de 11 de abril de 1933**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹¹⁷ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017. João Conde Correia relata que a Assembleia Constituinte rejeitou a proposta de adição ao artigo 62 para permitir o confisco apenas para os bens adquiridos ou utilizados para a prática de corrupção. CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 464, nota de rodapé 25, versão *kindle*.

¹¹⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. Coimbra, 2005, p. 618 e 632.

¹¹⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. Coimbra, 2005, p. 614 e 621.

¹²⁰Art. 109 [...] 3- Se os instrumentos referidos no n.º 1 não puderem ser apropriados em espécie, a perda pode ser substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A”. PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹²¹Art. 110 [...] 4 – Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A”. PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

seu valor equivalente, semelhante ao disposto no art. 91, §1º do Código Penal brasileiro.

Vigora ainda o modelo de confisco sem condenação penal - reconhecido no Direito Comparado como *non-conviction-based confiscation* ou NCB ou NCBC pelo acrônimo em inglês, como indicado no subitem 1.1.2. A Lei nº 30 de 2017 incluiu no ordenamento português a possibilidade de os produtos e instrumentos serem confiscados quando o processo não puder ser iniciado pela não identificação do autor do crime ou a morte do investigado¹²² ou processo não puder prosseguir em razão da morte¹²³ ou da contumácia do réu¹²⁴, atendendo a Diretiva 2014/42/UE.

A despeito da eficácia de tais espécies de confisco,¹²⁵ o marco de alteração do regime de perda de bens em Portugal é a perda alargada, instituída pela Lei nº 5 de 2002. Discutida nove dias após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001,¹²⁶ nos Estados Unidos da América (EUA), e aprovada pela Assembleia da República em 31 de outubro de 2001, a transcrição dos debates não apresenta questionamentos de grande monta.¹²⁷ Jorge Godinho registra que o ato legislativo encontra antecedentes em dois outros documentos, vinculados à repressão às drogas na Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga,¹²⁸ constituída em 16 de fevereiro de 1998, e na Estratégia Nacional de Luta contra a Droga.

A perda alargada foi implementada pela Lei nº 5/2002, prevendo-se em seu art. 7º que “[e]m caso de condenação pela prática de crimes referido no art. 1º [...] presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele

¹²²Art. 110, parágrafo 5º, Código Penal: “Art. 110. Perda de Produtos e Vantagens [...] 5 – O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”. O art. 109, parágrafo 3º, dispõe de modo similar para os instrumentos do crime. PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹²³ Art. 127, parágrafo 3º, Código Penal: “3 – A extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado.”. PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹²⁴Art. 335, parágrafo 5º, Código de Processo Penal português: “Art. 335 [...] 5 - A declaração de contumácia não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração de perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado.” PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lisboa, 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017. A contumácia é definida no parágrafo 5º do art. 335 do Código de Processo Penal português e equivale a revelia existente em nosso país.

¹²⁵Outros diplomas tratam do confisco, a exemplo do Decreto-Lei nº 15/1993, Decreto-Lei nº 28/1984, Decreto-Lei nº 33/1982, mas não apresentam alteração significativa do que foi apresentado. RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2013.

¹²⁶ A Lei nº 5 foi aprovada na Assembleia da República em 31 de outubro de 2001, promulgada em 19 de dezembro de 2001 e publicada apenas em 11 de janeiro de 2002. Disponível em : <www.parlamento.pt> Acesso em: 17 jul 2017.

¹²⁷ Diário da Assembleia da República, I, Série nº 1, 20/09/2011, p. 22-39 p. 23-41. A exposição de motivos da Proposta de Lei nº 94 também não apresenta argumentos mais específicos, citando apenas a previsão do instituto na Convenção de Viena de 1988 e a existência de institutos similares na França, Itália e Reino Unido.

¹²⁸ GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra:Coimbra, 2003, 1.319. No curso dos trabalhos, a Comissão recebeu parecer contrário à previsão de inversão do ónus da prova, posição que não foi aceita no relatório final.

que seja congruente com o seu rendimento lícito.”¹²⁹

2.2 REQUISITOS DA PERDA ALARGADA

Exige-se, para a aplicação da perda alargada, a presença de três requisitos: 1) condenação por um dos crimes relacionados no art. 1º da Lei nº 5/2002, o catálogo de crimes; 2) existência de património e 3) incompatibilidade entre o património e a renda declarada.

A conjugação desses requisitos permite o raciocínio de que se alguém se dedica a praticar as modalidades criminosas constantes do catálogo – que, em geral, mas não necessariamente, rendem altas somas – e apresenta património a descoberto, os respectivos bens ou valores decorrem de origem ilícita.¹³⁰

Catálogo de crimes

A redação original do art. 7º previa a aplicação do novo instituto para os crimes tratados nos treze incisos do art. 1º, sendo eles os seguintes: tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção activa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores e falsificação de moedas. Após a última alteração em 2017, o rol contempla também os crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção no comércio internacional e na atividade desportiva, pornografia infantil, dano relativo a programas e tráfico de pessoas.¹³¹

Como indica Jorge Godinho, essa relação é próxima do elenco de condutas típicas que devem ser proscritas segundo as Convenções de Viena de 1988, de Palermo e de Mérida.¹³² Afora tal semelhança com referidas convenções, a relação não indica ter sido baseada em estudo prévio acerca das modalidades criminosas lucrativas ou que necessitem de vultosas quantias para a operacionalização de suas atividades. Isso justifica a crítica de João Conde Correia sobre a ausência de inclusão de condutas reconhecidamente lucrativas, como o roubo e

¹²⁹ PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹³⁰ GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2003, p. 1.319. Sob uma ótica crítica, Paulo Silva Marques analisa que o instituto apoia-se na presunção de que o património a descoberto advém de atividade criminosa anterior e na inversão do ónus em desfavor do arguido para afastar a presunção. MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusfada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusfada, 2003, p. 297.

¹³¹ Os tipos foram descritos conforme a denominação legal em Portugal.

¹³² GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

a extorsão¹³³ ou mesmo os crimes contra a economia popular.¹³⁴

A crítica é reforçada pela adoção de critérios flexíveis em outros países, a exemplo da Inglaterra. A introdução do confisco alargado na Inglaterra é vinculada à repressão estatal ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo e foi previsto, originalmente, no *Drug Trafficking Act*.¹³⁵ Em 2000, o estudo encomendado pelo governo britânico concluiu que o sistema vigente até então era disfuncional e não cumpria com a sua finalidade¹³⁶, o que levou, em 2002, à edição do *Proceeds of Crime Act* (POCA). A aplicação do confisco alargado exige a satisfação de um dos três requisitos elencados na legislação: a condenação por um dos crimes do catálogo ou a exibição de um “modo de vida criminoso”,¹³⁷ preenchido com base na reiteração criminosa ou na realização de prática criminosa por período acima de seis meses. Transcreve-se o dispositivo indicado na seção 75 do POCA:¹³⁸

75. Modo de vida criminoso

(1) O condenado possui um modo de vida criminoso apenas (e apenas se) a seguinte condição for satisfeita.

(2) A condição é que aquele crime (ou quaisquer dos crimes) satisfaça qualquer um destes requisitos:

(a) esteja especificado no anexo 2;

(b) a conduta seja reconhecida como parte de atividade criminosa em curso;

(c) o crime foi praticado pelo período mínimo de seis meses e o condenado se beneficiou dele;

O ponto essencial e de importância para a crítica apresentada é que a legislação exige para as condutas descritas nas alíneas b e c que o proveito da atividade criminosa supere £5.000,00. Conforme a a redação do subitem 4 da Seção 75 do POCA, “o crime atenderá os requisitos da subseção 2, letras b e c, se o condenado obter benefício relevante superior a £5000”.¹³⁹ O exemplo inglês demonstra a viabilidade em utilizar um critério objetivo e ao mesmo tempo flexível para a depuração da seleção de crimes que vão ao encontro da finalidade da perda alargada em afetar apenas condutas de maior lesividade.

¹³³“As escolhas efetuadas são, assim, insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis, dificilmente se deixando reconduzir a um denominador comum que explicita a política e a *mens legislatoris*” (CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.218, versão *kindle*). A perplexidade também é sentida por outros autores, a exemplo de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues. RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 215.

¹³⁴CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, n. 145, 2016 p. 69.

¹³⁵RYDER, N. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. **Journal of Business Law**, 8, 2013, p. 767.

¹³⁶UNITED KINGDOM. Recovering the Proceeds of Crime: a performance and innovation unit report. June, 2000, p. 5. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 19 set 2017.

¹³⁷*Criminal lifestyle*.

¹³⁸“75. *Criminal lifestyle*. (1) A defendant has a criminal lifestyle if (and only if) the following condition is satisfied. (2) The condition is that the offence (or any of the offences) concerned satisfies any of these tests – (a) it is specified in Schedule 2; (b) it constitutes conduct forming part of a course of criminal activity; (c) it is an offence committed over a period of at least six months and the defendant has benefited from the conduct which constitutes the offence”. UNITED KINGDOM. **Proceeds of Crime Act. 2002**. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 19 set 2017.

¹³⁹“(4) But an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than £5000”.

A despeito da crítica, o legislador português amainou a aplicação indiscriminada da perda alargada em relação a alguns crimes contidos no rol. O lenocínio, o contrabando, o tráfico e a viciação de veículos exigem a prática concomitante no contexto de organização criminosa, por força do parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 5/2002. O legislador criou duas categorias: uma que sempre permite a aplicação do confisco e outra que demanda sua conjugação com a estrutura qualificada da organização criminosa.¹⁴⁰ Tanto a justificativa do projeto de lei à época da apresentação ao Legislativo¹⁴¹ quanto a sustentação oral do Ministro da Justiça nos debates legislativos¹⁴² confirmam o tratamento bipartido da legislação. Cumpre registrar que o rol atual de crimes que exigem a integração a uma organização criminosa é menor do que o exigido na redação original da Lei nº 5/2002, pois à época, o tráfico de menores e a contrafacção de moedas e títulos não bastavam por si só para a perda alargada. Vê-se, de qualquer modo, que a possibilidade de aplicação indiscriminada é reduzida em tais crimes.

Não basta, contudo, a prática de tais crimes, faz-se necessário a identificação de patrimônio sob a propriedade do autor do delito.

Patrimônio do condenado

Pressuposto de ordem jurídica e lógica, a acusação deve identificar o patrimônio do réu. A Lei nº 5/2002 utilizou o critério econômico de patrimônio de modo a abranger “todas as posições ou situações economicamente valiosas tituladas pelo condenado”,¹⁴³ ainda que sob o aspecto formal o proprietário seja outra pessoa.

Seguindo esse critério, a alínea a do parágrafo 2º do art. 7º considera sob a propriedade do condenado os bens que estejam em sua titularidade ou que em relação aos quais ele detenha o domínio e o benefício. A referência à titularidade não comporta maiores dificuldades já que os bens assim entendidos são aqueles que pertencem formalmente ao condenado.

Dúvida pode existir em relação à segunda parte da alínea a, quando inclui no conceito

¹⁴⁰GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.340. À falta de critério legal, o conceito de organização criminosa é retirado da Convenção de Palermo. CAIRES, João Gouveia. O regime processual especial aplicável ao crime organizado (Económico-Financeiro): âmbito de aplicação da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; SOUSA MENDES, Paulo de (org.). *Direito Penal Económico e Financeiro*: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 464 e 474)

¹⁴¹“Parte deles são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela *ratio* desta proposta, que não visa à pequena criminalidade”. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/>>. Acesso em: 31 jan 2017.

¹⁴²“A primeira proposta de lei que temos em debate estabelece um regime especial de recolha de provas e perda de bens a favor do Estado aplicável aos crimes de tráfico de droga, terrorismo, tráfico de armas, corrupção, branqueamento de capitais, associações criminosas e, ainda, quando praticados sob forma organizada, ao contrabando, tráfico de veículos, lenocínio, tráfico de menores e contrafacção de moeda”. Trecho do debate legislativo. PORTUGAL, Diário da Assembleia da República, 2011, p. 22-41. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017. Vide o inteiro teor da justificativa no Diário da Assembleia da República, II, nº 76, de 18/07/2011, p. 66-71.

¹⁴³CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.252, versão *kindle*.

de patrimônio todos os bens que o condenado tenha o domínio e o benefício. O ponto essencial é identificar se o condenado possui poder decisório e é beneficiário dos bens, a despeito da constituição fictícia da propriedade para outra pessoa,¹⁴⁴ como costuma ocorrer com as pessoas jurídicas constituídas em paraísos fiscais – *offshores*– com o único intuito de ocultar a pessoa física beneficiária das posições ativas assumidas pela sociedade.¹⁴⁵

A legislação utiliza como marco inicial para a identificação do patrimônio a data da constituição do condenado como arguido. Para tanto, considera arguido “a pessoa relativamente a qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”.¹⁴⁶ Trata-se de suspeito constituído formalmente como tal pela polícia criminal ou pela autoridade judiciária, conforme disciplinam os arts.57 a 59 do Código de Processo Penal português.

De modo a evitar a transferência fraudulenta de bens, a alínea b considera ainda como inseridos no patrimônio os bens transferidos a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória. Basta a transferência gratuita ou mediante valor irrisório para permitir a inclusão do bem no patrimônio do condenado.¹⁴⁷

Por último, a alínea c inclui no patrimônio do condenado todos os bens “recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino”. Embora não expressamente, a legislação embute a premissa de que todo o patrimônio foi adquirido no quinquênio anterior à constituição do condenado como arguido.¹⁴⁸ Cabe ao réu, e não à acusação, demonstrar que determinado bem utilizado como parâmetro para a definição da incompatibilidade foi adquirido antes do início do marco inicial.¹⁴⁹

O marco para a aferição da titularidade dos bens nas alíneas b e c será o quinquênio

¹⁴⁴RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 228.

¹⁴⁵GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2003, p. 1.345. Para o conceito de *offshore*: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de Lavagem. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Orgs). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 346.

¹⁴⁶SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. Lisboa: Verbo, 2010, v. I, p. 300.

¹⁴⁷Jorge Godinho defende que beneficiário da doação pode defender a legitimidade do negócio jurídico (GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra:Coimbra, 2003, p. 1.345).

¹⁴⁸GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2003, p. 1.320. No mesmo sentido: MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003, p. 307.

¹⁴⁹RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2014, p. 236.

anterior à data em que o condenado foi constituído com arguido, e não mais a data em que ele foi constituído como tal. Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues justificam que o prazo de cinco anos é equivalente ao período exigido para a guarda de documentos fiscais e que seria por demais oneroso pretender que o condenado comprovasse a origem de bem adquirido após este lapso temporal. Como ainda registram os autores, a definição de um prazo fixo também é observado em outras legislações, a exemplo da inglesa que estabelece o período de seis anos.¹⁵⁰

Não bastam, contudo, a condenação por crime previsto no catálogo e a existência de patrimônio. O valor do patrimônio deve ser incompatível com a renda conhecida do condenado, conforme será analisado a seguir.

Incompatibilidade entre o patrimônio e a renda

O último requisito é a incompatibilidade entre o patrimônio e renda do réu. Nos termos do *caput* do art. 7º da Lei nº 5/2002, tal requisito é preenchido mediante a “diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.¹⁵¹

A renda a ser considerada na avaliação é a existente em bases de dados oficiais, primordialmente, a declaração fiscal do réu, apresentando tal desconformidade na fase descrita no art. 8º, conforme será visto mais abaixo.¹⁵²

A avaliação da compatibilidade entre o patrimônio e a renda não apresenta maiores dificuldades quanto o bem incluído no patrimônio do condenado é conhecido. De acordo com João Conde Correia, os bens identificados devem ser avaliados pelo valor líquido, excluindo-se eventual dívida vinculada a ele. Se de algum modo o bem gerou juros ou lucros, eles também devem ser incluídos. Por fim, como aponta o autor, a aferição da incompatibilidade é realizada em cada exercício, em nada influenciando na análise o saldo atual disponível ou o valor contemporâneo da propriedade.¹⁵³ Nas palavras de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, deve-se realizar “uma reconstituição histórica do rendimento do arguido, e

¹⁵⁰RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 242. Outros países consideram todo o património do condenado ilícito, sem a prefixação de um recorte temporal, a exemplo da Alemanha, da Itália e da Holanda. SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. **Recuperação de Activos: da perda ampliada à *actio in rem*** (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar On Line**. 2009, p. 5.

¹⁵¹PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹⁵²RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 240.

¹⁵³CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 2.309, versão *kindle*. O confisco do património bruto ou líquido é objeto de discussão na Alemanha, Itália e Estados Unidos, conforme estudo apresentado por Solon Cícero Linhares. LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

consequente verificação se nesse momento se verificava o juízo de incongruência”.¹⁵⁴

Dificuldade pode existir na hipótese em que o patrimônio deva ser calculado unicamente pela movimentação de ativos pelo condenado. De acordo com Tiago Misael de Jesus Martins, citando o *Internal Revenue Code* utilizado como referência nos Estados Unidos, quatro métodos se destacam na literatura internacional para a identificação patrimonial. O primeiro é o método do pagamento específico utilizado para “rastrear um pagamento ou um conjunto de pagamentos determinados de um alvo ou para um alvo”.¹⁵⁵ O segundo é o método do patrimônio líquido, ou *net worth method*, que toma como referência um patrimônio base em determinado ano e, após cada exercício, é adicionado um determinado montante de valor líquido de despesas, permitindo-se ao final a indicação do patrimônio líquido total. O terceiro método é o de despesas, por meio do qual o órgão de apuração identifica as despesas efetivas do investigado e as coteja com a renda, permitindo apontar o montante incompatível com seus rendimentos lícitos. O quarto e último método é o de análise de depósitos bancários, ou *bank deposit method*, que busca aferir o montante circulante na conta bancária do investigado, ainda que ele não apresente variação patrimonial ou não realize despesas incompatíveis com sua renda.¹⁵⁶

Carreira criminosa anterior

Além dos requisitos descritos expressamente na Lei nº 5/2002, parcela da doutrina sustenta que o Ministério Público deveria apresentar elementos probatórios indicativos da realização de atividade criminosa anterior pelo condenado.¹⁵⁷ Caberia à acusação demonstrar a existência de carreira criminosa atrelada ao crime pelo qual o réu foi condenado e vincular os bens indicados na liquidação a essa atividade criminosa.¹⁵⁸ A interpretação baseia-se em dois argumentos.

O primeiro argumento é o de que a Lei nº 5/2002 diferencia o tratamento da condenação por um crime do catálogo com a referência à atividade criminosa no *caput* do art. 7º. A

¹⁵⁴RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 239.

¹⁵⁵MARTINS, Tiago Misael de Jesus. **Investigação financeira**: coleta, análise e uso de dados. 2016, p. 54. Obra no prelo.

¹⁵⁶MARTINS, Tiago Misael de Jesus. **Investigação financeira**: coleta, análise e uso de dados. 2016, p. 54, 58 e 60. Obra no prelo.

¹⁵⁷PANZERI, André de Almeida. A Sanção de Perda de Bens no Direito Penal Económico. Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 52, 2005, p. 30. No mesmo sentido: CUNHA, José Manoel Damiano. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra:Coimbra, 2004, p. 127; CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Redutiva (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n.2, 2011, p. 313.

¹⁵⁸CUNHA, José Manoel Damiano. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra:Coimbra, 2004, p. 127.

condenação por um dos crimes seria uma condição necessária para o Ministério Público demonstrar a existência de carreira criminosa anterior e, a partir daí, o art. 7º, *caput*, autorizaria presumir que a desconformidade patrimonial decorreria do exercício da atividade criminosa. A prova seria atenuada, pois ela “não tem que ser tão concludente quanto a da questão principal, consistindo na demonstração de indícios ou elementos que permitam tornar plausível (ou então muito provável) a existência de anteriores actos similares aos acusados”.¹⁵⁹ Não fosse assim, acrescenta Pedro Caeiro, a Lei nº 5/2002 cairia no raciocínio circular de que o patrimônio incongruente demonstra a carreira criminosa anterior que por sua vez justifica a origem do patrimônio.¹⁶⁰

O segundo argumento repousa sob a possibilidade de a dispensa da prova da atividade criminosa levar à perda alargada por um ato criminoso esporádico. José Manoel Damiano da Cunha exemplifica com as situações em que o condenado esteve privado de sua liberdade nos cinco anos anteriores à constituição como arguido ou, no caso de corrupção, o funcionário público que ingressou no órgão apenas três anos antes da constituição como arguido.

A interpretação não é a prevalecente em Portugal. Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues afastam o primeiro argumento sob a justificativa de que a condenação por um dos crimes do catálogo autoriza o legislador a inferir a existência de carreira criminosa anterior e vincular o patrimônio a descoberto a ela. A legitimidade da presunção apoia-se na máxima de experiência de que determinados crimes pressupõem uma carreira criminosa anterior e que a ausência de explicação razoável para o incremento patrimonial permite concluir que ele é resultado da atividade delituosa.¹⁶¹ O argumento está em linha com o parágrafo 21 do preâmbulo da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ao prever que a decisão da perda alargada “não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso” e que “o facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso”.¹⁶²

João Conde Correia acrescenta ainda que o texto legal não oferece suporte para tal

¹⁵⁹CUNHA, José Manoel Damiano. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 125 e 127.

¹⁶⁰CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n 2, 2011, p. 315.

¹⁶¹RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 225.

¹⁶²UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

interpretação e que a imposição deste ônus para o Ministério Público tornaria o novo instituto inócuo pois se o órgão de acusação não imputou ao condenado a atividade criminosa anterior é porque não detinha elementos probatórios suficientes para iniciar o processo penal.¹⁶³

De acordo com os autores citados, a presunção não desborda do espaço de liberdade conferido ao legislador tanto em razão da ausência de caráter sancionatório da perda alargada quanto da razoabilidade em exigir do réu que justifique a origem de seu patrimônio.¹⁶⁴

Por fim, Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues apresentam um argumento histórico de relevo. A redação original do *caput* do art.7º da Lei n 5/2002 estabelecia a presunção de que o patrimônio a descoberto era resultado “da atividade criminosa”. Em 6 de fevereiro de 2002, a Declaração de Retificação nº 5/2002 alterou a redação do *caput* para estabelecer que o patrimônio presumia-se ser resultado “de actividade criminosa”,¹⁶⁵ sem exigir portanto a demonstração de uma atividade específica ou determinada no período de incremento patrimonial.

O segundo argumento apresentado por José Manoel Damião da Cunha também é enfrentado por Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues. Em relação ao exemplo do funcionário público com tempo inferior ao quinquênio estabelecido pela presunção, os autores alertam que o enquadramento seria um falso problema, pois a atividade criminosa presumida não precisa ser idêntica, dispensando, portanto, que o condenado exiba as mesmas condições pessoais que levaram à imputação do crime pelo Ministério Público.¹⁶⁶ De todo modo, e em observação que serve para refutar o primeiro exemplo apresentado por José Manuel Damião da Cunha, a aplicação do instituto não é estanque e admite certo controle pelas partes através do princípio da proporcionalidade. A máxima de experiência subjacente à presunção da origem ilícita do patrimônio pode ser afastada pela acusação ou pela defesa em razão de fatos concretos que indiquem a possibilidade de incremento patrimonial no quinquênio anterior referido na legislação.¹⁶⁷

O Tribunal Constitucional de Portugal ainda não foi levado a se manifestar a respeito

¹⁶³CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.340, versão *kindle*.

¹⁶⁴CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.340, versão *kindle*; RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 226 e 229.

¹⁶⁵ PORTUGAL. **Declaração de Rectificação nº 5/2002**. Lisboa, 6 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

¹⁶⁶RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 244.

¹⁶⁷RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 242.

da presença deste requisito adicional. Nos três acórdãos conhecidos e analisados em tópico abaixo, a questão não foi posta em análise expressamente. De todo modo, a conclusão dos acórdãos pela natureza civil do instituto parece indicar a incompatibilidade da exigência de demonstrar a carreira criminosa anterior, como defende João Conde Correia em artigo sobre o tema.¹⁶⁸

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO E DA PERDA ALARGADA

A natureza do confisco é objeto de rico debate em Portugal. Embora o autor brasileiro Alceu Correa Junior sustente que no ordenamento português o instrumento representa uma espécie de pena¹⁶⁹, os posicionamentos divergem entre natureza penal, administrativa e cível.¹⁷⁰

Os defensores da primeira posição têm como argumento a origem do procedimento em que o confisco é aplicado e, especialmente, a finalidade preventiva de evitar novos crimes. Jorge de Figueiredo Dias considera o confisco dos instrumentos do crime como uma sanção de natureza análoga à da medida de segurança, pois exige-se a prática de um fato ilícito-típico e também algum grau de periculosidade para a ordem pública. No mesmo sentido segue a natureza dos produtos do crime. Para o autor também as vantagens representariam medida análoga à medida de segurança pois apresentariam como política criminal a prevenção geral de crimes – reforçando o adágio de que o crime não compensa – e a prevenção especial para o autor do delito.¹⁷¹

João Conde Correia também se posiciona a favor de reconhecer o confisco dos instrumentos e produtos como medida análoga à da medida de segurança, pelas razões elencadas acima. Em relação às vantagens do crime, o autor indica posicionar-se também a favor de reconhecer a mesma natureza, embora apresente ressalvas quanto à circunstância de o confisco das vantagens não depender da periculosidade.¹⁷²

O autor afasta a possibilidade de reconhecer a natureza de pena para os instrumentos, os produtos ou as vantagens do crime, pois o confisco poderá ocorrer mesmo quando arquivado o

¹⁶⁸CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, n. 145, 2016, p. 220.

¹⁶⁹CORREA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 97.

¹⁷⁰ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12.

¹⁷¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 628 e 638. A posição do autor em relação aos produtos do crime é anterior à modificação do Código Penal português pela Lei n.º 30/2017, que dispensou o requisito da periculosidade para os produtos do crime.

¹⁷²CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posições 1.789, 2.104 e 2.130, versão *kindle*.

inquérito.¹⁷³ O art. 109, parágrafo 2^a, e o art. 110, parágrafo 5^o, do Código Penal português admitem a perda de tais objetos nesta situação. Esse dispositivo é ratificado pela jurisprudência portuguesa, ao reconhecer que o confisco “não é uma pena nem um efeito da pena, mas uma medida autónoma essencialmente preventiva que não depende sequer da efectiva condenação do Réu, não beneficiando da suspensão da execução da pena”.¹⁷⁴¹⁷⁵

A mesma discussão é observada em relação ao confisco alargado. Para Jorge Godinho, a natureza penal estaria assentada na vinculação a uma condenação penal e no contexto processual penal em que as provas são produzidas, representando em si uma “reação penal de suspeita”.¹⁷⁶ Maria José Matos reforça a natureza penal apontando como elemento adicional o carácter preventivo, tanto no aspecto geral quanto especial.¹⁷⁷ Para Paulo Silva Marques, o instituto teria natureza de pena, pois estaria vinculado a uma condenação anterior.¹⁷⁸

João Conde Correia afasta este posicionamento reconhecendo que o confisco “não pressupõe a determinação da culpa do arguido, nem tem carácter sancionatório [...]. A natureza extrapenal do mecanismo arrasta mais esta consequência processual”.¹⁷⁹ Ademais, o confisco alargado não encontra restrição no carácter personalíssimo da pena eis que pode afetar terceiros adquirentes dos bens reconhecidos como de origem ilícita.¹⁸⁰

Defensor por sua vez da natureza administrativa, José Manoel Damião da Cunha considera que a perda alargada representa uma medida similar à medida de segurança, motivada pela dupla finalidade de combater o lucro ilícito e a reduzir o espectro da atividade econômica ilícita.¹⁸¹ No mesmo sentido segue Pedro Caeiro.¹⁸²

Destaca-se, por fim, o posicionamento pela natureza exclusivamente civil do instituto.

¹⁷³CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posições 1.768 e 2.098, versão *kindle*.

¹⁷⁴PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, **Acórdão de 31 de março de 1993**. Disponível em: <<https://www.trp.mj.pt>> Acesso em: 17 out 2017. No mesmo sentido: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão de 13/11/1985**. Disponível em: <<https://www.stj.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

¹⁷⁵RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2013, p. 201.

¹⁷⁶GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1^o e 7^o a 12^o). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2003, p. 1.350 e 1.351.

¹⁷⁷MATOS, Maria José. **Perda de Bens na Lei nº 5/2002**: “requiem” pelo Estado de Direito. Edições Esgotadas, 2017, p. 30.

¹⁷⁸MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003, p. 314.

¹⁷⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.466, versão *kindle*.

¹⁸⁰RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 188.

¹⁸¹CUNHA, José Manoel Damião. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7^o-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra:Coimbra, 2004, p. 134.

¹⁸²CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Abril-Junho 2011, ano 21, nº 2, p. 311.

Em comentário à jurisprudência relativa ao tema, João Conde Correia registra que a perda alargada representa um mero retorno ao estado anterior da atividade criminosa demonstrada indiretamente, não passando de “um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito”.¹⁸³ Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues ressaltam que a ausência de legitimidade da propriedade obtida ilicitamente afasta qualquer caráter punitivo da perda alargada ou mesmo de medida de segurança, sendo o instituto um instrumento do Estado para restaurar “a situação que existia no momento anterior à prática do facto ilícito”.¹⁸⁴ Em artigo de referência, Hélio Rigor Rodrigues afirma ainda que o confisco é apenas uma das consequências jurídicas do fato penal e está muito próximo à responsabilidade civil, uma vez que é orientado sob a ótica patrimonial de prejuízo ou de benefício que visa restaurar o *status quo* anterior ao crime.¹⁸⁵

Vê-se que ao menos doutrinariamente a natureza do instituto ainda é discutida com sólidos argumentos em Portugal. Como analisado no item 2.5, o posicionamento pela natureza civil parece ter sido reforçado pelo acórdão 392/2015 do Tribunal Constitucional de Portugal ao afirmar que a decisão de perda não se funda “num juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes”.¹⁸⁶ A sinalização da recente jurisprudência pode representar a consolidação do reconhecimento da natureza civil do instituto, o que demandará certo distanciamento temporal até a efetiva avaliação deste processo de interpretação da norma.

2.4 REGIME PROCESSUAL DA PERDA ALARGADA

O estudo das normas substantivas da perda alargada abre caminho para a análise do regime processual introduzido pela Lei nº 5/2002. Aspectos relativos ao rito processual, à contraprova, ao *standard* probatório e ao objeto da decisão, à aplicação da norma no tempo e ao prazo de prescrição são temas que despontam com o instituto e que são abordados diretamente ou indiretamente pela Lei nº 5/2002.

¹⁸³CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, n. 145, 2016, p. 213.

¹⁸⁴RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 192.

¹⁸⁵RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2014, p. 204.

¹⁸⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 392/2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

Processo penal patrimonial

A relevância concedida ao confisco de bens levou à necessidade de criação de um processo autónomo, circundado por finalidades, ritos e *standard* probatório próprios. Em relação à perda alargada, o processo penal principal continua a servir de elemento de influência em razão da relação de prejudicialidade com o confisco de bens, mas com ele não se confunde. Nas palavras de José Manoel Damião da Cunha, o procedimento da perda alargada “é autónomo porque tem um acto autónomo que o desencadeia (a liquidação) e tem uma estrutura, pelo menos probatória, de índole radicalmente diversa da do processo principal”.¹⁸⁷

A singularidade do procedimento da perda alargada e do confisco como um todo leva ao reconhecimento da autonomização¹⁸⁸ do procedimento patrimonial em relação ao procedimento penal e ao desenvolvimento de um processo penal patrimonial próprio. Segue-se um movimento observado também em outros países de separação do processo voltado à responsabilidade penal do processo destinado ao accertamento patrimonial.¹⁸⁹ Distingue-se o processo penal patrimonial do processo penal clássico ou pessoal a partir da sanção passível de ser aplicada em cada. No processo patrimonial, o fim buscado visa alcançar os bens do sujeito investigado ou réu, enquanto que a sanção do processo penal clássico está envolta em questões relacionadas à liberdade pessoal do réu.¹⁹⁰

O processo destinado à aplicação da perda alargada é resultado deste movimento de autonomização, conforme será demonstrado a seguir.

Liquidação

A perda alargada desenvolve-se, fundamentalmente, por meio de duas peças processuais: liquidação ou imputação patrimonial e defesa.¹⁹¹ A liquidação¹⁹² é a peça processual

¹⁸⁷CUNHA, José Manoel Damião. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra:Coimbra, 2004, p. 201.

¹⁸⁸Termo utilizado por João Conde Correia. CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 766, versão *kindle*.

¹⁸⁹SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de Activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar On Line**. 2009, p. 34.

¹⁹⁰ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 202.

¹⁹¹“O incidente de confisco “alargado” é extremamente simplificado e consiste em duas peças processuais seguidas de decisão do tribunal”. GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra:Coimbra, 2003, p. 1346.

¹⁹²A nomenclatura é criticada por José Manoel Damião da Cunha, para quem o termo e estrutura processual assemelham o instituto a um contencioso tributário. CUNHA, José Manoel Damião. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários.Coimbra:Coimbra, 2004, p. 150.

apresentada pelo Ministério Público que inaugura o processo patrimonial de perda alargada. A peça possui três finalidades: apresenta o resultado da investigação financeira ou patrimonial, identifica os bens que integraram a análise da incongruência e delimita o limite da perda a ser declarada.¹⁹³

Compete ao Ministério Público demonstrar no ato inicial a presença dos requisitos exigidos para a perda alargada: a prática dos crimes definidos no catálogo, a existência de bens e a incongruência patrimonial do acusado com a renda. A desconformidade patrimonial – ou liquidação do patrimônio¹⁹⁴ – deve seguir acompanhada do valor representativo do montante a descoberto. A indicação do patrimônio incongruente depende do critério de análise a ser utilizado¹⁹⁵ e, simplisticamente, resulta da operação de subtração do patrimônio ilícito pela renda lícita do acusado.

Cumprido ao órgão de acusação identificar e separar os bens lícitos dos ilícitos para permitir o exercício pleno da defesa, pois o réu não poderá afastar a presunção de ilicitude se não lhe for dado conhecer o bem que influenciou a liquidação. O referido ônus não implica a exigência de comprovar a origem criminosa do bem,¹⁹⁶ mas apenas a ausência de justificativa para sua incorporação ao patrimônio do acusado. Devem ser excluídos da indicação do patrimônio os instrumentos, os produtos e as vantagens relacionados com o crime imputado no processo principal. Nas palavras de João Conde Correia, “a sua origem ilícita [dos instrumentos, produtos e vantagens] é certa e justifica, por si só, a perda, sem necessidade de outros requisitos adicionais”.¹⁹⁷

É fundamental ainda que o Ministério Público indique a data em que o réu foi constituído como arguido, termo que servirá de referência para a aplicação do período quinquenal previsto na alínea c do art. 7º da Lei nº 5/2002.

A liquidação deve ser apresentada no mesmo ato da acusação ou em até 30 dias antes da primeira audiência de instrução e pode ser alterada caso elementos probatórios supervenientes apontem a “inexactidão do valor antes determinado”.¹⁹⁸ O momento da apresentação da petição é singular, pois os requisitos da perda alargada somente se aperfeiçoam

¹⁹³RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2013, p. 241-242.

¹⁹⁴RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 255.

¹⁹⁵Item 2.2 acima.

¹⁹⁶Para discussão mais aprofundada, item 2.2. acima.

¹⁹⁷CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 2.316, versão *kindle*. A perda de bens pode atrair a aplicação de mais de uma espécie de confisco em um mesmo caso (RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2013, p. 190).

¹⁹⁸Parágrafo 3º do artigo 8º da Lei nº 5/2002.

com a condenação pelos crimes do catálogo ao final do processo, mas o rito da perda alargada é deflagrado antes da sentença condenatória. Somente após o trânsito em julgado da sentença é que a perda exhibirá todos os seus efeitos; caso o réu seja absolvido ou condenado apenas por crimes que não estejam no catálogo, a imputação patrimonial será inócua.¹⁹⁹

Defesa

Demonstrados os requisitos elencados para a aplicação da perda alargada – prática de crime relacionado no catálogo, existência de bens e incongruência patrimonial, opera-se a presunção de que os bens identificados ingressaram no patrimônio dentro do período quinquenal estabelecido pela Lei nº 5/2002 e que eles advêm de atividade criminosa anterior.

As hipóteses de ilisão da presunção *iuris tantum* são previstas taxativamente no parágrafo 3º do art. 9º da Lei nº 5/2002. A alínea a abrange a possibilidade de a defesa comprovar que o acusado exerce atividade lícita geradora de rendimentos que permitiram a aquisição dos bens indicados na liquidação. A alínea b trata ainda da linha defensiva demonstrar que os bens estavam sob o domínio do acusado para além do período quinquenal anterior à constituição como arguido, independentemente de qualquer relação com a origem da propriedade. Por fim, o texto legal explicita na alínea c a demonstração de que o acusado detinha recursos antes do quinquênio legal, a despeito de tê-los utilizado para adquirir um bem apontado como desconforme apenas nos cinco anos que antecederam a constituição do acusado como arguido. Conforme a observação de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, a alínea c é uma conjugação das duas hipóteses de defesa anteriores, já que o acusado deverá demonstrar que possuía rendimentos antes do período depurador de cinco anos e que eles serviram para a aquisição dos bens.²⁰⁰

Cumpra observar que não cabe à defesa demonstrar que o bem adquirido fora do quinquênio legal ou os recursos disponíveis também fora deste período possuem origem lícita. Embora seja difícil a defesa demonstrar a existência de tais ativos sem apontar a origem, a presunção de ilicitude não segue além do quinquênio legal. Constituirá ônus da acusação apontar que os ativos de fato existiam, mas também estão contaminados pelo vício da

¹⁹⁹GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003, p. 1.342.

²⁰⁰RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 234 e 236.

ilicitude.²⁰¹

Como último argumento de defesa, ainda que a Lei nº 5/2002 não trate explicitamente do tema, a peculiaridade de a liquidação e o objeto da decisão final desenvolverem-se ao redor de um valor identificado como incongruente, a impugnação pode versar a respeito da avaliação dos bens, de modo a afastar o valor final apontado como incongruente do patrimônio.

Quanto ao momento, a defesa deve ser apresentada na contestação se a liquidação for oferecida no momento da acusação ou em 20 dias contados da notificação se a liquidação for posterior à condenação.²⁰²

Por fim, a Lei nº 5/2002 não trata da possibilidade de notificação ou de intimação de terceiro ao qual o patrimônio do réu eventualmente pertença de modo dissimulado. João Conde Correia identifica no Código de Processo Penal português e na legislação extravagante dispositivos que instituem um estatuto processual do terceiro, a exemplo do art.178, parágrafo 7º, do Código de Processo Penal, do art. 36-A do Decreto-Lei nº 15/1993 e do art. 60 da Lei nº 25/2008, o que não impedia a crítica do autor a respeito da necessidade de um módulo processual próprio, para que o terceiro atingido possa deduzir sua defesa.²⁰³ A crítica parece ter sido acolhida pelo legislador ordinário, que em 2017 alterou o Código de Processo Penal português para permitir o exercício do contraditório e a prestação de declarações pelo terceiro passível de ser atingido pela decisão de confisco. A mudança legislativa vem ao encontro da preocupação da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho em preservar garantias específicas de participação do terceiro no processo que eventualmente poderá afetar seu patrimônio.²⁰⁴

Objeto da decisão

A decisão final da perda alargada atrai a atenção para três temas de interesse. O primeiro tema de interesse é o *standard* probatório exigido para a decisão final no processo que aplica a perda alargada. A Lei nº 5/2002 não apresenta solução expressa quanto a este ponto, nem mesmo após as alterações promovidas pela Lei nº 30/2017. A doutrina também não oferece tratamento seguro a respeito do tema. João Conde Correia registra que “dificilmente o juiz irá

²⁰¹RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 236.

²⁰²GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra:Coimbra, 2003, p. 1.346.

²⁰³CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 3.620, versão *kindle*.

²⁰⁴O parágrafo 33 da Diretiva retrata esta preocupação.

utilizar tal possibilidade [o padrão cível]”.²⁰⁵ Hélio Rigor Rodrigues sustenta o uso do *standard* cível, posicionamento que corresponde à defesa da natureza cível do instituto,²⁰⁶ seguido também por Euclides Dâmaso Simões.²⁰⁷ Apesar da divergência, a indicação pelo padrão probatório cível parece ser favorecida pelo parágrafo 21 do preâmbulo da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ao estabelecer que os Estados-Membros podem decidir pela perda de bens “em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades”.²⁰⁸ A inclinação pelo padrão probatório cível passou a ser mais acentuada a partir do acórdão 392/2015 do Tribunal Constitucional de Portugal, que expressamente reconheceu que a conclusão acerca da licitude do bem repousa sob um juízo de probabilidade, conforme analisado com mais detalhe no item 2.5.

O segundo tema é a respeito da peculiaridade do instituto em si. A sentença que acolhe o pedido inicial do Ministério Público determina um valor a ser pago pelo arguido. Conforme o texto do parágrafo 1º do art. 12, “o tribunal declara o valor que deve ser perdido”. Os parágrafos seguintes do art. 12 disciplinam o pagamento do valor fixado: caso não tenha sido oferecida caução, o arguido goza de prazo de 10 dias para pagar a condenação; caso o arguido não pague no prazo fixado, os bens eventualmente arrestados serão perdidos em favor do Estado; por fim, se não existir bem arrestado, o Ministério Público instaura execução para cobrança da condenação.

Ao contrário do que se possa inferir pela nomenclatura, a ordem não permite a transferência da propriedade de imediato, como ocorre no confisco tratado no Código Penal. Apura-se o patrimônio total e em quanto, desse total, há desconformidade ou se encontra descoberto, sendo esse o valor que será objeto da condenação. No curso da execução da decisão, a ordem de pagamento poderá converter-se em confisco de tantos bens o quanto bastem para

²⁰⁵CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 3.852, versão *kindle*.

²⁰⁶RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 229. RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2014, p. 207.

²⁰⁷“Solução por certo mais ousada e porventura mais apropriada seria a de, em aproximação aos sistemas anglo saxónicos que utilizam as formas de processo civil e os correspondentes standards de prova para obter declarações de perda ou confisco, ter-se previsto a possibilidade de intentar acção cível contra quem detivesse bem considerado resultante, directa ou indirectamente, de actividade criminosa sobre a qual tivesse recaído decisão condenatória penal em primeira instância.” SIMÕES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o gabinete de recuperação de activos. **Revista do CEJ**, n. 14, 2010, p. 188. Em outro artigo, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade defendem que o critério é o da dúvida razoável SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de Activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar On Line**. 2009, p. 32)

²⁰⁸UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

pagamento da dívida. Assim, a perda passa a alcançar não apenas os bens sobre os quais recaiu a suspeita de ilicitude e que serviram para a liquidação, mas todo o patrimônio atual do condenado. Daí por que já se pontuou que o uso do termo “confisco” ou “perda” para o confisco alargado é inapropriado.²⁰⁹

Vinculado ao que foi exposto acima, surge o terceiro tema relativo à possibilidade de controle de condenações que possam se mostrar desproporcionais ao contexto fático do proveito obtido.²¹⁰ O risco da aplicação desproporcional do instituto é agravado na perda alargada em razão de sua própria extensão e também por não levar em conta a gravidade do ilícito, da pena ou a contribuição do réu para a prática do crime do catálogo.²¹¹ O legislador pode evitar a aplicação excessiva do instituto ao definir as condutas sujeitas à perda alargada, seja elencando no catálogo crimes lucrativos ou estipulando um piso monetário.²¹² O controle também pode ocorrer *a posteriori* pelo Judiciário mediante a calibragem por conceitos indeterminados. O parágrafo 18 da Diretiva 2014/42/UE, por exemplo, refere-se à possibilidade de, em circunstâncias excepcionais, a perda não ser aplicada “desde que [...] tal acarrete dificuldades indevidas para a pessoa em causa”. Alerta o mesmo parágrafo que esta hipótese deve ser de utilizada de modo muito restrito, apenas para quando o confisco coloque a pessoa “numa situação em que lhe seja muito difícil sobreviver”.²¹³ No Direito Comparado, a Inglaterra serve de exemplo para o que vem a ser analisado, já que o subitem 6 da Seção 10 do POCA permite que a Corte não realize a presunção de ilicitude de determinado bem quando existir sério de injustiça.²¹⁴

²⁰⁹ A avaliação foi realizada originalmente no trecho do voto do Lorde Hobhouse de Woodborough, no caso *In Re Norris*, na Inglaterra [2001] UKHL 34, [2001] 1 WLR 1388, em referência ao instituto similar do país, que afirmou que “seção 1 a 5 apresenta o processo do que o Ato trata de “ordens de confisco” (s. 1(8)(a)). Contudo, o termo é inapropriado. As ordens são determinações de pagamento para o réu condenado por tráfico de drogas para pagar somas de dinheiro para o Estado”. Trad. livre de: *Sections 1 to 5 deal with the making of what the Act calls ‘confiscations orders’ (s. 1(8)(1)). However, this is a misnomer. The orders are financial orders ordering a defendant convicted of a drug trafficking offence to pay sums of money to the State.* UNITED KINGDOM. *In Re Norris*. 2001. Disponível em: <publications.parliament.uk>. Acesso em 9 out. 17.

²¹⁰ A situação tangencia a crítica apresentada por José Manoel Damiano da Cunha (Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 127. Refutada por Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues (**Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 244), conforme exposto acima.

²¹¹ CUNHA, José Manoel Damiano. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 138.

²¹² Como explicado no item 2.2, a Inglaterra utiliza um valor de corte - £5.000,00 - para a aplicação de instituto similar.

²¹³ UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17. Cumpre registrar que a simples referência de “perda” indica que a Diretiva direciona o parágrafo apenas para as hipóteses de confisco que não se assemelham à perda alargada.

²¹⁴ “A Corte poderá não aplicar a presunção em relação a determinada propriedade ou despesa se – (a) a presunção estiver incorreta, ou (b) exista um sério risco de injustiça se a presunção for realizada” Tradução para o seguinte trecho: (6) *But the court must not make a required assumption in relation to particular property or expenditure if – (a) the assumption is shown to be incorrect, or (b) there would be a serious risk of injustice if the assumption were made.* UNITED KINGDOM. **Proceeds of Crime Act**. 2002. Disponível em: <https://www.parliament.uk> Acesso em: 19 set 2017

Portugal não exhibe expressamente este tipo de controle para a perda alargada. Cumpre registrar que em 2017 o Código Penal português foi alterado para permitir que o tribunal deixe de aplicar o confisco de valor quando a situação mostrar-se “injusta ou demasiado severa” em referência à situação socioeconômica do condenado.²¹⁵ Apesar de não existir dispositivo semelhante para a perda alargada, defendem Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues certa dose de liberdade na aplicação do instituto, notadamente para evitar a presunção de situações irrazoáveis, improváveis ou inverossímeis.²¹⁶ Surge como instrumento de controle ainda, a interpretação teleológica para afastar o que Hélio Rigor Rodrigues qualifica como “pequena criminalidade”.²¹⁷ De qualquer modo, este ainda é um tema em aberto e que somente o tratamento da jurisprudência ao instituto poderá sinalizar o melhor caminho.

Arresto

Como meio de garantia da eficácia da decisão final, admite-se o arresto de bens do arguido para garantia do pagamento do valor indicado na liquidação.

Antes da Lei nº 30/2017, o parágrafo 3º do art. 10 da Lei nº 5/2002 exigia como requisito para o arresto apenas “fortes indícios da prática do crime”, dispensando-se os requisitos adicionais de fundado receio de dissipação do patrimônio existente e ausência de prestação de caução existentes como regra no art. 228 do Código de Processo Penal português.²¹⁸

Em razão da inerente relação com a desconformidade patrimonial, João Conde Correia alertava ainda para a necessidade de a acusação apresentar elementos probatórios indicativos do patrimônio a descoberto do arguido.²¹⁹ A partir de 2017, a nova redação do art. 10 da Lei nº 5/2002 passou a exigir expressamente que o Ministério Público demonstre “cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime”. Continua, no entanto, a ser desnecessária a exigência de oportunidade para prestação de caução.

²¹⁵“Art. 112. (...) 2 – Se, atenta a situação socioeconómica da pessoa em causa, a aplicação do n.º 3 do artigo 109.º, do n.º 4 do artigo 110.º ou do n.º 3 do artigo anterior se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor referido naqueles preceitos.” O artigo não se refere diretamente à perda alargada. PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

²¹⁶RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 243. A ponderação dos autores realizada no texto refere-se não diretamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, mas à extensão da presunção exercida.

²¹⁷RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2014, p. 228.

²¹⁸CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 4.973, versão *kindle*. No mesmo sentido: RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 96.

²¹⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 4.974, versão *kindle*.

Até 2017, observava-se ainda divergência a respeito do momento em que o arresto poderia ser implementado. Para autores como João Conde Correia²²⁰, Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues²²¹, a medida cautelar poderia ser solicitada a qualquer tempo, até mesmo antes da constituição do investigado como arguido ou da apresentação da liquidação. Encontrava-se, contudo, na doutrina e na jurisprudência certa discordância a respeito do tema, permitindo o arresto apenas a após acusação²²² ou após a condenação definitiva do arguido.²²³

A Lei nº 30/2017 parece ter afastado esta divergência ao estabelecer expressamente no parágrafo 3º do art. 10 da Lei nº 5/2002 que o pedido pode ser apresentado “a todo tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação”.²²⁴

O novo ato normativo alterou ainda o parágrafo 3º do art. 192 do Código de Processo Penal português para permitir o arresto sem a prévia constituição do investigado como arguido, quando tal ato “puser em sério risco o seu fim ou a sua eficácia”, exigindo-se, no entanto, que o ato – da constituição do investigado como arguido – seja realizado no prazo de 72 horas.²²⁵

A medida pode recair sobre todo o patrimônio do investigado, ainda que a origem do bem não seja objeto de discussão, uma vez que a medida cautelar visa garantir o futuro pagamento da condenação. A referência ao arresto não aborda a possibilidade de alcançar bens transferidos a terceiros. Obviamente, não se está tratando de bens sobre os quais recaiam suspeitas de origem ilícita e que integraram o cálculo da liquidação. Cuida-se de bens transferidos pelo acusado para fugir à obrigação de pagamento ao final do processo de perda, situação prevista no art. 6º, parágrafo 1º da Diretiva 2014/42/UE. Diante do nítido intuito fraudulento, não se mostraria adequado, ao ordenamento, a preservação do patrimônio transferido.²²⁶

O arresto pode ser substituído por caução e, não o sendo, mantém-se até decisão final

²²⁰CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 4.988, versão *kindle*.

²²¹RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 99.

²²²MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003, p. 312.

²²³CORREIA, João Conde. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014: o arresto preventivo dos instrumentos e produtos do crime. **Revista Julgar On Line**. Outubro de 2014, p. 21.

²²⁴PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 6 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

²²⁵PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lisboa, 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017. A alteração buscou incorporar dispositivos da Diretiva 2014/42, compatibilizando o desafio de instituir garantias processuais para a eficácia do confisco e de preservar garantias processuais mínimas do proprietário dos bens. CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014, nº 2, p.109.

²²⁶Em sentido contrário, defendendo que os bens de terceiros não podem ser afetados pelo arresto: MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003, p. 313.

confiscatória, ou melhor, até decorrido o prazo de dez dias para pagamento do valor a que o réu foi condenado.

Aplicação no tempo e prescrição

Como a perda alcança a variação patrimonial até cinco anos antes da constituição do arguido tal, a instituição da perda alargada em 2002 estimula a discussão do relevante tema a respeito da eficácia da Lei nº 5/2002 no tempo.

Jorge Godinho defende que eventual confisco não poderia retroagir a data em que a Lei nº 5/2002 entrou em vigor. Assim, a perda determinada em janeiro de 2004 permitiria a avaliação do património até 2002 – apenas dois anos e não cinco – e, progressivamente, a norma entraria em vigor. Essa também parece ser a posição de João Conde Correia, ao defender que “[s]ó é admissível o confisco do produto de crimes cometidos depois da entrada em vigor da respetiva norma.”²²⁷

De fato, em pelo menos um acórdão, a eficácia da perda foi limitada à data da entrada em vigor da nova legislação. No processo 0514345, a sentença condenatória e o Tribunal da Relação do Porto excluíram do cálculo da liquidação o período anterior a 11 de fevereiro de 2012, data de vigência da Lei nº 5/2002²²⁸, reconhecendo a perda, apenas, do lucro obtido após essa data. De todo modo, o único precedente encontrado não serve como evidência do posicionamento da jurisprudência. Talvez por conta da lenta absorção do instituto, o tema não tenha sido tão debatido na jurisprudência.

Por fim, um tema não abordado diretamente quando da edição da Lei nº 5/2002 era o prazo prescricional para a cobrança do valor a que o arguido foi condenado. Ao que parece, e somente a interpretação da jurisprudência permitirá dar concretude a este posicionamento, a Lei nº 30/2017 pretendeu regulamentar o tem ao acrescentar o art. 112.º-A ao Código Penal. Após disciplinar as hipóteses de confisco pelo valor quando em substituição à perda em espécie, o artigo prevê no parágrafo 2º que nos outros casos – a exemplo da perda alargada – o prazo de prescrição é o previsto para o procedimento criminal. Portanto, o prazo de prescrição para a perda alargada é vinculado ao prazo definido para o procedimento criminal.

²²⁷CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 844, versão *kindle*.

²²⁸PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo nº 0514345**. Disponível em:<www.dgsi.pt>. Acesso em: 12 out 2017. Apesar de reconhecer a limitação da irretroatividade da Lei nº 5/2002, a sentença acabou por condenar o réu pelo valor total indicado pelo Ministério Público, o que levou o Tribunal da Relação do Porto a retificar o valor do confisco.

2.5 A PERDA ALARGADA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

A introdução do novo instituto em 2002 foi objeto de críticas na doutrina portuguesa. Tomando como premissa a natureza penal da perda alargada, Jorge Godinho sustenta que a nova espécie de confisco é uma reação similar aos crimes de suspeita²²⁹ – destituídos de conduta –, a qual viola a proibição de confisco geral e a proibição da transmissibilidade das penas. O instituto afetaria desproporcionalmente o princípio da presunção de inocência e o direito do acusado ao silêncio, ao inverter o ônus da prova e determinar a presunção de que os bens sujeitos a confisco teriam origem criminosa. Estar-se-ia buscando o patrimônio do condenado a qualquer custo em razão da ineficiência da persecução em demonstrar a vinculação do patrimônio injustificado com outros crimes. Nas palavras do autor, “[a] norma [...] modifica aspectos do regime da prova, criando um 'atalho' processual-probatório para o confisco, qual nova auto-estrada que visa tornar obsoletas as tortuosas vias anteriormente atravessadas.”²³⁰

Também esse é o posicionamento de José Damião da Cunha, para quem o mero juízo de probabilidade de que tais bens decorreram da atividade criminosa não permite nem justifica o confisco, ainda que a medida não seja considerada de natureza penal. Nas palavras do autor, “[...] quem se queira fazer prevalecer de uma presunção, estabelecida em seu favor, tem que demonstrar os pressupostos em que se alicerça tal presunção (o grau de exigência de prova é que pode variar em função do processo e do seu fim)”.²³¹ E mais, a inversão do ônus seria de contraprova quase impossível pelo lesado, impedindo-o, portanto, de livrar-se da possibilidade de perder os bens. Além disso, o momento da apresentação da liquidação no início do processo limita, de forma excessiva, a defesa nos autos principais e acaba por influenciar o juiz, uma vez que “[o conhecimento antecipado do valor do montante apurado] poderia colocar em causa a imparcialidade do tribunal, na medida em que ele traduz um juízo de suspeita, tanto mais forte quanto o montante apurado seja elevado”.²³²

A despeito das críticas, o Tribunal Constitucional de Portugal analisou a constitucionalidade do instituto da perda alargada em três oportunidades, nos acórdãos 101, 392

²²⁹ Medida aplicada no Antigo Regime e que visava recolher todos os bens do condenado, visando “isolamento e remoção social e física do indivíduo da sociedade”. GODINHO, Jorge. *Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º)*. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.355.

²³⁰ GODINHO, Jorge. *Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º)*. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs). *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.320.

²³¹ CUNHA, José Manoel Damião. *Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*. In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 128.

²³² CUNHA, José Manoel Damião. *Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*. In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 156.

e 476, todos de 2015.

De todos, o Tribunal Constitucional se debruçou com mais atenção sobre o tema no acórdão 392/2015.²³³ A parte recorrente havia sido condenada pelo crime de tráfico de drogas pelo Tribunal da Comarca de Braga, que julgou procedente, ainda, o incidente de liquidação instaurado sob o rito da Lei nº 5/2002 e declarou a perda de € 4.454,25, mantendo o arresto anteriormente decretado até o pagamento da quantia. O condenado recorreu ao Tribunal da Relação de Guimarães e, ante a manutenção da sentença, instou o Tribunal Constitucional a posicionar-se, sustentando que os arts. 7º e 9º da Lei nº 5/2002 violariam o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio.

Em análise de mérito, o Tribunal reafirmou que a introdução do instituto no ordenamento decorreu de compromissos internacionais assumidos pelo país, notadamente o parágrafo 7º do art. 5º da Convenção de Viena de 1988 e o parágrafo 7º do art. 12 da Convenção de Palermo. O Tribunal acrescentou que a perda é aplicada somente após a condenação do réu a um dos crimes elencados no catálogo e depende de iniciativa probatória da acusação de demonstrar a incongruência patrimonial. Nesse sentido, ressaltou que a medida constritiva não possui natureza penal e não gera qualquer responsabilidade penal, motivo pelo qual “nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio do arguido”. Ademais, a presunção contida no parágrafo 1º do art. 7º da Lei nº 05/2002 apenas opera após a condenação da conduta imputada, sendo passível de prova em contrário; não viola a presunção de inocência, pois o confisco não trata de juízo de censura ou de culpabilidade, uma vez que “[...] está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade de uma atividade criminosa”. Destaca-se, por fim, o seguinte:²³⁴

[...] a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. As presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de umnexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada.

Registrou, a Corte, que o legislador português não foi excessivo na construção do

²³³CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, n. 145, 2016, p. 211.

²³⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 392/2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

raciocínio probatório para se chegar à conclusão da origem ilícita dos bens, na medida em que fixou o limite temporal de cinco anos e que os fatos passíveis de utilização pela defesa são de fácil aquisição e de conhecimento pessoal do condenado.

Os sucessivos pronunciamentos firmaram posicionamento jurisprudencial acerca de questões que ainda são debatidas na doutrina e objeto de críticas de inconstitucionalidade.²³⁵ Como ponto principal para as outras conclusões, reconheceu, o Tribunal Constitucional, que a perda não possui caráter sancionatório; é, apenas, “um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito”.²³⁶ Por certo, as decisões não encerram a discussão a respeito do instituto, mesmo por que recentes modificações legislativas e o fortalecimento dos órgãos de investigação indicam o crescente interesse pela perda alargada, o que levará, por sua vez, a novos debates do tema nos tribunais.

2.6 O GABINETE DE RECUPERAÇÃO DE ACTIVOS E O GABINETE DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS

A despeito da significativa alteração proporcionada pela Lei nº 5/2002, o instituto da perda alargada foi pouco utilizado nos anos que se seguiram a sua vigência. João Conde Correia destaca que “a perda alargada tornou-se numa mera curiosidade jurídica, sem qualquer aplicação consistente”.²³⁷ A perda alargada foi aos poucos ganhando espaço na comunidade jurídica, passando à fase atual em que o João Conde Correia identifica como de entusiasmo, refletida tanto no seu crescente uso quanto pela seleção da recuperação de ativos como prioridade de política criminal. O ponto essencial para a atratividade do instituto foi a criação de dois órgãos²³⁸ em 2011, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB).

Investigação financeira ou patrimonial: o GRA

O fortalecimento das medidas de constrição patrimonial influencia a autonomia ou a

²³⁵MATOS, Maria José. **Perda de Bens na Lei nº 5/2002**: réquiem pelo Estado de Direito. Edições Esgotadas, 2017.

²³⁶CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, n. 145, 2016, p. 212.

²³⁷CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, n. 145, 2016, p. 209.

²³⁸CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, n. 145, 2016, p. 209. No mesmo sentido: CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014, nº 2, p.88. . A Lei nº 72/2015 definiu no artigo 12 que “é prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com os crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos, nos termos previstos na Lei nº 45/2011, de 24 de junho, alterada pela Lei nº 60/2013, de 23 de agosto”.

independência entre os procedimentos penal e patrimonial²³⁹, sugerindo que o novo conjunto de normas deva vir acompanhado também da habilitação de órgãos específicos, destinados à identificação, ao rastreamento e à constrição de bens.²⁴⁰ A criação de novas medidas de confisco demandou outro modelo de investigação e uma singular estrutura dos órgãos responsáveis por tal função, emancipando-se da investigação penal.²⁴¹

Ao lado da investigação penal, que possui como missão precípua e, no mais das vezes exclusiva, a coleta de dados acerca da materialidade e da autoria do crime, sobressai com a perda alargada a investigação financeira ou patrimonial. A investigação financeira representa o método de investigação utilizado para o rastreamento de ativos com a finalidade de recuperação de bens ou reunir elementos de materialidade e autoria para relacionados a lavagem de dinheiro.²⁴² Como espécie de investigação financeira, a investigação patrimonial surge com o único intuito de localizar ativos supostamente relacionados o crime apurado.²⁴³

Em Portugal, a importância da investigação financeira levou à criação de um único órgão com esta função, o GRA, seguindo a influência da experiência exitosa em outros países. A Decisão-Quadro 2007/845, do Conselho da União Europeia, já incentivava todos os países do bloco a criarem ou a designarem um gabinete nacional de recuperação de bens localização de produtos derivados de crimes.

No plano individual, um dos exemplos mais tradicionais é a Inglaterra, que instituiu a *Assets Recovery Agency* (ARA), agência que teve a função incorporada posteriormente ao *Serious Organised Crime Agency* (SOCA) e, desde 1º de outubro de 2013, ao *National Crime Agency*.²⁴⁴ Ao redor destes entes, redes de cooperação foram desenvolvidas para facilitar a produção de conhecimento e o auxílio informal no desempenho da investigação financeira ou patrimonial. Em setembro de 2004, por iniciativa da Áustria, da Bélgica, da Alemanha, da Irlanda, da Holanda e do Reino Unido, foi criada a rede *Camden Assets Recovery Interagency*

²³⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 768 versão *kindle*.

²⁴⁰BLANCO CORDERO, Isidoro. La Aplicación del Comiso y la Necesidade de Crear Organismos de Recuperación de Activos. *Revue Electronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*, **ReAIDP**, n. 207. Disponível em: <www.penal.org> Acesso em: 31 out 2016.

²⁴¹BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017, p. 31.

²⁴²BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017, p. 29. No mesmo sentido sentido, embora não diferenciando a investigação financeira da investigação patrimonial: RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013^a, nº 1, p. 65.

²⁴³O termo “investigação financeira” será utilizado como gênero que abarca a investigação patrimonial, salvo quando expressamente ressaltada a distinção. O conceito é próximo ao adotado no Brasil pelo Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do CNMP, caderno processual, edição de 08/09/2017.)

²⁴⁴REES QC, Edward; FISHER QC, Richard. THOMAS, Richard. **Blackstone's Guide to the Proceeds of Crime Act 2002**. 5 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2015, posição 1786, versão *kindle*.

Network (CARIN)²⁴⁵ para intercâmbio de informações relativas à recuperação de bens.

No âmbito regional, há diversas outras de redes de contato com essa finalidade, quais sejam: Rede de Recuperação de Ativos do Grupo de Ação Financeira da América Latina (RRAG),²⁴⁶ Iniciativa de Recuperação de Bens (StAR, em inglês),²⁴⁷ *Asset Recovery Interagency Network – Asia Pacific* (ARIN-AP), *Asset Recovery Interagency Network for Southern Africa* (ARINSA), *Asset Recovery Interagency Network for West Africa* (ARINWA), *Asset Recovery Interagency Network for Eastern Africa* (ARIN-EA). O Brasil integra as duas primeiras.²⁴⁸

Nesse caminho, quase dez anos após a implantação da perda alargada em Portugal, superou-se o tratamento do produto ou o proveito do crime como matéria acessória através da criação do GRA pela Lei nº 45/2011. O antecedente histórico da Lei nº 45/2011 repousa na influência decisiva de um projeto de estudo capitaneado pela Procuradoria-Geral da República de Portugal denominado Projeto Fênix.²⁴⁹

A partir de críticas formuladas pelo GAFI, a Procuradoria-Geral da República candidatou-se a programa financeiro da União Europeia e, em conjunto com a Polícia Judiciária de Portugal, a Fiscalía General da Espanha e do Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos, produziu material - o Manual de Boas Práticas e o Repertório de Canais Dedicados de Comunicação. Embora o Manual e o Repertório tenham sido apresentados após a edição da Lei nº 45/2011, a equipe integrante do Projeto Fênix contribuiu para a elaboração do anteprojeto do ato normativo.²⁵⁰

O GRA tem como objetivo institucional proceder à “identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional [...]”,²⁵¹ conforme o art. 3º da Lei nº 45/2011. Ao lado disso, o GRA exerce a atividade de cooperação com gabinetes de recuperação estrangeiros.²⁵²

²⁴⁵ A rede foi estabelecida em uma reunião ocorrida em junho de 2003, em Dublin (BLANCO CORDERO, Isidoro. La Aplicación del Comiso y la Necesidade de Crear Organismos de Recuperación de Activos. *Revue Electronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*, **ReAIDP**, n. 207. Disponível no link <www.penal.org/sites/default/files/files/BlancoA1.pdf> Acesso em 31 outubro 2016.).

²⁴⁶ Mais informações no link <<http://www.gafilat.org/content/cooperacion/&lang=pt>>, acessado em 31/10/2016. O Ministério Público Federal integra o RRAG, <<http://www.internacional.mpf.mp.br/noticias-1/mpf-passa-a-integrar-rede-latino-americana-para-recuperacao-de-ativos/?searchterm=recuperacao%20de%20ativos>>.

²⁴⁷ *Stolen Asset Recovery Initiative*, disponível no link <star.worldbank.org/star/>, acessado em 31/10/2016.

²⁴⁸ Informação extraída do link <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/redes-de-cooperacao>>, acessado em 31/10/2016.

²⁴⁹ SIMOES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o gabinete de recuperação de activos. **Revista do CEJ**, n. 14, 2010, p. 183 e 185.

²⁵⁰ SIMOES, Euclides Dâmaso. Prefácio. In: CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 225, versão *kindle*.

²⁵¹ PORTUGAL. **Lei nº 45/2011**. Lisboa, 24 de junho de 2011. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

²⁵² RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013ª, nº 1, p. 70.

O órgão é vinculado à Polícia Judiciária, aspecto que atrai críticas da doutrina, especialmente por ter alijado o Ministério Público de qualquer participação em sua administração.²⁵³ O singular desenho de atribuir expressamente à Polícia Judiciária a direção do GRA deve-se, primordialmente, ao relacionamento institucional entre o *parquet* português e a Polícia. Como alerta José Manuel Damião da Cunha,²⁵⁴ o Ministério Público exerce apenas o poder de orientação sobre os órgãos de polícia criminal, sem qualquer relação de hierarquia. A atividade de investigação compete, de modo principal, à Polícia Judiciária, e o Ministério Público atua, apenas, como órgão de direção. O *Parquet* pode emitir diretivas, ordens e instruções ou mesmo avocar a investigação patrimonial.²⁵⁵

Com sede em Lisboa, Porto, Coimbra e Fairo, o GRA é integrado por servidores da Polícia, do Instituto dos Registos e do Notariado e da Autoridade Tributaria e Aduaneira. Trata-se, portanto, de uma composição mista.

A atuação do órgão é pontual e predominantemente para os crimes mais graves.²⁵⁶ Nas palavras de Euclides Dâmaso Simões, “pretendeu-se desonerar este novo órgão dos deveres de officiosidade que impendem sobre o MP e os OPC em matéria de investigação criminal.”²⁵⁷ A investigação patrimonial é determinada pelo Ministério Público, quando os bens estiverem associados a crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a três anos e quando o valor dos bens superar mil unidades de conta.²⁵⁸

Residualmente, e como cláusula de salvaguarda,²⁵⁹ o Procurador-Geral da República ou os Procuradores-Gerais Distritais podem autorizar a atuação do GRA fora das duas hipóteses citadas, quando o valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e complexidade da investigação, conforme o art.4º, parágrafo 2º, Lei nº 45/2011. Importante frisar que a atuação do GRA é pontual somente para aqueles casos que atraíam atenção do órgão,

²⁵³ RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 21. “A investigação patrimonial continua a pertencer ao Ministério Público (...) pelo que esta magistratura determina a actuação do GRA através de uma delegação de competências, tal como estabelecida no artigo 270º nº 1 do Código de Processo Penal (...)” (*Ibid.*, p. 24). No mesmo sentido quanto a crítica à ausência do *Parquet*: PORTUGAL (2012) e RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013ª, nº 1, p. 65.

²⁵⁴ CUNHA, José Manoel Damião. **O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no Novo Código de Processo Penal**. Universidade Católica Portuguesa: Coimbra, 1993, p. 146-147.

²⁵⁵ RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013ª, nº 1, p. 69.

²⁵⁶ RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013ª, nº 1, p. 23.

²⁵⁷ SIMOES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o gabinete de recuperação de activos. **Revista do CEJ**, n. 14, 2010, p. 187.

²⁵⁸ Valor de referência em Portugal que corresponde atualmente a € 102.000,00. O valor mínimo para deflagração da atuação do GRA é o atualizado, e não o valor de quando ingressou no patrimônio do investigado.

²⁵⁹ RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013ª, nº 1, p. 75.

nas palavras de Hélio Rigor Rodrigues, “sabendo-se que todos os crimes são susceptíveis de gerar vantagens, permite seleccionar os casos pela sua dignidade e complexidade”.²⁶⁰ De qualquer modo, é importante ressaltar que a investigação depende sempre da provocação do Ministério Público, não possuindo, o GRA, autonomia para iniciar a investigação patrimonial.²⁶¹

Em 2017, a Lei nº 30 alterou a Lei nº 45/2011 para permitir expressamente que a investigação financeira ou patrimonial possa ser realizada mesmo após o encerramento o inquérito ou a condenação, conforme art. 4º, parágrafo 6º. Obviamente, a investigação realizada após o 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de instrução - prazo para que o Ministério Público apresente a liquidação²⁶² - terá o condão apenas de identificar bens, sendo por isso essencialmente patrimonial.

Em relação aos meios probatórios, o legislador português dotou o órgão dos mesmos poderes exibidos na investigação criminal, preenchidos os mesmos requisitos para medidas que necessitem de autorização judicial (art. 8º, parágrafo 3º). Contudo, não se mostra claro quais são os meios de prova disponíveis para o GRA e se ele poderia obter medidas mais invasivas e que dependem expressamente de apuração de condutas criminosas, a exemplo da interceptação telefônica. A Lei nº 45/2011 também não é expressa na disciplina entre o compartilhamento de provas. Em razão do desenvolvimento paralelo da investigação criminal e da investigação financeira, é natural que o dado obtido em uma investigação seja útil para a outra. Para João Conde Correia, a troca mútua deveria ser expressamente prevista.²⁶³

Por fim, para desempenhar seu objetivo institucional, o GRA pode apreender os bens relacionados com a investigação financeira, por expressa previsão do art. 4º, parágrafo 3º, Lei nº 45/2011. Para João Conde Correia, a apreensão envolve também a possibilidade de arresto, passível no entanto de confirmação judicial mediante “a intervenção decisiva do Ministério Público e do juiz de instrução criminal, nos termos previstos no Código de Processo Penal”.²⁶⁴

²⁶⁰RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013^a, nº 1, p. 73.

²⁶¹RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013^a, nº 1, p. 75.

²⁶²SIMOES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o gabinete de recuperação de activos. **Revista do CEJ**, n. 14, 2010, p. 188.

²⁶³CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posições 5.672 e 5.664, versão *kindle*. A interceptação telefônica em Portugal é restrita a crimes taxativamente discriminados no art. 187 do Código de Processo Penal ou aos que apresentem pena superior a três anos

²⁶⁴CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, posição 5.710, versão *kindle*.

Administração de bens: o GAB

As funções de investigação financeira e de administração dos bens eventualmente apreendidos foram separadas. O GRA desempenha as funções de identificar, de localizar e de, eventualmente, apreender os bens objeto da investigação financeira. A administração é função desempenhada pelo GAB, vinculado ao Instituto de Gestão Financeira e Infra-Estrutura da Justiça (IGFIJ).

A divisão entre a investigação financeira e a administração de bens corresponde a modelo observado também em Direito Comparado. De acordo com estudo da Organização dos Estados Americanos, existem duas opções usualmente identificadas: a primeira, um modelo que atribui a órgãos nacionais a tarefa de investigação financeira, mas também as funções de “gestão de bens embargados, de execução das sentenças e inclusive a divisão de recursos obtidos com a administração dos recursos”; a segunda, repousa sob um modelo que atribui a um órgão a função exclusiva de “custodiar, administrar, manter e dispor de bens acauteladas”.²⁶⁵

A função do GAB é a de gerir os bens, determinar a respectiva venda, sua utilização no serviço público ou sua destruição, conforme definido no art. 10. A intervenção, contudo, não ocorre em todos as investigações do GRA, mas somente quando o valor dos bens afetados superar cinquenta unidades de conta.

A partir da apreensão ou do arresto dos bens e ultrapassado o prazo de dez dias sem que o respectivo titular requeira modificação ou revogação da medida, o GAB passará a atuar. O órgão foi criado com a explícita função de gerir os bens apreendidos, retirando tal função dos magistrados que passam a atuar, apenas, nos casos de impugnação da avaliação do bem e de sua alienação. O GAB avalia o bem e exerce os atos próprios de administração.

Embora a Lei nº 45/2011 seja omissa, a alienação deve ocorrer com prévia autorização judicial,²⁶⁶ expedida após a oitiva prévia do Ministério Público acerca do valor probatório do bem e da necessidade de se preservar a amostra. Em regra, os bens não devem ser alienados antes de a decisão de perda haver transitado em julgado, salvo quando forem suscetíveis de deterioração ou colocarem em risco a segurança e a saúde públicas e desde que não apresentem interesse probatório, conforme art. 16 da Lei nº 45/2011.

²⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado**. 2011, p. 21.

²⁶⁶ Aplicação do art. 185 do Código de Processo Penal (RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincracias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 126).

2.7 DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E MONITORAMENTO

O regular funcionamento da perda alargada e do GRA e do GAB atraem a atenção para outros dois pontos sensíveis relacionados ao tema. O primeiro tema é relativo ao destino dos recursos recuperados pela persecução patrimonial.

Em Portugal, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever expressamente que o produto da venda realiza pelo GAB destinar-se-á ao Fundo de Modernização da Justiça (50%), ao IGFEJ, I.P. (49%) e à Comissão de Proteção à Vítimas (1%). Residualmente, as demais receitas decorrentes da administração são destinadas totalmente ao GAB. A verba serve ao custeio dos órgãos de participaram da investigação e da recuperação de ativos, sendo destacado como incentivo para o êxito da função estatal, como observado no primeiro capítulo.

Antes, contudo, cumpre observar a preferência de pagamento às vítimas ou pessoas lesadas com a conduta ilícita apurada. A Convenção de Mérida disciplina o pagamento de indenização às vítimas com os valores recuperados no art. 57. Após tratar da hipótese de malversação ou peculato de fundos públicos, a Convenção prevê que o pagamento de indenização terá prioridade ao lado da restituição dos recursos ao Estado requerente em caso de cooperação internacional e da devolução de bens apreendidos aos legítimos proprietários. De modo similar, a Convenção de Palermo estipula que o produto do crime ou os bens confiscados serão restituídos ao Estado requerente com a finalidade específica de indenização das vítimas ou restituição dos bens a seus proprietários.

Para João Conde Correia, eventual colisão entre a decisão de confisco e pretensões reparatórias ou indenizatórias dá-se em favor dos pedidos individuais, indicando para um caráter subsidiário da destinação estatal dos recursos obtidos com a perda alargada.²⁶⁷ Esse posicionamento é justificado pelas referências expressas no art. 8º, parágrafo 4º da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo; no art. 57, parágrafo 3º, alínea “c” da Convenção contra a Corrupção, além do art. 9º da Decisão-Quadro nº 2002/220/JAI, de 15 de março de 2001, que institui o estatuto da vítima no processo penal.²⁶⁸ Por último, o parágrafo 2º do art. 130 do Código Penal português permite que seja atribuído ao lesado o valor relativo aos instrumentos, produtos ou vantagens declarados perdidos, até o montante do dano causado, afastando qualquer dúvida a respeito da preferência do

²⁶⁷CORREIA, João Conde. Recuperação de activos nos crimes contra economia popular. **Revista do Ministério Público**, n. 146, 2016, p. 57.

²⁶⁸CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da autoridade tributária e aduaneira nos crimes tributários. **Revista Julgar**, 2017, versão *on line*.

ressarcimento do lesado.²⁶⁹

O segundo tema é relativo ao monitoramento e à avaliação do funcionamento da perda alargada. Em Portugal, o monitoramento é realizado por relatório emitido pela GRA e pelo GAB e quinquenalmente a atividade dos órgãos administrativos é avaliada.²⁷⁰ A obrigação de monitoramento foi objeto de preocupação na Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que descreveu nos parágrafos 36²⁷¹ e 37²⁷² do preâmbulo a preocupação com os escassos dados existentes a respeito do confisco de bens e disciplinou no art. 11 a obrigação de recolhimento e transmissão de dados estatísticos. De modo a reforçar o atendimento desta obrigação legal e comunitária, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever expressamente uma base de dados – denominada plataforma informática²⁷³ – para registro e transmissão de todas as informações relativas à investigação financeira e à administração de bens.

O monitoramento serve a duas finalidades principais. A primeira finalidade é a análise de eficiência do programa nacional de recuperação de ativos, de modo a buscar a otimização dos recursos públicos aplicados. Na Inglaterra, o POCA prevê expressamente o dever de o diretor da *Asset Recovery Agency* elaborar um relatório anual, que será submetido posteriormente ao Parlamento²⁷⁴. Em decorrência deste processo de avaliação periódica, a *Asset Recovery Agency* foi extinta em 1º de abril de 2008 em razão da desproporcional relação entre o custo e o montante arrecadado e suas funções incorporadas à *Serious Organised Crime*

²⁶⁹CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, Proferido no Processo 218/11.0GACBC.G1. **Revista Julgar**. 2017, versão *on line*, p. 10 e 13.

²⁷⁰ Art. 22. Transparência e monitorização. 1 – Os gabinetes previstos na presente lei elaboram, conjuntamente, até 31 de março do ano seguinte, um relatório relativo ao seu exercício anterior, em termos a definir por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça. 2 – O relatório referido no número anterior é entregue ao Ministério da Justiça. 3 – No prazo de cinco anos, a atividade dos gabinetes criados pela presente lei é sujeita a avaliação. PORTUGAL. **Lei nº 45/2011**. Lisboa, 24 de junho de 2011. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

²⁷¹ “Existem poucas fontes fidedignas de dados sobre o congelamento e a perda de produtos do crime. A fim de permitir a avaliação da presente diretiva, será necessário reunir um conjunto mínimo de dados estatísticos pertinentes e comparáveis em matéria de congelamento e de perda de bens, de deteção de bens, de atividades judiciária e de alienação de bens” UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

²⁷² “Os Estados-Membros deverão procurar recolher a nível central dados com vista à elaboração de determinadas estatísticas, a fim de as transmitir à Comissão”. UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

²⁷³ À semelhança da de outras bases de dados, a exemplo da francesa *Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels* (PIAC), administrada pela agência de recuperação de bens do país, a *Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués* (FRANCE. Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués. **Rapport Annuel 2013**. 2013. Disponível em: <www.justice.gouv.fr> Acesso em: 21 set 2017.

²⁷⁴ Anexo 1, artigo 7(1): Assim que possível a partir do final de cada exercício financeiro, o Diretor deve preparar um relatório sobre a atividade da agência durante o exercício financeiro. Tradução da versão em inglês: *Schedule 1, 7(1) The Director must, as soon as possible after the end of each financial year, prepare a report on how he has exercised his function during the financial year.* (UNITED KINGDOM. **Proceeds of Crime Act 2002**. Disponível em: <www.parliament.uk> Acesso em: 19 set 2017.

Agency.²⁷⁵

Como segunda finalidade, o monitoramento busca evitar comportamentos rentistas dos órgãos públicos atuantes na atividade de recuperação de ativos. É conhecida na literatura especializada a atração de todos os atores da sociedade por comportamentos que lhes sejam economicamente atrativos.²⁷⁶ *Rent seeking* ou comportamento rentista do órgão público na recuperação de ativos representa a atuação estatal direcionada para incrementar os valores derivados desta atividade, ainda que à custa de direitos individuais e à margem do espaço de autorização atribuído pela legislação.²⁷⁷ Assim, o monitoramento serve para verificar a adequada aplicação do instituto da perda alargada, servindo de meio de controle para que os órgãos estatais – o Ministério Público, o GRA, o GAB e o Judiciário – não determinem o confisco ao arrepio dos requisitos legais e unicamente com a sanha de obter mais recursos para os cofres estatais.

A despeito da valorosa função, a pesquisa desenvolvida em Portugal não conseguiu obter dados específicos a respeito da avaliação da implementação da perda alargada, circunstância que não impede ressaltar neste tópico a indispensabilidade de observar o futuro atendimento do art. 12 da Lei nº 45/2011.

²⁷⁵ Em 2013, a função de investigação financeira e patrimonial foi redistribuída à *National Crime Agency*. REES QC, Edward; FISHER QC, Richard. THOMAS, Richard. *Blackstone's Guide to the Proceeds of Crime Act 2002*. 5 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2015, posição 1786, versão *kindle*.

²⁷⁶ KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. **The American Economic Review**, v. 64, n. 3, p. 291-303.

²⁷⁷ Em relação ao confisco, a crítica é apresentada de modo contundente no estudo de Leonard W. Levy: **A License to Steal: the forfeiture of property**. United States of America: University of North Carolina Press, 1996.

Capítulo 3

O CONFISCO PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O confisco alargado não representa um instituto pronto, um modelo fixo. A introdução nos ordenamentos nacionais sempre passou por um processo de adaptação às normas vigentes até então. Cumpre, assim, estudar o regime jurídico atual do confisco penal no Brasil para identificar o tratamento concebido ao tema em nosso país,²⁷⁸ análise que se mostra imprescindível para subsidiar as críticas e identificar espaços para avanço da proposta legislativa do confisco alargado.

3.1 CONFISCO E PENA DE CONFISCO

O estudo do confisco penal exige que se depure o instituto com a pena de perda de bens. A Constituição Federal elenca os dois termos indistintamente no art. 5º, incisos XLV e XLVI:²⁷⁹

Art. 5º

[...]

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:

[...]

b) perda de bens

Embora se refiram à perda de bens, o primeiro é tratado como efeito da condenação e é relacionado no art. 91, inciso II do Código Penal, enquanto o segundo é espécie de pena e foi tratado pelo legislador no art. 43, inciso II do Código Penal.²⁸⁰

A ausência de precisão terminológica não é exclusiva da Constituição Federal de 1988. A história das Constituições no Brasil demonstra a diversidade de tratamento dado à matéria. A Constituição de 1824 proibiu a confiscação de bens, elencando como motivo direto o princípio da intranscendência da pena,²⁸¹ no que foi seguido pela completa ausência de

²⁷⁸A despeito do tratamento por vezes secundário dado ao tema pela doutrina. Destaca Sérgio Moro em prefácio de obra sobre o tema: “Em manuais com centenas de páginas sobre a parte geral do Código Penal, com longas abordagens sobre dolo e culpabilidade e sobre teorias que por vezes soam esotéricas, o confisco criminal é usualmente tratado em uma página ou em poucos parágrafos, quase como uma nota de rodapé”. MORO, Sérgio Fernando. Prefácio. In: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁷⁹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁰ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 5. O tema não é objeto de consenso. Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim defendem que a Carta refere-se apenas à pena de confisco. BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

²⁸¹Art. 179, inciso XX, Constituição de 1824, *in verbis*: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer grão, que seja.” BRASIL.

referência ao confisco – como efeito ou como pena – no Código Criminal do Império.²⁸²

O Código Penal de 1890 previu o confisco, apenas, como efeito da condenação, sem tratar da pena.²⁸³ No ano seguinte, a Constituição da República de 1891 foi promulgada sem a proibição da pena de confisco prevista na anterior, situação que foi modificada com a Constituição de 1934, que retornou a proibição então vigente.²⁸⁴ Após essa Constituição, que voltou a silenciar sobre a matéria, o Código Penal de 1940 entrou em vigor com a expressa referência à perda como efeito da condenação.²⁸⁵ Em 1946, a vedação ao confisco como pena voltou a ser expressamente proibida²⁸⁶ e continuou assim até mesmo após a Constituição de 1967,²⁸⁷ sendo revogada pelo Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969.

A reforma do Código Penal de 1940, introduzida pela Lei nº 7.209/1984, manteve o confisco como efeito da condenação nos moldes em que foi redigida no art. 91, inciso II. A previsão legal de confisco como pena foi introduzida no ordenamento apenas em 1998 pela Lei nº 9.714.

A sucinta demonstração do tratamento dado ao tema nas Constituições brasileiras revela o cuidado que se deve ter antes de se abordar o confisco como pena e como efeito da condenação. A distinção entre confisco e pena de confisco é assaz relevante, a iniciar pelos requisitos, incluindo seu alcance e sua natureza. A perda de bens como pena é aplicada de forma isolada, cumulativa ou substitutiva, como espécie de restritiva de direitos²⁸⁸ e tem como referência e limite máximo o prejuízo ou o proveito obtido, motivo pelo qual ela pode ser graduada pelo juiz para adequar o montante de acordo como princípio da proporcionalidade. Ela recai sobre o patrimônio lícito do condenado e representa a sanção penal principal na sentença, motivo pelo

Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸²CORREA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal:** alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 68.

²⁸³Art. 69, alínea a, Código Penal de 1890: “A condenação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes efeitos: a) perda, em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito à restituição [...]”. BRASIL. **Código Penal.** Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁴Art. 113, item 29, Constituição Federal de 1934: “[n]ão haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁵Art. 71, inciso II, alíneas a e b, Código Penal de 1940 em sua redação original: “São efeitos da condenação: [...] II – a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁶Art. 141, § 31, Constituição de 1946: “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo [...]”. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁷Art. 150, §11, Constituição de 1967: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1967.** Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁸⁸Art. 43, inciso II, e art. 44, todos do Código Penal.

qual deve ser devidamente justificada e expressa na sentença.²⁸⁹

O confisco, por sua vez, admite a aplicação quando preenchidos os requisitos do art. 91, inciso II do Código Penal e apresenta, como norte, os instrumentos do crime ou o produto advindo dele, recaindo mesmo sobre os herdeiros “até o limite do valor do patrimônio transferido.”²⁹⁰ O único ponto em comum com a pena é a privação de bens, característica insuficiente para provocar a identidade dos institutos.²⁹¹ O confisco alcança o patrimônio ilícito do condenado e representa efeito automático da pena.²⁹²

Percebe-se, portanto, a relevante diferença entre o confisco de bens e a pena de confisco, a qual se reflete, também, na natureza do instituto, conforme será visto no item 3.3.

3.2 ESPÉCIES DE CONFISCO

O art. 91 do Código Penal é a referência normativa de confisco para todo o ordenamento brasileiro. Além do confisco clássico previsto no inciso II, o legislador previu o confisco subsidiário em 2012, ao acrescentar um parágrafo ao artigo indicado.

O presente tópico analisa cada espécie referida neste artigo, conforme se verá a seguir.

3.2.1 Confisco no Código Penal

Confisco clássico

O confisco clássico está elencado no citado art. 91, inciso II, que estabelece a perda dos instrumentos, do produto ou do proveito do crime. Conforme descrito no item 1.1.1, exige-se para a expropriação do instrumento do crime a ilicitude da fabricação, da alienação, do uso, do porte ou da detenção. O essencial para a decretação do confisco dos instrumentos é a contrariedade ao ordenamento.

O confisco do produto e do proveito do crime é tratado no art. 91, inciso II, alínea b, do Código Penal. O critério orientador é a vedação ao locupletamento ilícito²⁹³. Produto e proveito recebem o mesmo tratamento no ordenamento brasileiro: o produto representa o objeto adquirido diretamente com a atividade, enquanto que o proveito é a vantagem obtida pelo crime que não esteja vinculado diretamente ao produto do crime.²⁹⁴ Assim, o dinheiro derivado da

²⁸⁹ Art. 387, inciso III, Código de Processo Penal.

²⁹⁰ Art. 5º, inciso XLV, Constituição Federal. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

²⁹¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. Max Limonad, 1953, v. 4, p. 419.

²⁹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 630.

²⁹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

²⁹⁴ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 18.

corrupção será produto do crime, enquanto que o ganho obtido a partir do investimento representa o proveito do crime.

Cumpra observar que o regime clássico brasileiro é similar ao de Portugal. Como demonstrado no item 2.1, os produtos e as vantagens do crime são confiscados pela só relação com o crime, dispensando-se a exigência anterior de periculosidade dos produtos. O ponto de distinção nos dois países reside quanto aos instrumentos do crime, pois em Portugal mostra-se necessário demonstrar algum nível de periculosidade dos instrumentos, e não sua ilicitude.

Confisco subsidiário

A segunda espécie de confisco prevista no Código Penal foi introduzida pelo legislador ordinário em 2012, com a Lei nº 12.694, e é denominado confisco por equivalente ou subsidiário, porque a perda de bens atinge não o resultado decorrente diretamente da atividade criminosa, mas bens que, proporcionalmente, apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso.

Como registrado por Essado,²⁹⁵ a alteração legislativa decorre da influência de tratados internacionais incorporados pelo Brasil: a Convenção de Viena de 1988, que incentivou cada país a adotar as medidas necessárias para o confisco “do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do art. 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto”²⁹⁶, dispositivo que foi reiterado nas Convenções de Mérida e de Palermo.

No Brasil, a nova espécie de confisco foi acrescentada ao §1º, do art. 91 do Código Penal, *in verbis*:²⁹⁷

Art. 91. São efeitos da condenação: [...]

§1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

O confisco subsidiário distancia-se da espécie clássica por dois motivos principais: a) ele só é aplicado, residualmente, se os órgãos de persecução não localizarem o produto ou o proveito da atividade delitiva; b) ele alcança o patrimônio lícito do condenado.

O confisco subsidiário ganha relevância não somente nas situações típicas em que o bem ou o proveito econômico foram ocultados pelo condenado. Inclui-se no âmbito de aplicação deste confisco também os bens ou valores que foram vertidos em favor do condenado embora

²⁹⁵ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

²⁹⁶ Art. 5º, item 1. BRASIL. **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes**, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 out 2017.

²⁹⁷ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

não tenham gerado acréscimo patrimonial, a exemplo das despesas pagas de viagem pagas como propina.²⁹⁸

A ordem de confisco que precede a aplicação do art. 91, §1º do Código Penal representa, em verdade, uma ordem de pagamento, pois afeta, indistintamente, o patrimônio lícito do condenado, permitindo que ele antes salde a dívida com pagamento em dinheiro. Trata-se de estrutura semelhante à utilizada em Portugal onde, se a vantagem auferida não puder ser encontrada, o confisco é substituído pelo pagamento de um determinado valor²⁹⁹ e alinha-se com o confisco de valor (*value confiscation*), previsto nos tratados internacionais referidos acima.³⁰⁰

A introdução do confisco subsidiário em 2012 suscita a questão de a norma ser aplicada somente para os delitos praticados após a vigência da Lei nº 12.694 ou se ela permite o confisco de crimes e processos já iniciados antes da vigência da Lei. O tema não recebeu a atenção da doutrina ou mesmo da jurisprudência, motivo pelo qual não se mostra possível apresentar inclinação por alguma solução. Registra o Roteiro de Persecução Patrimonial do Ministério Público Federal que a resposta a respeito da aplicação do confisco por equivalente passa pela posição de compreender o instituto como norma de direito material – impossível portanto de retroagir – ou norma de processo que apenas disciplinou a implementação do confisco clássico.³⁰¹ De todo modo, faz-se o apontamento da discussão em razão da necessidade de o assunto também ser abordado no estudo do confisco alargado, no capítulo quatro, não sendo o objetivo deste tópico debater com mais detalhes o tema.

3.2.2 Confisco na legislação especial

Além do Código Penal, a perda de bens é tratada na legislação especial. Ao contrário de Portugal, a disciplina do confisco dos produtos e dos proveitos na legislação especial segue a mesma estrutura da reportada no Código Penal. O ponto de distinção repousa apenas sobre os instrumentos do crime.

O art. 7º da Lei nº 9.613/1998, o art. 61 da Lei nº 11.343/2006 e o art. 25 da Lei 9.605/1998 dispensam o requisito da ilicitude previsto no Código Penal para o confisco dos instrumentos do crime. Os bens utilizados como instrumentos para os crimes de lavagem,

²⁹⁸Observação e exemplo extraídos do Roteiro de Persecução Patrimonial elaborado pelo Ministério Público Federal. BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília: MPF, 2017, p. 26.

²⁹⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 636.

³⁰⁰STESSENS, Guy. **Money laundering**. A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2002, p. 38.

³⁰¹. BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília: MPF, 2017, p. 27.

tráfico de drogas, ou ambientais serão declarados perdidos, simplesmente pela relação com a prática do delito.

A legislação especial aponta disciplina diferente ao quanto disposto no Código Penal. Excetuando a regra geral de destinação dos bens para a União, a Lei nº 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, possibilita que não apenas a União seja beneficiada com o confisco, mas também os estados, quando a competência for da Justiça Estadual.³⁰² Em caso de cooperação internacional, os bens apreendidos por solicitação de autoridade estrangeira serão repartidos pela metade, salvo disposição específica em tratado ou convenção.³⁰³

Por fim, embora extrapole o escopo da análise do instituto, o ordenamento brasileiro prevê outras espécies de confisco que tangenciam a vinculação com algum crime. A necessidade de implementar uma ordem jurídica e econômica livre da circulação de ativos ilícitos e a influência do estudo de Direito Comparado justificaram introdução do confisco em procedimentos tipicamente civis ou administrativos.

A Constituição Federal elencou no art. 231 o confisco administrativo de “glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, perdimento que alcança todo o imóvel, independentemente da extensão área cultivada, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao reverter decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.³⁰⁴ No campo infraconstitucional, o ordenamento jurídico reflete a mesma atenção dada ao tema. O art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/1992 elenca como fato típico de improbidade administrativa a aquisição de bem desproporcional à renda do agente público. O art. 779 do Código de Processo Penal prevê o confisco de instrumentos e produtos do crime mesmo sem a condenação penal quando não se puder apurar a autoria, artigo com vigência reconhecida por algumas decisões,³⁰⁵ não sem divergências.³⁰⁶ No campo administrativo, o art. 65 da Lei 9.069/1995 determina que o porte de valor acima de R\$ 10.0000,00 na entrada ou saída do país permite o perdimento de valor que o exceder, salvo se o portador comprovar a origem dos recursos em instituição financeira habilitada (art. 5º da Resolução 2.524/1998 do Banco Central).

³⁰² Art. 7º, inciso I, Lei 9.613/1998.

³⁰³ Art. 8º, §2º, Lei 9.613/1998. A divisão atende ao art. 14, item 1, letra b, da Convenção de Mérida.

³⁰⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 543.974/MG. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 agos 2017.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 769.049. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 agos 2017. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0000760-10.2006.8.26.0625. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 agos 2017.

³⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

O estudo das espécies de confisco e a abordagem sucinta levam a que seja necessário indagar sobre a natureza jurídica do confisco previsto no Código Penal brasileiro.

3.3 NATUREZA DO CONFISCO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO

Perquirir a natureza de qualquer instituto é descobrir sua posição dentro do sistema jurídico. Para o tema em exame, cumpre aferir se o instituto apresenta natureza civil ou penal.³⁰⁷

A correta identificação dessa natureza é essencial para a compreensão dos contornos e dos limites do confisco. A taxonomia, no Direito Penal, atrai a incidência típica de normas desse ramo, como os princípios da intranscendência e da pessoalidade das penas, o princípio da culpabilidade e a presunção de inocência, regime jurídico penal que é mais lasso no campo civil.³⁰⁸ A identificação em um ou outro campo permite maior ou menor flexibilidade na utilização do confisco pelo legislador e na aplicação do instituto. Nesse sentido, João Conde Correia tece as seguintes considerações:³⁰⁹

Esse debate [sobre a natureza cível ou penal] não tem interesse meramente teórico ou acadêmico, pois, do seu resultado final depende a solvabilidade de muita das questões práticas suscitadas. Quem optar pelo caráter penal da medida terá de se confrontar com inúmeras objeções de índole jurídico-constitucional, dificilmente superáveis. Quem, pelo contrário, afastar a natureza penal do instituto terá o caminho facilitado, mas, mesmo assim, não poderá esquecer determinadas condicionantes imprescindíveis à sua legitimidade num verdadeiro Estado de direito. O confisco não fica confiado ao arbítrio do legislador e, muito menos, do executor.

Os defensores da natureza penal do confisco sustentam seus argumentos em razão de ele se previsto na legislação penal e aplicado no bojo do processo penal, representando, em última análise, sanção imposta pelo Estado.³¹⁰ Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli³¹¹, Guy Stessens³¹² são exemplos dessa corrente.

Os argumentos da natureza civil recaem sobre a constatação de que o desapossamento do bem representa uma simples vedação de enriquecimento ilícito. Por tal motivo, não se pode considerar o confisco como sanção se ele “visa à reposição do *status quo* anterior ao crime, nem mais, nem menos”.³¹³

Em verdade, como bem observa Tiago Cintra Essado, o perdimento de bens e a

³⁰⁷ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 11.

³⁰⁸MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

³⁰⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 2.419, versão *kindle*.

³¹⁰ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12.

³¹¹ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 774.

³¹²STESSENS, Guy. **Money laundering**. A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2002, p. 29-47.

³¹³MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

reparação do dano são institutos com finalidade reparatória, voltada para os âmbitos coletivo e individual, respectivamente.³¹⁴ Enquanto o prejuízo suportado pela vítima em decorrência do furto origina a pretensão para a reparação do dano, a lesão ao interesse difuso da coletividade, no crime de lavagem de dinheiro, atrai o perdimento de bens. A distinção é sutil, mas não impede sua constatação, a exemplo do que fez o Tribunal da Relação de Lisboa em trecho citado abaixo:

[S]e o dinheiro apreendido – produto de crime de peculato – pertencia ao Estado, a ele deverá enfim reverter com todos os frutos entretanto produzidos, não a título de “perda”, mas de “restituição ao proprietário” dos bens de que foi ilegítimamente desapossado: a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários (art. 110º C. Penal).³¹⁵

A relevância conferida aos dois institutos é impulsionada pelo interesse legítimo da sociedade de reprimir autores de delitos que auferiram vantagens econômicas em prejuízos causados a indivíduos ou à sociedade. Essa circunstância fez com que o legislador rompesse com a estrita independência entre as esferas cível e criminal, permitindo a influência da sentença penal na reparação individual.³¹⁶ Assim, “[a] verdadeira reparação da ofensa causada pelo delito será completa quando a pena imposta ao delinquentes somar-se à reparação do dano. Somente com ambos, pena e satisfação do dano, desaparecerão os efeitos do crime”.³¹⁷ A proximidade entre o perdimento de bens e a reparação de danos pode ser analisada com mais clareza nos crimes em que resulte prejuízo para a Fazenda Pública. Nos termos do Decreto-lei nº 3.240/1941, admite-se o sequestro tanto quando o investigado tenha auferido proveito com a conduta quanto na hipótese de que a Fazenda tenha suportado algum tipo de prejuízo.

Nas palavras de João Conde Correia dirigidas ao ordenamento português, mas que para o nosso país se adequam, mais do que uma sanção “o confisco deverá ser visto como uma forma impedir a consolidação dos efeitos de uma pretérita violação do ordenamento jurídico”.³¹⁸

Alia-se a reparação à finalidade preventiva do confisco, que retirado autor do delito a possibilidade de utilizar o instrumento do crime em outro crime e de gozar da posse do produto em prejuízo do legítimo proprietário lesado ou, mesmo de reinseri-lo na economia formal, potencializando difusamente os efeitos do ilícito.³¹⁹

³¹⁴ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 14.

³¹⁵ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 18 de junho de 1996. Disponível em: <www.trl.jus.br>. Acesso em: 17 out 2017.

³¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 177.

³¹⁷ PINHO, Ruy Sérgio Rebello. **A reparação do dano causado pelo crime o processo penal**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 97.

³¹⁸ CORREIA, João Conde. **Reflexos da Diretiva 2014/42/EU** (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014, nº 2, p. 91.

³¹⁹ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

Outrossim, a previsão do confisco na legislação penal e sua aplicação pelo juízo penal não são critérios suficientes para definição de sua natureza jurídica, pois outros institutos também o são e nem por isso exibem uma natureza penal, como é o caso da obrigação de indenizar o dano (art. 91, inciso II, Código Penal combinado com art. 387, inciso IV, Código de Processo Penal) e da perda do poder familiar. O argumento é incongruente com outros diplomas não penais que preveem o confisco mesmo sem a prévia condenação criminal, a exemplo das mercadorias importadas com infração à legislação aduaneira (art. 23, §1º, Decreto-Lei nº 1.455/1976) e do ingresso ou da saída física do território nacional com valores em espécie acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (art. 65, Lei 9.069/1995).³²⁰

Os defensores da natureza penal não conseguem explicar a validade da norma do art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal. Se o confisco é penal, a possibilidade de estender o perdimento de bens aos sucessores feriria o princípio da intranscendência e, portanto, não pode ser admitido no ordenamento. Destaque-se ainda que os efeitos secundários da sentença penal condenatória – incluindo o confisco - não são alcançados pela prescrição da pretensão executória.³²¹ Se o confisco fosse de natureza penal, os bens retornariam para a posse do condenado.

Entendem pela natureza civil do instituto os autores Aníbal Bruno,³²² Luiz Regis Prado,³²³ Bitencourt,³²⁴ além de Tiago Cintra Essado³²⁵ e de Sérgio Moro.³²⁶ O posicionamento em favor da natureza civil do instituto também é adotado neste estudo em razão dos argumentos apresentados acima.

3.4 REGIME PROCESSUAL DO CONFISCO

As normas processuais atreladas à aplicação do confisco são de relevante importância para a compreensão do tema no ordenamento brasileiro. A imputação patrimonial, a inexistência de regras próprias expressas de um processo penal patrimonial, o *standard* probatório são temas que revelam a importância dada ao perdimento de bens no processo penal

³²⁰MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

³²¹PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 679.

³²²“No grupo dos efeitos indiretos, fora da área penal, que decorrem da sentença condenatória, está incluído também, no nosso Direito, o confisco dos instrumentos ou produtos no crime, que nesse dispositivo não é pena nem medida de segurança, mas efeito da condenação”. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, parte geral, tomo 3, p. 249-250.

³²³ “As consequências secundárias extrapenais que advêm da condenação que alcançam âmbitos vários, a saber: cível (obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; confisco e incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela – arts. 91, I, II; 92, II, CP) (...)”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 630.

³²⁴ “O confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime” . BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 769.

³²⁵ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12.

³²⁶MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

brasileiro e que indicam a dimensão da ruptura representada no PL nº4.850/2016.

Não obstante a crítica, faz-se necessário analisar aspectos processuais relativos ao confisco no processo penal brasileiro.

3.4.1 Imputação patrimonial

A consequência da perda de bens em decorrência de uma sentença condenatória exige que a defesa tenha a oportunidade de manifestar-se a respeito da circunstância fática concreta ensejadora do confisco no curso do processo. Imprescindível, portanto, que a acusação indique de modo objetivo na peça inicial do processo penal – a denúncia ou a queixa – a hipótese fática legitimadora da perda de bens.

A ação de atribuir a alguém a aquisição de bens, direitos ou valores em razão de determinado fato criminoso representa o que se denomina na doutrina como imputação patrimonial.³²⁷ Ao lado da imputação do fato criminoso, o órgão acusador deve indicar que determinado bem possui relação com o crime imputado, seguido de pedido específico para o confisco. A exigência é cumprida por vezes implicitamente na denúncia, uma vez que o próprio desenvolvimento da denúncia envolve a descrição dos instrumentos ou dos produtos do crime.

A exigência probatória da vinculação do proveito é atenuada em razão da dificuldade em relacionar a vantagem patrimonial com o bem adquirido com os recursos já contaminados. A título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de manter acórdão condenatório que determinou o confisco de bens dos réus, mesmos sem a demonstração direta de que eles tinham sido adquiridos com o resultado da ação criminosa. Em discussão estava a perda de bens decretada na condenação da Operação Anaconda, envolvendo juiz do trabalho, agentes da Polícia Federal e advogados. O voto-condutor da Ministra Laurita Vaz utilizou como *ratio decidendi* a demonstração de inúmeras atividades da quadrilha e a desproporcionalidade entre o rendimento conhecido dos réus e extensa relação de bens apreendidos em nome deles. O caso é ainda mais paradigmático em razão da denúncia ter imputado o crime de quadrilha, delito de natureza formal que dispensa resultado naturalístico.³²⁸

A obrigação perpetua-se para além do oferecimento da denúncia. Em caso de descoberta de novos bens, o Ministério Público deve aditar o pedido para incluí-los no objeto da ação

³²⁷ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 86.

³²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 827.940-SP. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 agos 2017.

penal.³²⁹ Somente assim restará resguardado o princípio da correlação entre acusação e sentença, bem como assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3.4.2 Medidas cautelares patrimoniais

Como meio de proteger a utilidade do confisco do produto do crime pretendido ao final do processo penal, a imputação patrimonial é antecedida de medidas cautelares patrimoniais, previstas no Código de Processo Penal Capítulo VI do Título VI. Duas espécies apresentam vinculação ao confisco, o sequestro de bens imóveis e o sequestro de bens móveis, disciplinados nos arts. 125 a 131 e 132 do Código de Processo Penal. A especialização de hipoteca legal e o arresto, tratadas residualmente no Código, são próximas à reparação do dano decorrente da atividade delitiva, motivo pelo qual extrapolam o objeto deste estudo.

Além do capítulo específico do Código de Processo Penal, outras medidas cautelares são aptas a garantir a eficácia do confisco ao final, como a busca e apreensão (art. 240 do Código de Processo Penal), a alienação antecipada (art. 144-A do Código de Processo Penal), o uso provisório dos bens (art. 4º-A, §12, Lei nº 9613/1998 e art. 61, Lei nº 11.343/2006) e a administração judicial dos bens (art. 5º, Lei nº 9.613/1998). Dos quatro, apenas busca e apreensão será analisada, em razão do escopo da dissertação.

Sequestro

O sequestro é previsto nos arts. 125 a 135 do Código de Processo Penal e representa a retenção de bens imóveis ou móveis que tenham sido adquiridos com o produto ou proveito do crime.³³⁰ Embora o Código a eles não se refira explicitamente, os termos “produto” ou “proveito” são associados à palavra “proventos”, utilizada no *caput* do art. 125.³³¹ A interpretação está alinhada às expressões “produto” e “proveito”, utilizadas no art. 60 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998.

O objeto da medida são os bens móveis³³² ou imóveis, oriundos direta ou indiretamente do crime imputado. O Código de Processo Penal só exige a presença de elementos probatórios mínimos da origem ilícita dos bens, dispensando-se o *periculum in mora*.³³³ A legitimidade para

³²⁹ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 93.

³³⁰POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139.

³³¹ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 54.

³³²O sequestro de bens móveis segue o mesmo rito do sequestro de imóveis. A distinção reside em apenas dois pontos: não ser cabível a busca e apreensão, especialmente pelo preenchimento das letras *b e e*, §1º, art. 240, Código de Processo Penal e realização do depósito dos bens seqüestrados. BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.054.

³³³ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 58.

requerer o sequestro é do Ministério Público e do ofendido, nos casos em que esse atua como assistente da acusação (art. 268 do Código de Processo Penal) ou na ação penal privada. A medida pode ser apresentada em qualquer fase do processo penal ou mesmo durante a investigação.

O sequestro é autuado em apartado, e o réu é citado para defender-se através do argumento restrito de que o bem não foi adquirido com o provento do crime.³³⁴ Caso o bem tenha sido incorporado ao patrimônio de terceiro, a ele caberá manejar embargos de terceiro, também sob o argumento de que o bem foi adquirido de boa-fé e a título oneroso (arts. 129 e 130, Código de Processo Penal).³³⁵ Nenhuma decisão será proferida sem o trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 130, parágrafo único, Código de Processo Penal). O processo penal principal representa a questão preliminar que provoca a suspensão da medida cautelar.

O Código de Processo Penal prevê três hipóteses para a perda da eficácia do sequestro: a primeira é o ajuizamento da ação penal no prazo de 60 dias, contado da data de conclusão da diligência;³³⁶ a segunda é exclusiva do terceiro, quando ele oferecer caução idônea para substituir o gravame imposto; a terceira decorre do resultado da ação penal principal, nos casos em que o réu obteve reconhecimento da extinção da punibilidade da conduta criminosa ou foi absolvido.

A decisão final não decreta a perda do bem; o perdimento ocorre no processo penal principal. A sentença proferida no sequestro apenas determina a alienação do bem constricto ou a conversão em renda de eventual valor depositado e vinculado ao processo.

Sequestro subsidiário

A partir da Lei nº 12.694/2012 e da inclusão do §1º ao art. 91 do Código de Processo Penal, admite-se também o sequestro para alcançar bens ou valores “equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”. A medida cautelar deve demonstrar que o acusado incorporou bens oriundos da infração e que esses bens não foram localizados ou estão no exterior. Apesar de posicionamento contrário,³³⁷ a medida prescinde de pedido anterior de sequestro, desde que a investigação realizada pelo

³³⁴Gustavo Henrique Badaró. BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.055.

³³⁵Há na verdade duas espécies distintas de embargos, os embargos do terceiro estranho ao processo (art. 129, Código de Processo Penal) e embargos do terceiro de boa fé que adquiriu o bem do acusado (art. 130, inciso I, Código de Processo Penal). BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1055.

³³⁶O prazo não é rígido e já foi flexibilizado pela jurisprudência: STJ. RMS 9.999/SP. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. J. em 01/06/1999, exemplo extraído de ESSADO (2015, p. 61). Em casos mais recentes o STJ confirmou o precedente: RMS. 36728/MT. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 12/11/2013; ROMS 2009/0055905-6. Sexta Turma. Min. Sebastião Reis Júnior. J. em 20/08/2013; RMS 29253. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 23/10/2012; REsp 1057650/RS. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 16/02/2012;

³³⁷BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.061.

Ministério Público demonstre o preenchimento dos requisitos acima indicados.

Sequestro previsto no Decreto-lei nº 3.240/1941

O Decreto-lei nº 3.240/1941 possibilita o sequestro dos bens de pessoa indiciada por crime que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, bem como locupletamento ilícito para ele (art. 1º). Exigem-se como requisito “indícios veementes da responsabilidade” (art. 3º). Ao contrário do sequestro clássico, a medida recai também sobre o patrimônio lícito do acusado. Configura elemento de distinção, ainda, o prazo para a apresentação da ação penal de 90 dias. A medida restritiva poderá alcançar também o patrimônio de terceiros, caso eles tenham agido com dolo ou mesmo culpa grave.

Sustenta-se que a medida foi revogada pelo Código de Processo Penal sob os seguintes argumentos: semelhança do procedimento com o arresto prévio à inscrição de hipoteca legal, disciplinado no art. 136 do Código de Processo Penal, e incidência sobre o patrimônio lícito.³³⁸ Contudo, a jurisprudência vem reconhecendo a vigência da cautelar,³³⁹ não sem algumas decisões contrárias.³⁴⁰ Sustenta-se, ainda, que o Código de Processo Penal não ab-rogou o Decreto-lei nº 3.240/1941 por ele tratar de matéria específica, ou seja, de crimes contra a administração pública. Outrossim, a semelhança na forma como é aplicada não representa elemento de identificação do instituto. Por fim, a constrição do patrimônio lícito tampouco é critério para tal distinção, uma vez que o confisco subsidiário introduzido pelo legislador ordinário em 2012 também o tem como objeto.

Em verdade, os elementos de semelhança entre arresto e sequestro revelam uma proximidade entre confisco e reparação do dano. O legislador, em 1941, não introduziu uma nova hipótese de confisco; ele apenas previu uma medida processual destinada a assegurar a reparação do dano suportado pelo erário. A conclusão mais adequada é a de se reconhecer que a tutela resguardada pela cautelar tem dupla finalidade, reprimir o enriquecimento ilícito e reparar o patrimônio público.

Busca e apreensão

Embora tratados indistintamente, os termos “busca e apreensão” referem-se a dois

³³⁸BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.062.

³³⁹ STJ. Sexta Turma. AgRg no RMS nº 24.083/PR. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 03/08/2010. STJ. Sexta Turma. RCDESP no Inq. Nº 561/BA. Rel. Min. Eliana Calmon. J. em 17/06/2009. STJ. Quinta Turma. REsp nº 149.516/SC. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 21/05/2002. STJ. Sexta Turma. REsp nº 132.539/SC. Rel. Min. William Patterson. J. em 01/12/1997. STJ. Sexta Turma. RMS nº 4.161/PB. Rel. p/ Acórdão Adhemar Maciel. J. em 20/09/1994.

³⁴⁰ Por todos, cite-se o seguinte: STJ. Sexta Turma. RMS nº 6.728/RS. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. J. em 26/08/1996.

institutos díspares.³⁴¹ Busca é o ato de revista ou de varejamento que recai sobre pessoa ou coisa, destinado a identificar elementos relacionados à ação delituosa ou ao produto ou proveito decorrentes dessa. Apesar da ausência de consenso doutrinário,³⁴² a busca configura meio de obtenção de prova³⁴³, podendo ser domiciliar ou pessoal, ambas disciplinadas no art. 240, §§1º e 2º, Código de Processo Penal.³⁴⁴ A apreensão corresponde ao apossamento, à remoção e à guarda de coisas da posse de quem legitimamente as detém, enquanto importarem ao processo penal. Cuida-se de medida de natureza mutável, pois tanto pode se apresentar como cautelar real, quanto como meio de obtenção de prova.³⁴⁵

A necessidade de autorização judicial para a busca e a apreensão é o tópico que mais interessa a este estudo. A Constituição Federal e o Código de Processo Penal não disciplinam de modo direto o assunto. A Carta prevê reserva de jurisdição, apenas, nas hipóteses de prisão, na entrada em residência e na interceptação telefônica (arts. 5º, XI, XII e LXVII da Constituição Federal). Apesar da ausência de tratamento específico, a topografia do assunto no diploma processual penal autoriza sustentar que a apreensão sem mandado judicial ocorre apenas na hipótese de arrecadação de coisas presentes à cena do crime, tal como prevê o art. 6º, incisos II e III do Código de Processo Penal. Em todas as outras situações, a apreensão deve ser precedida de decisão judicial. Embora o art. 241 do Código de Processo Penal nada trate da apreensão, quando isolada da busca, a exigência de ordem judicial para essa atrai paralelamente a mesma necessidade para aquela.³⁴⁶

Note-se que a amplitude do sequestro e do arresto tornará difícil a possibilidade de apreensão de produto ou de proveito do crime, sem que sejam analisados os requisitos de um ou de outro. A exceção se refere às situações em que a apreensão extrapole a natureza de cautelar real, passando a ser exercida como meio de obtenção de prova, ainda que apresente utilidade à decisão de perdimento de bens ao término do processo.

³⁴¹ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 102.

³⁴² Cleunice Bastos Pitombo rejeita a natureza de prova ou de meio de obtenção de prova, fincando a natureza da busca como “medida instrumental, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido”(PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116).

³⁴³ BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 490.

³⁴⁴ O Código de Processo Penal Militar disciplina com mais detalhes as espécies de busca (arts. 170/184). Apesar da omissão da legislação, a busca pode ter como objeto outros espaços, além do pessoal e domiciliar, com o digital e não locais não reconhecidos como moradia, como órgãos públicos e estabelecimentos empresariais.

³⁴⁵ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 239 e 239.

³⁴⁶ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 239 e 271.

3.4.3 Defesa

O contraditório e a ampla defesa são princípios que decorrem do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e permitem ao sujeito processual que sofre a perda patrimonial o conhecimento dos bens colocados em suspeita pelo órgão ministerial e o fundamento fático legitimador do confisco. O exercício adequado da defesa pressupõe, obviamente, que a acusação descreva, na denúncia ou no aditamento, todos os elementos vinculados ao confisco, permitindo que o acusado indique testemunha ou outros meios probatórios que sustentem a versão defensiva.³⁴⁷ Classicamente, a resistência ao pedido de perdimento de bens será oferecida no mesmo ato da resposta à acusação disciplinada no art. 396 do Código de Processo Penal.

Constitui ônus da defesa desvencilhar o bem de qualquer relação com o fato criminoso. Em regra, a prova que serviu à imputação da materialidade e da autoria carrega a mesma eficácia para a ilicitude da origem do bem. A título de exemplo, a imputação de lavagem de dinheiro e a existência de patrimônio sem qualquer cobertura na renda do acusado justificam, por si sós, a convicção que subsidiará a decisão de confisco. Obviamente, a prova apresentada para a imputação delitiva deve conter, em si, a indicação de alguma vantagem para o acusado. Não é razoável admitir que a prova da corrupção pelo aceite da promessa indevida, sem a efetiva indicação de que o acusado recebeu algum valor, sirva de fundamento para o confisco do patrimônio do condenado.

A posição de proprietário dos bens e valores indicados na imputação confere ao acusado a melhor posição para comprovar a origem lícita do bem. O ônus probatório a ser desempenhado pela defesa é exibido expressamente no art. 4º, §2º da Lei 9.613/1998 e no art.60, §2º, Lei 11.343/2006, quando condicionam a liberação dos bens apreendidos à comprovação da licitude de sua origem. Apesar da crítica de que tais dispositivos teriam provocado a inversão do ônus probatório, Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim ressaltam que o legislador inseriu nos diplomas legais a regra probatória vigente no Código de Processo Penal, cabendo ao órgão acusador carrear elementos probatórios indicativos da vinculação dos bens com o crime, passando a defesa a deter o ônus de inibir a inferência realizada pela imputação a partir do desencargo de tal tarefa pela acusação.³⁴⁸

Embora exiba cognição limitada, a reação defensiva está presente também nas medidas

³⁴⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 273.

³⁴⁸BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

cautelares. Sob a genérica nomenclatura de “embargos de terceiro”, o Código de Processo Penal engloba três espécies distintas de embargos: embargos do terceiro estranho ao processo (art. 129), embargos do acusado (art. 130, inciso I) e embargos do terceiro de boa fé (art. 130, inciso II). A primeira espécie trata da medida cautelar que recai sobre patrimônio de terceiro, seguindo o rito do Código de Processo Civil. A competência é do juízo penal que decretou a medida, e o processo deve ser julgado tão logo esteja pronto para tal.³⁴⁹ A segunda espécie, embargos do acusado, está prevista no art. 130, inciso I do Código de Processo Penal, sendo limitada, quanto à defesa de mérito, ao argumento de que os bens não foram adquiridos com os proventos da infração. A terceira espécie, embargos do terceiro de boa fé, encontra-se prevista no art. 130, inciso II do Código de Processo Penal, também com defesa de mérito limitada à aquisição do bem sem culpa e a título oneroso.

O rito dos embargos do acusado e do terceiro de boa fé não se encontra disciplinado no Código, o que justifica duas posições na doutrina: uma que se manifesta pelo rito do Código de Processo Civil, e outra que defende a noção de que os embargos são, em realidade, contestação, mesmo porque eles não podem ser julgados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória no processo principal, conforme parágrafo único do art. 130 do CPP.³⁵⁰

Cumprido notar que em relação ao terceiro o Código de Processo Penal não exhibe disposição expressa determinando a intimação da pessoa que, não sendo parte no processo penal, teve seu patrimônio atingido por decisão judicial. Em razão da estatura constitucional conferida ao direito ao contraditório, admite-se a aplicação subsidiária do art. 675 do Código de Processo Civil³⁵¹ para que o juiz intime eventual interessado em embargar o ato judicial, caso identificado.

3.4.4 Sentença condenatória e o confisco de bens

O confisco dos produtos e proveitos do crime constitui efeito automático da sentença penal condenatória, conforme interpretação *a contrario sensu* do art. 92 combinado com o art. 91, todos do Código Penal. A incidência obrigatória do confisco leva ao posicionamento de que a sentença dispensaria motivação neste ponto.³⁵²

A despeito do texto legal, a incidência de normas processuais ínsitas ao Estado de Direito permite a releitura do dispositivo para reservar ao réu garantias processuais mínimas

³⁴⁹Não se aplica a limitação do parágrafo único do art. 130 do Código de Processo Penal. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1056.

³⁵⁰Ainda aqui se nota a imprecisão terminológica do legislador. Em se tratando de medida cautelar, não há falar em embargos. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

³⁵¹Admite-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em razão do artigo 3º do Código de Processo Penal.

³⁵²PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 630.

que legitimem a expropriação estatal. A interpretação mais adequada exige, portanto, que a decisão judicial motive expressamente a adequação típica da imputação patrimonial à norma permissiva do confisco.³⁵³

A motivação representa uma das formas de legitimação e de controle do Poder Judiciário. Por meio de tal ato, controla-se a discricionariedade judicial e oferece-se segurança e previsibilidade ao Direito. Ela funciona, ainda, como garantia processual, permitindo a apreciação de todas as questões de direito e de fato e o controle da independência e da imparcialidade do juiz.³⁵⁴ Somente assim, com a exposição lógica dos fundamentos de fato e de direito que levaram o juiz a vincular um bem ao crime contraditório é que o dever de motivação estará cumprido.

A necessidade de motivação leva à necessidade de identificar o critério de decisão, modelo de constatação ou *standard* probatório utilizado para expressar o convencimento judicial a respeito da decisão a ser tomada. Nas palavras de Danilo Knjnik, “[c]omo se vê, esses ‘modelos de constatação’ são critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio”.³⁵⁵

Estudo de Direito Comparado indica o uso corrente de três critérios nos países de tradição *common law*³⁵⁶: os *standards* da preponderância de evidências, de uma prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável. A prova além da dúvida razoável é exigida nos processos de natureza penal, enquanto que no campo cível a preponderância de provas representa o critério para processos essencialmente patrimoniais, reservando-se o critério de prova clara e convincente apenas processos que estejam em discussão valores especiais mas que não chegam a alcançar a esfera penal.³⁵⁷

No Brasil, não se adotou, formalmente, um *standard* probatório expresso. O Código de Processo Penal prevê no art. 381 como requisito da sentença, a indicação “dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” e “dos artigos de lei aplicados” (incisos III e IV). O artigo 289 do Código de Processo Civil exige a exposição do convencimento do juiz “de modo claro e preciso”, no que é ratificado pelos arts. 371 e 489.

³⁵³“Tratando-se de efeito genérico da condenação (automático), não é necessário que o confisco seja expressamente declarado na sentença condenatória. A decisão judicial que o decreta, todavia, deve ser fundamentada. Outrossim, o confisco deve ser submetido ao contraditório, no curso da ação penal”. BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

³⁵⁴GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

³⁵⁵KNJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributários**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 18.

³⁵⁶Além da prova além da dúvida razoável e da preponderância de evidências, Danilo Knjnik cita as *special rules*, a mínima atividade probatória, o modelo das dúvidas positivo-concretas, a doutrina do absurdo e da arbitrariedade, a congruência narrativa, o *défaut de motifs*, os modelos matemático-probabilísticos. Os *Standards* do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Jan-Fev, 2001, p. 15-51.

³⁵⁷GARNER, Bryan A. *Black’s law dictionary*. 9th ed. Saint Paul: West Group, 2014. p. 1.457.

No campo do confisco, a natureza cível do instituto provocaria uma redução do nível probatório exigido para a perda de bens. Apesar de sua natureza e da distinção do juízo realizado sobre a materialidade e a autoria do crime³⁵⁸, exige-se indistintamente o nível de certeza tanto para a condenação penal quanto para a declaração da perda de bens, sem que o tema seja tratado com mais rigor na doutrina ou na jurisprudência.

3.5 INEFICÁCIA DO PROCESSO PATRIMONIAL E DO CONFISCO

As normas processuais do ordenamento brasileiro discorrem muito pouco a respeito das regras de accertamento patrimonial, tanto no que toca à preclusão e ao ônus da acusação quanto no que se refere às regras probatórias do perdimento de bens. As lacunas atualmente vigentes não permitem a identificação de um processo penal patrimonial, tal como descrito no item 2.4. Nas palavras de Tiago Cintra Essado, “o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de um modelo processual penal próprio para o accertamento patrimonial”,³⁵⁹ observação compartilhada por Solon Cícero Linhares.³⁶⁰

O atual modelo de confisco e as normas processuais vigentes parecem não produzir o resultado esperado. Como implementação da meta 5 de 2013 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Encla),³⁶¹ o funcionamento da investigação patrimonial, do confisco de bens e da gestão e destinação dos recursos foi avaliado pelo Projeto de Administração de Apreendidos e Confiscados na América Latina (Projeto Bidal) da Organização dos Estados Americanos (OEA). O diagnóstico final destacou a inexistência um órgão encarregado de conduzir investigações patrimoniais ou realizar a administração de bens, identificou a ausência de exercício de discricionariedade no uso de cautelares patrimoniais apesar da implementação da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), do Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA) e da Recomendação nº 30 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), registrou a apreensão de bens destituídos de valor econômico e multiplicidade de contas para administrar os valores apreendidos. Sublinhou ainda o estudo a inexistência de financiamento das atividades de persecução com os valores e bens

³⁵⁸BATALZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. **Revista da Ajufersg**. Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, 2007, s/n, p. 179.

³⁵⁹ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 203.

³⁶⁰LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 164.

³⁶¹A Encla é uma rede de articulação entre diversos órgãos e instituições destinada a discutir e propor alterações destinadas a tornar mais eficiente a repressão ao crime organizado, à lavagem de dinheiro e à corrupção. Integram a Encla mais de 60 instituições, a exemplo do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Controladoria-Geral da União. BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **ENCLA**: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

apreendidos.³⁶² O diagnóstico vem ao encontro de auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) que reconheceu a ineficiência da administração de bens apreendidos no contexto de aplicação da Lei 11.343/2006, notadamente em razão do percentual de alienação de apenas 2,1% dos bens apreendidos no período de 2006 a 2012.³⁶³

A necessidade de implementar uma ordem jurídica e econômica livre da circulação de ativos ilícitos e a influência do estudo de Direito Comparado levam a que a doutrina e as instituições responsáveis por manter um sistema jurídico eficiente busquem alternativas para potencializar o resultado do perdimento de bens, ainda incipiente em nosso país.

Exemplo da perseguição de tal objetivo é a tentativa de interpretar o art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998 como instrumento de importação do instituto do confisco alargado. De acordo com o Roteiro de Persecução Patrimonial do Ministério Público Federal, a redação do referido inciso não seguiu o modelo legal de produto e proveito utilizado no Código Penal, o que justificaria o pedido de confisco de todos os bens controlados pelo réu “ainda que relacionados com lavagem de dinheiro que não tenha sido apurada naquele específico processo.”³⁶⁴ Reforçaria esta interpretação a norma do inciso III do § 10 do art. 4º da Lei nº 9.613/1998, que determina a perda de todos os bens não reclamados no prazo de 90 dias. O estudo não identificou outros autores que tratem desta linha de interpretação ou mesmo se ela foi aplicada na jurisprudência,³⁶⁵ de qualquer modo, a extensão atribuída ao confisco parece colidir com a interpretação histórica exercida sobre a norma, além de o significativo impacto na esfera individual de cada proprietário recomendar a disciplina de outros temas processuais não abordados diretamente na Lei nº 9.613/1998.

No âmbito da Encla registram-se iniciativas que tangenciam o tema da recuperação de ativos e do confisco alargado, a exemplo das propostas relativas à administração de bens³⁶⁶, à investigação patrimonial³⁶⁷ e às cautelares patrimoniais.³⁶⁸ Em relação ao confisco alargado, a discussão no Congresso Nacional ingressa a partir do PL nº 4.850/2016.

³⁶²OEA. Organização dos Estados Americanos. **Projeto BIDAS Brasil**. Documento de Resultados do Diagnóstico Situacional Relacionado à Investigação Patrimonial, Administração e Destino de Bens Apreendidos e Confiscados. 2015, p. 18, 25, 31, 39, 51 e 57. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br>> Acesso em: 9 ago 2017.

³⁶³BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão 360/2012**. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em 19 set 2017.

³⁶⁴BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília, MPF, 2017, p. 35.

³⁶⁵BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília, MPF, 2017, p. 35.

³⁶⁶Metas 4 de 2011, 7 e 8 de 2012. Disponível em: <<https://enclacamara.leg.br>> Acesso em: 27 set 2017.

³⁶⁷Meta 5 de 2013. Disponível em: <<https://enclacamara.leg.br>> Acesso em: 27 set 2017.

³⁶⁸Meta 10 de 2015. Disponível em: <<https://enclacamara.leg.br>> Acesso em: 27 set 2017.

Capítulo 4

PROJETO DE LEI Nº 4.850/2016

A tentativa de introdução do confisco alargado no Brasil ocorre com a proposta do PL 4.850/2016, que engloba ainda alterações em outros diplomas legais. Nesse sentido, é importante discorrer sobre a motivação do referido projeto, examinando a estrutura proposta para o confisco alargado à luz do correspondente instituto português, descrito nos capítulos anteriores.

4.1 HISTÓRICO

A gênese do PL nº 4.850/2016 está na iniciativa dos membros do Ministério Público Federal, integrantes da Força Tarefa da Operação Lava Jato, em Curitiba, os quais, em 2014, elaboraram propostas de alterações legislativas com base no que identificaram como “falhas”, “incoerências” ou “omissões” da legislação disciplinadora do combate à corrupção. Em janeiro de 2015, o Procurador-Geral da República instituiu uma comissão de trabalho para aperfeiçoar as medidas de alteração legislativa. Em março de 2015, o Ministério Público Federal lançou a campanha 10 Medidas contra a Corrupção, destinada a recolher 1,5 milhão de assinaturas, apoio mínimo necessário à apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular, conforme estabelece o art. 61, §2º da Constituição Federal. Em 24 de fevereiro de 2016, a meta foi alcançada, e o projeto foi submetido à Câmara dos Deputados em 29 de março de 2016, sendo tombado como PL nº 4.850/2016.³⁶⁹

O projeto denominado como 10 Medidas contra a Corrupção contém alterações legislativas destinadas à: prevenção, corrupção e transparência, criminalização do enriquecimento ilícito, maior punição à corrupção, eficiência dos recursos penais, celeridade das ações de improbidade, reforma da prescrição penal, responsabilização de partidos políticos, prisão preventiva para assegurar a recuperação do dinheiro desviado, recuperação do lucro derivado do crime e, por fim, a ajustes no sistema de nulidade. O confisco alargado compõe o rol da última alteração, ao lado da ação civil de extinção de domínio.³⁷⁰

³⁶⁹Histórico disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 14 jun 2017.

³⁷⁰ Em 10/11/2016, a Câmara dos Deputados votou o PL 4.850 em Plenário e rejeitou todas as medidas e aprovou substitutivo que permite a punição de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário por crime de abuso de autoridade. Em 14/12/2016, o Ministro Luiz Fux deferiu liminar no mandado de segurança nº 34530 e determinou o retorno do projeto à Câmara dos Deputados para que tramite conforme o rito previsto para projetos de iniciativa popular.

4.2 O CONFISCO ALARGADO NO PL Nº 4.850/2016

O PL nº 4.850 apresenta o confisco alargado e a ação civil de extinção de domínio como instrumentos de recuperação do lucro derivado do crime. Em relação ao confisco alargado, a alteração apoia-se na necessidade de o Estado concretizar o adágio popular de que o “crime não compensa”. A legitimidade do instituto é reforçada pela constatação de que a repressão de todos os crimes é uma meta inalcançável e que, por isso, o Estado deve se valer de instrumentos que evitem a perpetuação do produto ilícito pela economia formal, a despeito de não punir as condutas criminosas. Consta da justificativa do referido projeto o seguinte trecho:³⁷¹

O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que “o crime não compensa”, ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos.

O confisco clássico e o confisco subsidiário não se mostram aptos ao desafio de evitar a incorporação da vantagem criminosa, por dependerem, necessariamente, da condenação penal e por serem vinculados ao produto ou ao proveito obtidos ou a seu montante, indicado como referencial. Sem “a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalência não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio injustificado em novas atividades criminais”.³⁷²

Essa constatação é apoiada em dados empíricos sobre os ativos gerados por crimes econômicos e sobre a ineficiência do Estado em reprimi-los. Estimativas sugerem que, no Brasil, a sonegação fiscal omite, anualmente, R\$ 1,112 trilhão, e a corrupção desvie R\$ 200 bilhões.³⁷³ Por sua vez, a repressão oferece, ao funcionário público, a probabilidade apenas de 5% de punição,³⁷⁴ e os crimes de corrupção, prevaricação, peculato e concussão representam, somente, 0,03% das causas de condenação da população carcerária no país.³⁷⁵ Ratificando esse quadro, indicativo da inação estatal, o Brasil ostenta a 69ª posição no *ranking* da transparência internacional.³⁷⁶

³⁷¹BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei ° 4.850/2016: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

³⁷²BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei ° 4.850/2016. <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

³⁷³FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: GUEIROS SOUZA, Artur de B. (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 17.

³⁷⁴ALENCAR, Carlos Higino R.; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, 2011, p. 75-98.

³⁷⁵BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen)**. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

³⁷⁶TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perceptions index 2014**. 2014. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 13 agos 2017.

O PL nº 4.850/2016 pretende incluir o art. 91-A ao Código Penal com a seguinte redação:

377

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.

A alteração provoca a reflexão a respeito da estrutura e do funcionamento concebidos, bem como a análise de identidades, de omissões e de diferenças em relação ao modelo português. Secundariamente, a reflexão se estende ao conteúdo da Diretiva 2014/42/UE e em

³⁷⁷BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei nº 4.850/2016: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

outros países, apresentados ao longo da dissertação. O estudo segue a mesma ordem apresentada no segundo capítulo, iniciando com os requisitos do confisco alargado, com a possibilidade de contraprova e o objeto da decisão. A par disso, destacam-se pontos de omissão, como a aplicação do confisco alargado no tempo e da investigação patrimonial.

4.2.1 Requisitos do confisco alargado

O projeto utiliza os três requisitos da lei portuguesa para aplicação do confisco alargado: condenação por crimes previamente definidos, existência de patrimônio e incompatibilidade entre o patrimônio e a renda conhecida.

Catálogo de crimes

A seleção das condutas que permitem a aplicação do confisco alargado deve ser equilibrada entre o impacto da nova medida e a gravidade de determinado crime. A discricionariedade legislativa para propor novos atos normativos primários é controlada por meio do princípio da proporcionalidade, identificado no ordenamento brasileiro no conceito material do devido processo legal, extraído do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.³⁷⁸ Decomposto em três outros subprincípios, interessa ao atual tópico apenas tratar da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao equilíbrio entre o ônus imposto e o fim atingido. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, esse sentido representa “o papel de controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.”³⁷⁹

Retomando a justificativa histórica do surgimento e da expansão do instituto, analisados no item 1.3, o confisco alargado deve ser direcionado, apenas, a condutas altamente lesivas que possam gerar lucros vultosos para o autor do crime, permitindo uma maior dissuasão dos crimes de colarinho branco e mais eficiência à atuação estatal. O controle de sintonia passa por identificar se os crimes selecionados no PL 4.850/2016 denotam um nível de lesividade compatível com os efeitos rigorosos do novo instituto.

A avaliação da pertinência de determinado crime com o instituto da perda alargada evita arbitrariedades na decisão legislativa e permite aferir, com mais segurança, o respeito ao princípio da proporcionalidade. Busca-se evitar, com tal controle, que o novo instrumento de confisco recaia, também, sobre a criminalidade em geral, quando o objetivo principal do

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 258.

confisco alargado – ao menos desde o surgimento nas Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida e nos atos da União Europeia – sempre foi atingir apenas os produtos relacionados a crimes lucrativos praticados em contexto estranho à criminalidade clássica. O cuidado na aplicação de instrumentos destinados, precipuamente, a organizações criminosas é compartilhado por Jesús María Silva Sánchez:³⁸⁰

Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas.

O rol de crimes contido no PL nº 4.850/2016 envolve: tráfico de entorpecentes, comércio ilegal e tráfico internacional de arma de fogo, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, crime de responsabilidade tipificado nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967, peculato em modalidade dolosa, inserção de dados falsos em sistema de informações, concussão, excesso de exação qualificado pela apropriação, facilitação de contrabando ou descaminho, enriquecimento ilícito, lavagem de dinheiro, associação criminosa, organização criminosa, estelionato em prejuízo da Previdência ou entes da previdência. Pretende-se permitir a aplicação do instituto também para contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando estes crimes forem praticados de forma organizada.

Note-se que o PL nº 4.850/2016 tomou como legítimos, *per se*, os crimes relacionados com as Convenções de Mérida, de Palermo e respectivos protocolos adicionais e com a Convenção de Viena de 1988. Tais crimes são, entre outros: corrupção ativa e passiva,³⁸¹ peculato e crimes tipificados nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967,³⁸² lavagem de dinheiro³⁸³ e tráfico de entorpecentes.³⁸⁴ A relação é próxima ao rol mínimo de crimes estipulados pela Diretiva 2014/42/UE do Parlamento e do Conselho Europeu, qual seja: corrupção no setor público e no setor privado, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, terrorismo, tráfico de entorpecentes, organização criminosa, pornografia infantil, interferência ilegal em sistema de dados. Todos os crimes previstos no PL nº 4.850/2016 apresentam, ainda, pena máxima superior a quatro anos, atendendo também o critério residual da Diretiva.

³⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

³⁸¹ Art. 15 da Convenção de Mérida.

³⁸² Art. 17 da Convenção de Mérida.

³⁸³ Art. 23 da Convenção de Mérida.

³⁸⁴ Art. 3º da Convenção de Viena 1988.

O paralelismo entre as Convenções e a Diretiva não impede a crítica acerca da seleção de crimes que permitem a aplicação do confisco alargado. O primeiro ponto de análise é a necessidade de erigir critérios de controle de perpetuação da atuação seletiva do Estado. Dos crimes listados acima, um serve de exemplo de como o confisco alargado pode ser aplicado a condutas de baixa lesividade ou que não envolvam ganho financeiro de destaque, mas que consumam percentual considerável da persecução penal do Ministério Público: o estelionato contra o Instituto Nacional do Seguro Social. Tipificado no art. 171, § 3º do Código Penal, o crime absorve boa parte da atuação criminal do Ministério Público Federal e da Justiça Federal, ao lado do crime de contrabando,³⁸⁵ alcançando 18% de todas as manifestações criminais do MPF em 2016.³⁸⁶ Como elemento indicativo da concentração de inquéritos ou de procedimentos investigatórios criminais, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal divulgou o Enunciado nº 68, orientando o arquivamento de investigações em situações-padrões que impedem o êxito da autoria e da materialidade em condutas lesivas à Previdência Social.

Tal como estabeleceu para delitos como contrabando e descaminho, o equilíbrio buscado seria alcançado se o PL nº 4.850/2016 condicionasse a aplicação do instituto da perda alargada no estelionato contra a previdência apenas às condutas praticadas no contexto de uma organização criminosas.

A segunda crítica é a ausência de uma regra flexível que permita a aplicação do instituto a condutas que se mostrem altamente lesivas e, ao mesmo tempo, aptas a render vultosos recursos para o autor do crime.³⁸⁷ A análise de Direito Comparado oferece a alternativa adotada na Inglaterra. Como analisado no capítulo 2, ao lado da aplicação automática em razão das práticas do crime do catálogo, a Inglaterra adota o referencial monetário de £5.000,00 como resultado esperado da ação criminosas para permitir a aplicação do confisco alargado. Acionado o critério monetário e preenchidas outras condições – que permitem qualificar o acusado dentro de um “modo de vida criminoso” –, o patrimônio do condenado será alcançado pelo instituto, a despeito de o crime praticado não ter sido previsto taxativamente no catálogo. Nesse ponto, a legislação brasileira poderia avançar para prever um rol aberto, exigindo-se, tão somente, um patamar mínimo pecuniário para acionar o instituto. Assim, condutas que antes estariam fora

³⁸⁵MOHALLEM, Michael F.; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (Coord). **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 79.

³⁸⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Dados da Comissão de BIs**. Mensagem recebida por <robertovieira@mpf.mp.br> em 11 out 2013.

³⁸⁷Sobre essa ausência, João Conde Correia destaca que “[a]s escolhas efetuadas são, assim, insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis, dificilmente se deixando reconduzir a um denominador comum que explicita a política e a *mens legislatoris*” CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, versão *kindle*, posição 2.218.

do rol de crimes – como o roubo, tipificado no art. 157 do Código Penal – poderiam ser alcançadas pelo instituto do confisco alargado.³⁸⁸

Vê-se, portanto, que a necessária seletividade do confisco alargado requer a imposição de parâmetros que inibam a aplicação do instituto a condutas pouco lesivas. De outro modo, o instituto deve ser flexível o suficiente para alcançar condutas que atendam a sua justificativa histórica.

Patrimônio e incompatibilidade entre o patrimônio e renda

O PL nº 4.850/2016 prevê, como requisito para aplicação do instituto, que a acusação demonstre os bens que compõem o patrimônio do condenado e indique a ausência de correspondência do patrimônio com a renda declarada.

Nota-se, de início, uma clara diferença entre o modelo português e o modelo em discussão no Congresso quanto ao momento de demonstração da incompatibilidade patrimonial. A Lei nº 5/2002 permite que a acusação apresente, a partir da denúncia, todos os requisitos da perda alargada, inclusive a relação de patrimônio e a incompatibilidade com a renda. Já o PL nº 4.850/2016 transfere a análise desses requisitos para a fase da liquidação, após, portanto, o trânsito em julgado, tema que será abordado em seguida.

O conceito de patrimônio no PL nº 4.850/2016 é amplo, baseado no critério econômico similar ao inserido na Lei nº 5/2002. O primeiro critério definidor do patrimônio diz respeito a todos os bens em domínio do condenado à época da instauração do procedimento criminal ou civil, em nada influenciando que os tenha alienado posteriormente. Guardada a diferença quanto ao elemento temporal de referência, a redação é semelhante a fraude à execução descrita no inciso III do art. 792 do Código de Processo Civil.

O segundo critério definidor também está no inciso I do parágrafo 1º do projetado artigo 91-A do Código Penal. É a hipótese em que o bem pertence formalmente a terceiro, mas é administrado ou usufruído pelo condenado que se comporta como se proprietário fosse. O parâmetro de análise é o mesmo utilizado na lei portuguesa, pois enquanto aqui o critério é o domínio ou o usufruto, em Portugal preferiu-se por adotar o “domínio” e o “benefício”. Também nesse segundo critério, o marco temporal adotado é o da instauração do procedimento criminal ou civil.

O terceiro critério incorpora os bens que foram transferidos gratuitamente ou com uma

³⁸⁸O patamar que levaria a aplicação do instituto é objeto de discussão que extrapola os limites da dissertação, mas o ordenamento brasileiro já aplica semelhante estrutura para o crime de sonegação fiscal, pois as condutas em que o tributo iludido não ultrapasse R\$ 10.000,00 são alcançadas pelo princípio da insignificância.

contraprestação irrisória a terceiro nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento. O PL nº 4.850/2016 não define o que deve ser considerado como contraprestação irrisória. À falta de um parâmetro equivalente, pode-se estabelecer, como tal, a alienação inferior a 50% do valor real do bem, em analogia à norma do parágrafo único do art. 891 do Código de Processo Civil.

O inciso três apresenta como quarto critério definidor do patrimônio os bens recebidos pelo condenado cinco anos antes da instauração do procedimento. Tanto o terceiro quanto o quarto critérios utilizam, como marco temporal do período depurador, a instauração do procedimento, sem definir se pode ser utilizado eventualmente o cível, como o fez nos dois primeiros critérios definidos no inciso I.

As situações descritas no §1º do art. 91-A são semelhantes às encontradas em Portugal. Viu-se que, no país lusitano, entende-se como patrimônio todos os bens no domínio do réu ao tempo em que foi considerado suspeito ou os bens transferidos ou ingressados em seu patrimônio nos cinco anos anteriores à data em que foi constituído como suspeito. O ponto de diferença é que o PL nº 4.850/2016 é mais rigoroso, ao considerar como marco temporal a data de instauração do procedimento de investigação, ainda que o condenado não tenha sido indicado como investigado. Essa data serve para a fixação do período depurador de cinco anos. Assim, enquanto o período quinquenal retroage com base na data da constituição do investigado como suspeito em Portugal, no Brasil, o período retroage à data de instauração do procedimento.

Como definido em Portugal, o projeto estabelece um período de cinco anos para a depuração patrimonial. Aqui, como lá, a escolha parece ter se apoiado na legislação tributária para definir o prazo de cinco anos, que é o mesmo para lançamento e cobrança do crédito tributário pelo Estado.³⁸⁹

Cumprir notar que o PL nº 4.850/2016 não repetiu a previsão da Lei nº 5/2002 de expressamente computar juros, lucros e outros benefícios derivados de cada bem. Porém, é lógico incluí-los na apuração dos bens, uma vez que eles incrementam o patrimônio originariamente ilícito. A interpretação é corroborada pelo §5º do art. 12 da Convenção de Palermo que determina o confisco da receita ou de outros benefícios obtidos com o produto do crime.

Seguindo a lacuna também observada em Portugal, o PL nº 4.850/2016 não adota um método fixo de avaliação ou de identificação patrimonial, nem sugere, ao intérprete, alguma

³⁸⁹Artigos 173 e 174 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional). Como registrado no item 2.2 acima, Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues observam que o prazo de cinco anos é o mesmo utilizado para guardar documentos fiscais. RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 242.

linha mais adequada de aferição. Faz-se relevante, mais uma vez, aporte doutrinário para auxiliar o desempenho de tal tarefa.³⁹⁰

Por fim, nota-se que o projeto de confisco alargado evitou a discussão sobre a necessidade de demonstração de carreira criminosa anterior. O texto em discussão no Congresso Nacional não incluiu a referência de presunção de que os bens advêm de carreira criminosa anterior, como existe em Portugal. A despeito da mesma lógica adotada para os dois institutos – a lógica de que o patrimônio incompatível com a renda deriva de atividade criminosa anterior –, a ausência de referência no texto deixa mais evidentes os critérios utilizados pelo legislador. De qualquer modo, a exclusão dos termos utilizados em Portugal não evita que a discussão da suposta presunção e da necessidade de demonstração de uma vida criminosa anterior venha a surgir também no Brasil, embora não mais como requisito para aplicação do instituto e sim como questionamentos de legalidade material da norma.

4.2.2 Natureza

Assim como o confisco clássico, o confisco alargado suscita intensa discussão a respeito de sua natureza jurídica. A apresentação dos argumentos contidos nos itens 2.3 e 3.3 acima e a estrutura do confisco alargado continuaram a afastar a natureza penal do instituto, levando ao reconhecimento de se trata de um instrumento não-penal ou civil. A correta identificação não é estéril e acarreta efeitos sobre o campo probatório e sobre a pertinência ou não da incidência dos princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência.³⁹¹

O campo penal de implementação da perda bens é pouco influente para determinar sua natureza jurídica. A observação já se fazia legítima em relação ao confisco clássico e é reforçada no confisco alargado, na medida em que o rito processual adotado no PL remete às regras da extinta execução por artigos, vigentes no Código de Processo Civil.

Não se identifica o confisco alargado com uma sanção penal, seja por não se elaborar qualquer juízo sobre a tipicidade da conduta ou da culpabilidade do condenado em relação ao período utilizado para acerto patrimonial, seja por significar simplesmente um retorno ao *status quo* anterior ou uma vedação ao enriquecimento ilícito. A única condenação tipicamente penal relacionada ao confisco alargado serve, tão somente, para deflagrar o procedimento patrimonial, na implementação do confisco em si.

³⁹⁰LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99; MARTINS, Tiago Misael de Jesus. **Investigação financeira**: coleta, análise e uso de dados. 2016. Obra no prelo.

³⁹¹Observações lançadas sobre o confisco clássico por Sérgio Fernando Moro, mas que se adequam ao instituto em análise. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

Por fim, a inferência ou presunção a uma atividade criminosa anterior podem, também, levar o intérprete a classificar o instituto como penal. Observe-se, contudo, que medidas semelhantes já existem no ordenamento brasileiro fora dos limites penais, a exemplo do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, que elenca como fato típico de improbidade administrativa a aquisição de bem “cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.”

Vê-se, portanto, que o instituto do confisco alargado previsto no PL brasileiro é civil, atraindo, em consequência, os efeitos próprios desse regime.

4.2.3 Regime processual do confisco alargado

A par das normas substantivas, cumpre analisar as normas processuais atribuídas ao instituto do confisco alargado.

Imputação Patrimonial

A imputação patrimonial, ou cumprimento do capítulo da sentença, deve apresentar os três requisitos exigidos no projeto –condenação pelo crime do catálogo, existência de patrimônio e desconformidade dele com a renda –, acompanhados da indicação dos bens que serviram de suporte à desconformidade e ao valor representativo do montante a descoberto. Segue a mesma estrutura adotada em Portugal.³⁹² Em acréscimo, o Ministério Público deve indicar a data de instauração do procedimento, a qual vai servir de referência para a contagem do período quinquenal.

Conforme exposto no item 2.4, a imputação patrimonial em Portugal é apresentada no mesmo momento processual da acusação. Já o PL inverte o rito previsto na perda alargada. O trânsito em julgado da condenação é o fato processual que vai deflagrar a fase de demonstração dos requisitos pelo Ministério Público. Vale dizer, então, que somente a partir da condenação definitiva é que o Ministério Público pode demonstrar a incompatibilidade do patrimônio e apresentar o pedido de confisco do valor a descoberto. Transcreve-se o trecho correspondente do projeto em foco:³⁹³

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

[...]

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual

³⁹²RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, n. 134, 2013, p. 241-242.

³⁹³BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei nº 4.850/2016: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

No PL, a estrutura prevista para o confisco alargado não segue o rito atual do confisco clássico e do confisco subsidiário, demonstrados no item 3.4.1, sem que qualquer justificativa relevante fosse apresentada para tal modificação. O único ponto indicativo da motivação que levou a semelhante estrutura é a redação proposta para o §3º do art. 91-A do Código Penal, quanto à referência ao “cumprimento do capítulo da sentença” e “nos termos da legislação processual civil”. Tal ponto leva à conclusão de que o instituto foi desenvolvido sob a ótica da execução de sentença prevista no art. 523 do Código de Processo Civil.

A exigência de comprovação dos requisitos para aplicação do instituto do confisco alargado – comprovação da incompatibilidade patrimonial e valor a descoberto – assemelha-se à liquidação disposta no art. 509, inciso II, do Código de Processo Civil. O Ministério Público apresenta o pedido de liquidação, e o réu é intimado a contestá-lo no prazo de 15 dias (art. 511 do Código de Processo Civil). Segue, então, nova fase instrutória e sentença, permitindo, em momento subsequente, a execução do julgado. Pela redação do projeto, remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil.”³⁹⁴

A inversão não fica a salvo de críticas. A principal delas é que a mudança provoca a alteração do atual rito do confisco, sem qualquer justificativa que aponte o benefício da alteração. Atualmente, o confisco é determinado na própria sentença, exigindo-se que a acusação relacione, ao menos, os bens que devem ser futuramente perdidos e a relação com o crime imputado. A estrutura em vigor estimula que a investigação patrimonial seja deflagrada no mesmo momento da investigação criminal, incentivo que desaparece com o novo instituto.

A inversão provoca a heterocronia entre a investigação a respeito da materialidade e da autoria e a investigação patrimonial. A escassez de recursos e de tempo levam a que as autoridades públicas concentrem sua atenção nos atos de preclusão mais imediata, a exemplo da reunião de elementos de materialidade e de autoria para oferecimento da denúncia. O modelo português definido na perda alargada antecipa o termo final da imputação patrimonial, retirando da autoridade pública a faculdade de iniciar a investigação patrimonial somente após a condenação. Essa circunstância reforça a importância do rastreamento do patrimônio.

A dissociação temporal vai de encontro ao que estipula o GAFI, que orientou os países-

³⁹⁴BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei ° 4.850/2016. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017. A indicação no projeto de “liquidação por artigos” refere-se ao Código de Processo Civil revogado, uma vez que o Código vigente modificou o modo de liquidação por artigos para liquidação pelo procedimento comum no art. 509, inciso II.

membros a permitirem “uma investigação financeira proativa aquando da perseguição do branqueamento de capitais, das infrações subjacentes associadas e do financiamento do terrorismo.”³⁹⁵ A referida recomendação é reforçada pela orientação oficial a respeito do tema:³⁹⁶

25. Para muitos dos produtos dos crimes, a lavagem de dinheiro é simplesmente o resultado da atividade criminosa. Após a obtenção do resultado do crime, ele ou ela normalmente pretende realizar algo com o produto do crime. A habilidade de seguir o caminho do dinheiro permite a reconstituição dos fatos e das circunstâncias num padrão lógico e sequencial, e simplifica a compreensão as movimentações individuais podem ser compreendidas conjuntamente. Investigações paralelas garante que as autoridades competentes revelem e identifiquem todos os participantes da empreitada criminosa. A investigação paralela permite a compreensão da hierarquia da organização criminosa, expondo os integrantes à acusação.

A simultaneidade entre a apuração do delito e a investigação patrimonial é reforçada por boas práticas existentes em outros países,³⁹⁷ pelo Roteiro de Atuação do Ministério Público Federal³⁹⁸ e pelo resultado de pesquisas empíricas. A título de exemplo, o estudo realizado no Reino Unido, em 2000, indica que 55% das constrições patrimoniais são realizadas antes da acusação e da condenação e, das 45% residuais, 31% são implementadas entre a acusação e a condenação. Demonstra-se, com isso, a prevalência da investigação patrimonial antes do início do processo criminal (gráfico 1).

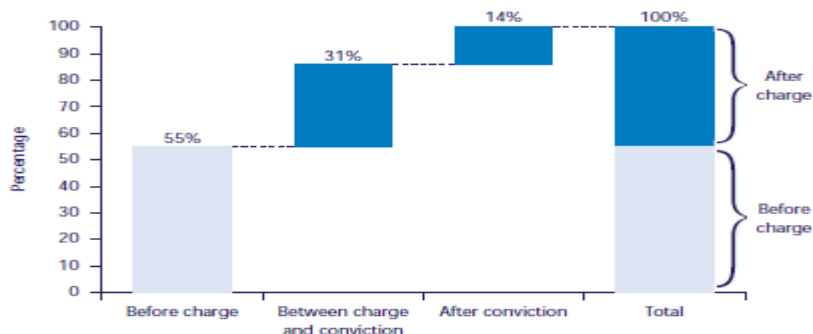


Gráfico 1: Investigação patrimonial

Fonte: United Kingdom, 2000³⁹⁹

³⁹⁵Recomendação n° 30. Disponível em: <www.fatf-gafi.org> Acesso em: 10 out 2017. Trad. livre de: [...] these designated law enforcement authorities should develop a pro-active parallel financial investigation when pursuing money laundering, associated predicated offences and terrorista financing.

³⁹⁶FATF. **Operational Issues Financial Investigations Guidance**. June, 2012, p. 10. Disponível em:<http://www.fatf-gafi.org> Acesso em: 10 ab 2017.24. *For many major proceeds-generating offences, money laundering is simply the by-product of criminal activity. After the criminal receives the proceeds of the crime, he/she usually wants to do something with these proceeds. The ability to follow the paper trail allows the full development of the facts and circumstances involved in the case to be shown in a logical and sequential pattern, and simplifies the understanding of how the financial pieces fits together. Parallel investigations ensure competente authorities uncover and identify all of the participants in a criminal enterprise. A parallel financial investigation provides insight into the hierarquy of criminal organisations, exposing them to possible prosecution.*

³⁹⁷Asian-Pacific Economic Cooperation. Handbook – Best Practices in Investigating and Prosecuting Corruption Using Financial Flow Tracking Techniques and Financial Intelligence. 2014, p. 23.

³⁹⁸“As provas colhidas no apuratório principal aproveitam ao inquérito financeiro, as ações adotadas naquele servem para atingir os objetivos deste, razão pela qual, na medida do possível, eles devem ser conduzidos conjuntamente”. BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro de Atuação: perseguição patrimonial e administração de bens**. Brasília, MPF, 2017, p. 47.

³⁹⁹UNITED KINGDOM. **Recovering the Proceeds of a Crime: a performance and inovation unit report**. June, 2000, p. 53.

A implementação da perda alargada como fase de cumprimento de sentença apresenta, ainda, a desvantagem de perpetuar a relação processual para etapa posterior ao trânsito em julgado da condenação, limitando a possibilidade de duração razoável da demanda criminal ou dos reflexos dessa demanda, valores elencados no art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal.

Obviamente, o mero deslocamento da apresentação da desconformidade patrimonial não impede o início da investigação patrimonial de modo concomitante à investigação criminal, mas favorece o papel secundário concebido atualmente a ela. Acrescente-se, ainda, que a necessidade de evitar a dissipação patrimonial no curso do processo estimula o uso de cautelares patrimoniais para garantir o resultado útil da futura execução da sentença. Tal circunstância potencializa o dano decorrente da perpetuação do processo.

Em relação às medidas cautelares, o PL nº 4.850/2016 prevê, no § 2º do art. 91-A, a utilização de medidas assecuratórias e o instrumento da alienação antecipada. A despeito de não haver previsão expressa, não se visualiza óbice ao uso do sequestro previsto nos artigos 125 a 135 do Código de Processo Penal. É necessário que o objeto da cautelar seja ajustado para que a medida recaia sobre qualquer bem do condenado, não apenas sobre o patrimônio ilícito, o que é regra no sequestro.

Vê-se, portanto, que o deslocamento da imputação patrimonial acarreta dificuldades para a implementação do confisco alargado em razão do distanciamento temporal com a investigação destinada a reunir elementos probatórios da materialidade e da autoria. Mostra-se mais adequada, nesse caso, a implementação da estrutura prevista para a perda alargada e atualmente vigente no Código de Processo Penal, permitindo que a acusação formule a imputação patrimonial quando do oferecimento da denúncia ou no prazo razoável para seu aditamento.

Defesa

O §4º do art. 91-A a ser inserido no Código Penal pelo projeto permite ao condenado afastar a imputação patrimonial, comprovando a existência de compatibilidade patrimonial, ou demonstrar a licitude da origem dos bens.

Embora o PL nº4.850/2016 não detalhe as hipóteses de versão defensiva, parece lógico, em relação à estrutura do instituto, que a suspeita não pode recair sobre o bem se o condenado demonstrar que estava em seu domínio fora do período quinquenal ou que o adquiriu com

recursos obtidos fora desse período. A despeito de o legislador brasileiro não seguir o mesmo detalhamento da Lei nº 5/2002 de Portugal, a finalidade do período quinquenal é evitar a imposição de um ônus demasiadamente pesado para o condenado, a ponto de ele ter que demonstrar em juízo a prova da propriedade além do prazo adotado pela legislação tributária.⁴⁰⁰ Apresentada a demonstração de bens ou de recursos fora do quinquênio legal, cabe à acusação comprovar que os bens ou os recursos também estavam contaminados pelo vício da ilicitude. Residualmente, a defesa pode impugnar o cálculo utilizado no cumprimento da sentença, afastando o valor atribuído a cada bem.

Por fim, um último ponto a respeito da defesa do condenado. Sem tecer argumentos mais precisos, Juarez Cirino dos Santos sustenta que o instituto inverte o ônus da prova em desfavor do condenado.⁴⁰¹

A crítica olvida a estrutura do confisco alargado. Compete ao Ministério Público demonstrar a existência de patrimônio sob domínio do condenado e demonstrar que os bens são incongruentes com a renda. A conjunção da condenação anterior por crimes do catálogo com a incongruência patrimonial constitui elemento probatório indireto para reconhecer a origem ilícita dos bens. A referida carga probatória foi considerada como suficiente no PL para permitir a implementação do confisco alargado com base na máxima de experiência de que tais crimes demandam uma carreira criminosa anterior, que nem sempre é passível de detecção no nível exigido para uma condenação penal.⁴⁰²

Tecnicamente, o ônus probatório no confisco alargado não foi invertido, pois cabe à acusação demonstrar a incongruência patrimonial. Somente na presença de elementos probatórios da variação patrimonial incompatível é que a defesa tem o ônus de demonstrar a origem lícita do bem, ou seja, a ausência de incongruência patrimonial. Trata-se de um ônus adequado, pois ninguém melhor do que o proprietário para justificar a origem do bem.

A estrutura lógica do confisco alargado não é desconhecida no ordenamento brasileiro. De todos os exemplos possíveis, o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 sintetiza o que vem a ser analisado. Baseando-se na máxima de experiência de que os valores depositados em determinada conta bancária representam créditos em favor do titular, a norma reconhece que configuram omissão de receita “os valores creditados em conta de depósito ou de investimento

⁴⁰⁰ RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 236.

⁴⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Reflexões sobre Confisco Alargado. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dez. 2015.

⁴⁰² RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. 225.

mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular [...] não comprove [...] a origem dos recursos utilizados nessas operações”. Cuida-se, portanto, de presunção relativa assumida para a imputação de conduta penal relevante, cuja legitimidade tem sido reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰³ Vê-se a mesma estrutura lógica também no campo da improbidade pois o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/1992 elenca como fato típico de improbidade administrativa a aquisição de bem “cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. Frise-se que nos dois exemplos acima a consequência da tipicidade da norma penal e da norma de improbidade é muito mais grave do que a repercussão patrimonial do confisco alargado.

Até mesmo no confisco clássico, a indicação do proveito é demonstrada por meio da incongruência patrimonial com a prática de crime apto a gerar a desconformidade, como foi demonstrado no item 3.4.1, o que foi ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça no confisco determinado na Operação Anaconda.⁴⁰⁴ Em todos os exemplos, a estrutura lógica é similar à apresentada no projeto de introdução do confisco alargado no país, sendo insubsistente, portanto, a crítica de inversão do ônus da prova.

Em relação a terceiros eventualmente atingidos pela ordem de confisco, o PL expressamente prevê, no §5º do art. 91-A do Código Penal, a possibilidade de o bem ser reivindicado, mas não especifica o rito nem o prazo para a respectiva manifestação.

A garantia de respeito ao patrimônio jurídico de terceiros envolve dois aspectos: primeiro, a descrição taxativa das hipóteses em que os bens poderão ser atingidos; segundo, o oferecimento de garantias, no ordenamento, de que o terceiro pode influenciar o juízo de cognição a respeito da perda de seus bens.

As hipóteses de alcance do patrimônio do terceiro são descritas nos incisos I e II do parágrafo primeiro do art. 91-A do Código Penal. A primeira hipótese trata da situação em que o terceiro é meramente o proprietário formal do bem, mas os atos de administração ou de gozo são realizados pelo condenado; a segunda envolve a transferência do bem “a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação”. Opera-se a presunção absoluta de que tais bens foram transferidos de modo fraudulento, no intuito de esconder o efetivo proprietário durante o período depurador de cinco anos antes da portaria de instauração do procedimento.

A garantia processual, por sua vez, permite a efetiva participação do terceiro no processo.

⁴⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 28305/GO. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 13 agos 2017.

⁴⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 827.940-SP. Rel. Min. Laurita Vaz. DJE 03/03/2008. Trecho do voto da Ministra à página 108. Disponível em : <www.stj.jus.br> Acesso em 9 out 2017.

Conforme demonstrado no item 2.4, o Código de Processo Penal português foi alterado em 30 de maio de 2017 para, expressamente, permitir a intervenção do terceiro na instrução probatória. A alteração do Código de Processo Penal seguia a orientação já fixada na União Europeia com a Diretiva 2014/14/UE. O art. 347 do Código de Processo Penal português prevê:⁴⁰⁵

Art. 347.º-Declarações do terceiro titular dos instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado.

1 – Ao terceiro ao qual pertençam instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado, é garantido o exercício do direito do contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juizes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis.

É correspondentemente aplicável o disposto nos n.º 2 e 4 do artigo 145.º e no n.º 3 do artigo 345.º.

O PL n.º 4.850/2016 não estipula um rito ou prazo próprios. O pressuposto lógico do dispositivo é o de que o terceiro intervenha, espontaneamente, para demonstrar o vínculo de propriedade dos bens, sem aludir à obrigação de intimação da decisão de constrição dos bens. A redação repete o tratamento concedido à impugnação de medidas cautelares patrimoniais no Código de Processo Penal, conforme demonstrado no item 3.7. O Código trata dos embargos de terceiro em três oportunidades, nos arts. 129 e 130, incisos I e II, e em nenhum deles trata do rito do processo incidente ou do dever de o juiz comunicar ao terceiro a constrição dos bens.

Nesse ponto, o dispositivo legal atende melhor a finalidade de garantir a oportunidade de participação do terceiro se fosse reconhecida, como obrigação do juízo, a intimação dele. A inversão da lógica do rito – em intimar o terceiro para intervir e não apenas aguardá-lo – não é novidade no Código de Processo Civil e segue o mesmo procedimento já adotado para os embargos de terceiro:⁴⁰⁶

Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transita em julgado a sentença e, no cumprimento da sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

A adoção do rito dos embargos de terceiro mostra-se mais adequada tanto em razão do tratamento lacônico do Código de Processo Civil oferecido ao exercício do contraditório em decisões com efeitos patrimoniais, como pela razoabilidade de seguir a escolha do PL n.º 4.850/2016 em procedimento civil de execução previsto nesse Código.

⁴⁰⁵ PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lisboa, 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

⁴⁰⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 29 set 2017.

A decisão no confisco alargado

A sentença condenatória por algum dos crimes previstos no catálogo permite que a acusação demonstre a presença dos requisitos do confisco alargado em sede de cumprimento de sentença. Como indicado acima, o juízo acerca da existência de patrimônio e de sua incompatibilidade com a renda é realizado após a sentença condenatória, em fase processual específica, e não na decisão penal que aprecia a autoria e a materialidade delitiva.

A justificativa do projeto explicita que a comprovação dos requisitos do confisco alargado deve ocorrer em sede de cumprimento de sentença, especificamente segundo as regras vigentes para a liquidação por artigos, prevista nos arts. 475-E a 475-H do Código de Processo Civil então vigente. A Lei 13.105/2015 instituiu um novo Código de Processo Civil, revogando o anterior e abolindo a referência à liquidação por artigos. Apesar da mudança, o procedimento continua similar ao adotado anteriormente,⁴⁰⁷ não influenciando, de modo significativo, a estrutura processual prevista no projeto de lei.

A liquidação possui natureza constitutiva,⁴⁰⁸ pois a decisão de mérito reconhece a existência de fato não alegado em processo anterior que pode influenciar a definição do valor buscado no cumprimento da decisão condenatória. Como no regime processual anterior, o atual Código de Processo Civil adota o rito do procedimento comum, com a peculiaridade de que o requerido deve ser intimado a manifestar-se em 15 dias. Apesar do procedimento civil, o § 3º do art. 91-A previsto no PL 4.850/2016 determina que o pedido seja apresentado no juízo criminal que proferiu a sentença condenatória.

A decisão final tomada em sede de liquidação constitui uma obrigação de pagamento e, somente após a inadimplência do condenado, surge a pretensão de alcançar seus bens. O PL nº 4.850/2016 não definiu o prazo de pagamento, aplicando-se, por coerência, o prazo de 15 dias estabelecido no art. 523 do Código de Processo Civil atualmente vigente.

A natureza da decisão que resolve o cumprimento da sentença demonstra a importância de se estudar o *standard* probatório que aprecia o pedido de confisco alargado. A adoção de critérios legais para decisões judiciais não é a regra nos países de tradição *civil law*. Indo além do mero cotejo entre o sistema de provas tarifadas e o princípio do livre convencimento motivado, identifica-se a necessidade de previsão de critérios objetivos de valoração da prova. A esse campo de estudo, atribui-se a qualificação de critérios de decisão, *standards* ou modelos

⁴⁰⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1352.

⁴⁰⁸NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1349.

de constatação, que representam nada mais que “pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio”, nas palavras de Danilo Knjnik.⁴⁰⁹

Há diversos critérios legais estudados na doutrina,⁴¹⁰ mas três deles merecem ser destacados em razão do uso mais corrente no país: os *standards* da preponderância de evidências, de uma prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável.

Como destacado no item 3.4.4, a prova além da dúvida razoável é exigida nos processos de natureza penal; no campo cível, a preponderância de provas representa o critério para processos essencialmente patrimoniais. Reserva-se o critério de prova clara e convincente apenas para demandas nas quais estejam em discussão valores especiais, mas que não chegam a alcançar a esfera penal.⁴¹¹ Obviamente, tais critérios não eliminam a subjetividade inerente a qualquer ato de cognição, embora permitam que o intérprete reconheça um nível de exigência probatória suficiente à pretensão posta em juízo, como esclarece Danilo Knjnik:⁴¹²

Os modelos de constatação não são, como acertadamente observa Strache, regras configuradas conceitualmente, às quais se possa efetuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas móveis, que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’, e que têm que ser permanentemente concretizadas em sua aplicação no caso.

Embora o ordenamento nacional não se refira, expressamente, a nenhum deles, não é raro encontrar na jurisprudência⁴¹³ referência aos citados parâmetros. À guisa de exemplo, o parâmetro da prova além da dúvida razoável foi utilizado nos votos dos Ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Gilmar Mendes no julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal.⁴¹⁴

Conforme demonstrado no capítulo três, o Código de Processo Penal não elegeu um critério de decisão para a perda de bens. O PL nº 4.850/2016 não rompe formalmente com essa tradição, mas confere elementos mais seguros à afirmativa de que a decisão de confisco é de natureza cível e, por isso, deve orientar-se pelas regras probatórias vigentes no campo processual civil.

A constatação decorre da remessa do confisco para o rito da fase de liquidação por

⁴⁰⁹KNJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributários**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 18.

⁴¹⁰Além da prova além da dúvida razoável e da preponderância de evidências, Danilo Knjnik cita as *special rules*, a mínima atividade probatória, o modelo das dúvidas positivo-concretas, a doutrina do absurdo e da arbitrariedade, a congruência narrativa, o *défaut de motifs*, os modelos matemático-probabilísticos. Os *Standards* do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, 2001, p. 15-51.

⁴¹¹GARNER, Bryan A. *Black’s law dictionary*. 9th ed. Saint Paul: West Group, 2014. p. 1.457.

⁴¹²KNJNIK, Danilo. Os *Standards* do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. 2001, p. 45-46.

⁴¹³Encontram-se citações no Tribunais Regionais Federais da 5ª (BRASIL. TRF5. ACR 14109. Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto. J. em 7/3/2017) e da 3ª (BRASIL. TRF3. ACR 67511. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. J. em 6/9/2016 Regiões).

⁴¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

artigos, como se pode notar na proposta de redação do art. 91-Ado Código Penal:

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

[...]

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.⁴¹⁵

A interpretação é corroborada pela justificativa do PL 4.850/2016:⁴¹⁶

Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil.

Percebe-se que o juízo a respeito da inconformidade patrimonial é exercido sob as normas do Código de Processo Civil, sendo lógico inferir que o PL em foco embute o critério probatório cível na decisão proferida em sede de liquidação. A mudança é importante e sinaliza um avanço em relação ao quadro de omissão do Código de Processo Penal. De todo modo, adotado o critério probatório cível, cumpre aferir o padrão probatório adequado para o juízo de cognição.

O capítulo da sentença relativo ao confisco trata exclusivamente de efeitos patrimoniais da conduta, não se discutindo a culpabilidade do condenado ou a imposição de qualquer sanção penal típica. Dessa forma, o critério da preponderância de provas surge como opção adequada ao novo instituto. Tiago Cintra Essado também sustenta que o parâmetro de decisão deve ser cível e não penal, mostrando-se salutar a adoção expressa do critério da preponderância de evidências:⁴¹⁷

Conforme já mencionado, a natureza do procedimento probatório projetado para a *perda alargada* é unicamente patrimonial. Não será possível qualquer discussão de aspectos de culpabilidade e nem mesmo o uso posterior, por exemplo, em sede

⁴¹⁵BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei ° 4.850/2016. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

⁴¹⁶BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei ° 4.850/2016**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

⁴¹⁷ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 278. O posicionamento é compartilhado por Solon Cícero Linhares. LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169 e Cláudio Macedo Souza e Luiz Eduardo Dias Cardoso. SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, 2016, p. 251.

recursal, de elementos probatórios obtidos nesse procedimento em prejuízo do imputado.

[...]

Após a condenação penal e para a hipótese do advento do procedimento patrimonial, o bem jurídico em jogo será unicamente a propriedade.

[...]

O critério da dúvida razoável previsto para o juízo de culpabilidade não serve para o juízo da perda de bens. Também não é o caso de se adotar o critério intermediário, próprio para processos civis distintos dos tradicionais, como o que discute possível prática de improbidade administrativa, da prova clara e convincente. Por coerência sistêmica, o critério entendido como adequado para a *perda alargada* é o da preponderância de provas.

Portanto, reconhecendo a evolução do PL nº 4.850/2016, ao atrair, expressamente, o Código de Processo Civil para a decisão de confisco, observa-se que a referência ao critério de preponderância das evidências se adequa melhor à natureza do instituto, atendendo, ainda, às boas práticas internacionais que recomendam a redução da exigência do *standard* probatório.⁴¹⁸

4.3 LACUNAS

Apesar do minudente tratamento concebido ao confisco alargado, a proposta legislativa deixou de tratar de temas relevantes ao instituto da recuperação de ativos ou que afetam sensivelmente direitos individuais. Esses temas merecem a atenção do legislador.

4.3.1 Aplicação retroativa do confisco alargado

A introdução do confisco alargado no ordenamento jurídico estimula a indagação a respeito da eficácia do instituto para alcançar a incongruência ocorrida antes da vigência da norma. Cumpre responder, nesse sentido, à seguinte questão: a norma que introduz o confisco alargado alcança a incongruência patrimonial originada antes da entrada em vigor do novo instituto?

Em Portugal, Jorge Godinho sustenta que eventual confisco não poderia retroagir à data em que a Lei nº 5/2002 entrou em vigor. Segundo ele, a perda determinada em janeiro de 2004 permitiria a avaliação do patrimônio até 2002 – apenas dois anos e não cinco – e, progressivamente, a norma entraria em vigor. João Conde Correia compartilha desse posicionamento, ao defender que “[s]ó é admissível o confisco do produto de crimes cometidos depois da entrada em vigor da respetiva norma.”⁴¹⁹ Em ao menos um julgamento, a perda foi limitada à data de vigência da nova legislação.⁴²⁰

⁴¹⁸STEPHENSON, Kevin, *et al.* **Barriers do Asset Recovery**: an analysis of the key barriers and recommendation for action. Stolen Asset Recovery Initiative, 2011, p. 7.

⁴¹⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, posição 844, versão *kindle*.

⁴²⁰ Apesar de reconhecer a limitação da irretroatividade da Lei nº 5/2002, a sentença acabou por condenar o réu pelo valor total indicado pelo Ministério Público, o que levou o Tribunal da Relação do Porto a retificar o valor do confisco.

No Brasil, a resposta à pergunta poderia ser auxiliada pela reação à introdução do confisco subsidiário em 2012, com a Lei nº 12.694. Como demonstrado no item 3.2.1, o tema não recebeu a atenção da doutrina nem da jurisprudência. O único tratamento dado ao tema pontua que a solução passa por identificar o instituto como norma de direito material ou norma processual e que a identificação pela primeira natureza leva à irretroatividade do instituto.⁴²¹

A questão, por certo, com toda a sua complexidade, não cabe em apenas algumas linhas, mas, sem pretender esgotar o tema, o melhor tratamento para o tema é a possibilidade de aplicação do confisco alargado a qualquer incongruência patrimonial, mesmo aquela exibida antes da vigência da nova legislação.

O posicionamento está de acordo com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório do instituto, motivo pelo qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade da norma penal, extraída do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal de 1988. Ademais, a origem ilícita do patrimônio não atrai a proteção jurídica oferecida pelo direito à propriedade, sob pena de se ir de encontro à vedação do enriquecimento ilícito e à busca do sistema normativo em desestimular a atratividade de crimes econômicos. Assim, a lacuna sobre o importante tema deve ser suprida para reforçar a eficácia do instituto em situações de incongruências patrimoniais, geradas antes da vigência da norma.

4.3.2 Investigação patrimonial

Ao lado da criação de um novo instituto de confisco, cumpriria, ao legislador, a inserção de normas próprias à investigação patrimonial e o fortalecimento de um ou mais órgãos para o exercício dessa função.⁴²²

A indicação de que a investigação patrimonial ainda é escassa, como demonstrada no capítulo três, é corroborada por estudo realizado em 2010, envolvendo juízes com competência criminal de cinco Tribunais Regionais Federais. Perguntados sobre a quantidade de sentenças condenatórias em que o dano causado pelo crime foi reconhecido e em quantas medidas cautelares de hipoteca e de arresto foram aplicadas, o resultado apontou que 96% dos juízes reconheceram não adotar nenhuma garantia processual para o ressarcimento. Quando a pergunta foi direcionada ao uso do sequestro, 94% dos juízes afirmaram não aplicar medida cautelar na sentença. A pesquisa demonstrou a ausência de manejo de cautelares patrimoniais no processo penal, o que é elemento indicativo da ausência de investigação patrimonial ao longo

⁴²¹BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília: MPF, 2017, p. 27.

⁴²²A investigação financeira é destinada a realizar o rastreamento de ativos para buscar elementos de materialidade e de autoria. Como espécie da investigação financeira, a investigação patrimonial é o método de investigação utilizado para o rastreamento de ativos com a finalidade principal de recuperá-los. O conceito foi explorado no item 2.6.

da investigação criminal.⁴²³

Nessa mesma linha, o estudo de diagnóstico realizado pelo Projeto Bidal⁴²⁴ apontou a carência de manuais ou de protocolos que sirvam à disseminação de técnicas de investigação patrimonial ou mesmo cursos de formação para membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.⁴²⁵

É importante mencionar que no Brasil somente existe um protocolo sobre o desenvolvimento da investigação patrimonial – o documento está aparado pelo segredo profissional dos procuradores adstritos ao Ministério da Fazenda e se chama “Manual de Procedimentos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para Localização de Bens e Devedores”.

[...]

Além da investigação realizada, foi possível determinar que não existe suficiente capacitação para os juízes, promotores e investigadores em temas de investigação patrimonial. Da análise de algumas entrevistas vemos que, ao não existir um modelo uniforme ou protocolo específico para o desenvolvimento de uma investigação patrimonial, nem tampouco um ente investigador que pautasse orientações normativas, o resultado prático deste tipo de investigação é multifacetado e as respostas a esta pergunta mudam muito dependendo da experiência, responsabilidades e instituição onde os trabalhos sejam realizados.

No cenário brasileiro, são poucas as publicações institucionais que tangenciam o tema, a exemplo do Manual de Bens Apreendidos,⁴²⁶ publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, que visa indicar aos magistrados alternativas de tratamento para cada tipo de bem apreendido.

Em 2017, duas iniciativas apresentaram contribuição de relevo para a matéria. A primeira foi o Roteiro de Persecução Patrimonial e Administração de Bens,⁴²⁷ que trata de temas como os efeitos econômicos do crime, a investigação patrimonial, a blindagem patrimonial, a tutela cautelar, o perdimento de bens no juízo cível e a administração de bens apreendidos. Foi a abordagem pedagógica mais incisiva do Ministério Público Federal para deslocamento da atenção dos órgãos de persecução para os efeitos patrimoniais do crime.

A segunda iniciativa de relevo foi o reconhecimento da persecução patrimonial no procedimento investigatório criminal. O Conselho Nacional do Ministério publicou a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, na qual reconhece a persecução patrimonial como

⁴²³AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.) **Medidas assecuratórias no processo penal**. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília: FGV Rio, 2010, p. 31.

⁴²⁴ Conforme explicado no capítulo três, o Projeto Bidal é uma iniciativa da Organização dos Estados Americanos. O diagnóstico do padrão de investigação no Brasil foi estimulado como uma das metas da Encla.

⁴²⁵OEA. Organização dos Estados Americanos. **Projeto BIDAS Brasil**. Documento de Resultados do Diagnóstico Situacional Relacionado à Investigação Patrimonial, Administração e Destino de Bens Apreendidos e Confiscados. 2015, p. 21. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br> > Acesso em: 9 agos 2017.

⁴²⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de bens apreendidos**. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br> Acesso em 4 out 2017.

⁴²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. **Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens**. Brasília: MPF, 2017. Na área internacional, o Centro Internacional para Recuperação de Ativos visa, apenas, estudar e promover cursos sobre o tema. Disponível em: <<https://www.baselgo.vernance.org>> Acesso em: 9 agos 2017.

uma medida voltada “à localização de qualquer benefício derivado ou obtido, direta ou indiretamente, da infração penal, ou de bens ou valores lícitos equivalentes”, além de prever a rotina de autuação do procedimento.⁴²⁸

Registre-se que a dependência entre a eficiência da aplicação do instituto do confisco e a cultura de investigação patrimonial não deve ser menosprezada. Em Portugal, apesar da vigência da Lei nº 5 em 2002, identifica-se um grande hiato entre a introdução da perda alargada e seu efetivo uso. A constatação é resultado da avaliação de João Conde Correia:⁴²⁹

Porventura por causa deste clamor doutrinal, devido às rotinas instaladas, à aversão pelas novidades e até à sua própria excentricidade técnica, a solução parece ter ficado então esquecida, de tal forma que durante os seus primeiros anos de vida muito poucos ousaram promover e aplicar o mecanismo. Contrariando as elevadas expectativas do legislador, a perda alargada tornou-se numa mera curiosidade jurídica sem qualquer aplicação consistente. Não havia verdadeira investigação patrimonial e financeira, as liquidações eram muito pouco frequentes, as condenações uma verdadeira raridade jurídica.

O referido autor é acompanhado por Hélio Rigor Rodrigues, para quem as causas da lenta implementação da perda alargada estão no modelo de processo penal voltado para a autoria e a materialidade dos crimes imputados e os poucos recursos destinados à recuperação de ativos.⁴³⁰

O tratamento legislativo da investigação patrimonial serviria também para esclarecer os limites probatórios da investigação patrimonial. No posicionamento assumido neste trabalho, o confisco alargado tem natureza civil em razão da ausência de repercussão das consequências típicas do Direito Penal e por representar, meramente, a devolução de bem ilicitamente apropriado pelo particular.

A natureza civil do instituto interfere nos limites probatórios da investigação patrimonial uma vez que não se pode usar meios probatórios reservados, exclusivamente, à investigação criminal típica. É o caso da interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas, diligência destinada, apenas, à investigação criminal ou à instrução processual penal, conforme redação do art. 5º, incisos XI da Constituição Federal.

O tema foi abordado de modo secundário na justificativa do PL nº 4.850/2016, ao estabelecer que a identificação do patrimônio incompatível deve ser realizada “segundo as

⁴²⁸BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do CNMP, caderno processual, edição de 8/9/2017.

⁴²⁹CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, versão *kindle*, p. 208.

⁴³⁰RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013^o, nº 1, p. 63. Em outro artigo, os dois autores ressaltam que o ponto principal para a implementação da perda alargada “não é necessária mudar a lei é urgente mudar a cultura jurídica”. CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, Proferido no Processo 218/11.0GACBC.G1. **Revista Julgar**. 2017, versão *on line*, p. 7.

informações públicas disponíveis”.⁴³¹ A natureza civil do confisco defendida nesta dissertação leva, por consequência, aos limites típicos das provas cíveis. A vedação recai, apenas, sobre a investigação patrimonial pura, ou seja, aquela em que se busca só a identificação do patrimônio do réu, sem relação com a reunião de elementos probatórios destinados à verificação da materialidade e da autoria. A investigação financeira conduzida para a identificação de elementos de materialidade do crime de lavagem de ativos pode, naturalmente, carrear elementos aptos à identificação do patrimônio real ou de sua renda lícita. Assim, admite-se a adoção de tais diligências em investigação financeira, gênero que abrange como espécie a investigação patrimonial.

Do mesmo modo, a limitação cível não impede a utilização das provas obtidas na investigação após o compartilhamento autorizado judicialmente. A natureza civil não inibe a adoção de meios probatórios colocados sob reserva de jurisdição, mas que não estão restritos à investigação penal, como o acesso a dados bancários e telemáticos já armazenados.⁴³²

No que toca ao desempenho da investigação patrimonial, verifica-se, na União Europeia, o estímulo à criação de um órgão específico para a realização de tal função. A Decisão-Quadro 2007/845 do Conselho da União Europeia exortou todos os países do bloco a criarem ou designarem “um gabinete nacional de recuperação de bens, para efeitos de facilitar a detecção e identificação dos produtos e outros bens”. O exemplo de Portugal reforça essa indicação. O país instituiu um órgão próprio para a função de investigação patrimonial, o que é apontado como fator que influenciou a promoção da recente mudança de cultura institucional dentro do ordenamento português,⁴³³ ao lado da elevação da recuperação de ativos como prioridade de política criminal.⁴³⁴

No Brasil, o órgão que mais se aproxima do desempenho da investigação patrimonial é o Laboratório de Tecnologia contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Lab-LD), integrado à Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab), instituída pela Portaria nº 242 de

⁴³¹BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei nº 4.850/2016**. 2016, p. 77. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 jun 2017.

⁴³²A proteção constitucional do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal alcança apenas a comunicação de dados. Os dados já armazenados podem ser acessados para outros fins que não sejam para investigação criminal, a exemplo de apuração conduzida por Comissão Parlamentar de Inquérito ou de inquérito civil público para apurar ato de improbidade administrativa.

⁴³³“A criação de um Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e de um Gabinete de Administração de Bens (GAB) introduzido na sequência da Lei nº 45/2011, de 24 de junho, deu um importante contributo para o efeito, permitindo a realização das (por vezes) complexas investigações patrimoniais e financeiras indispensáveis à identificação, à liquidação e ao arresto do património incongruente (...)”. RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, s/d, p. p. 209.

⁴³⁴As prioridades da política criminal são definidas bienalmente por ato legislativo. A referência à recuperação de ativos está no art. 12 da Lei nº 72/2015: Art. 12º. Recuperação de ativos. É prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos, nos termos previstos na Lei nº 45/2011, de 24 de junho, alterada pela Lei nº 60/2013, de 23 de agosto.

29/9/2014 do Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e subordinada ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

A despeito de não apresentar dentre seus objetivos institucionais expressos a realização de investigação patrimonial, Ricardo Andrade Saadi, diretor do DRCI de 2010 a 2017, destaca que “os laboratórios são ferramentas que permitem encontrar os ativos de origem ilícita, por meio da investigação patrimonial.”⁴³⁵ Em verdade, a Rede-Lab tem potencial para realizar a investigação patrimonial, assim como o Ministério Público e a Polícia na presidência dos respectivos procedimentos. Porém, nenhum desses órgãos possui estrutura similar a que é reservada à investigação patrimonial em outros países, como em Portugal. Esse quadro foi reconhecido no diagnóstico do Projeto Bidal sobre o Brasil.⁴³⁶

Foge ao escopo deste estudo delimitar o alcance ou as funções dos órgãos responsáveis que poderiam conduzir a investigação patrimonial. Nota-se, contudo, que não basta a implantação de uma nova espécie de perda de bens, sem que a investigação patrimonial seja devidamente reforçada, tanto pelo desenvolvimento de normas próprias do instituto, quanto pela criação ou especialização de órgão exclusivamente destinado a executar tal função. Do uso escasso da investigação patrimonial no Brasil e do exemplo de órgãos especializados no Direito Comparado infere-se a necessidade de, ao menos, um estudo de eficiência do atual modelo, bem como a elaboração de algum projeto que preveja a correção de falhas na divisão de atribuição dos órgãos responsáveis pela investigação criminal. Ao lado disso, mostra-se adequada a inserção de medidas que promovam o desenvolvimento de uma cultura de investigação dentro da consolidada rotina da investigação criminal.

4.3.3 Distribuição dos recursos recuperados e monitoramento

O êxito na recuperação de ativos atrai a atenção para três outras questões centrais identificadas na distribuição de recursos entre os órgãos estatais que participaram da investigação, na preferência da indenização às vítimas e no monitoramento da aplicação do confisco alargado. Nenhuma dessas questões foi tratada no PL nº 4.850/2016.

A Convenção de Mérida disciplina o pagamento de indenização às vítimas com os valores recuperados. Após tratar da hipótese de malversação ou de peculato de fundos públicos, o art. 57 da Convenção prevê que o pagamento de indenização tem prioridade tanto quanto a

⁴³⁵SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. **Os Valores da Corrupção**: administração de bens apreendidos. Revista Direito GV, maio-ago 2017, v. 13, nº 2, p. 500.

⁴³⁶ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Projeto BIDAL Brasil**. Documento de Resultados do Diagnóstico Situacional Relacionado à Investigação Patrimonial, Administração e Destino de Bens Apreendidos e Confiscados. 2015, p. 18. Estudo apresentado no capítulo três.

restituição dos recursos ao Estado requerente, em caso de cooperação internacional, e a devolução de bens apreendidos aos legítimos proprietários. De modo similar, a Convenção de Palermo estipula que o produto do crime ou os bens confiscados devem ser restituídos ao Estado requerente “para que este último possa indenizar as vítimas da infração ou restituir este produto do crime ou estes bens aos seus legítimos proprietários.”⁴³⁷

O tratamento singular concedido às vítimas indica a preferência da destinação dos recursos recuperados, posicionamento que encontra suporte na doutrina portuguesa.⁴³⁸ Em razão da adesão do Brasil aos referidos tratados, a solução também segue aponta para a mesma direção. Além das Convenções, o art. 91, II, b do Código Penal estabelece a perda do produto do crime em favor da União, “ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”. Essa norma é reforçada pelo art. 24 da Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção:⁴³⁹

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

As normas são interpretadas nessa direção pela jurisprudência. No âmbito da Operação Lava-Jato, o Ministro Teori Zavascki indeferiu o pedido do procurador-geral da República quanto a destinar a 20% do montante devolvido por Paulo Roberto Costa aos órgãos participantes da investigação, sob o fundamento de que a principal lesada, a Petróleo Brasileiro S.A., detinha prioridade na destinação do dinheiro. Destacou o Ministro do Supremo Tribunal Federal:⁴⁴⁰

O art. 91, II, b, do Código Penal estabelece, como um dos efeitos da condenação “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. É certo que, como a Petrobras é o sujeito passivo dos crimes em tese perpetrados por Paulo Roberto Costa e pela suposta organização criminosa que integrava, o produto do crime repatriado deve ser direcionado à Sociedade de Economia Mista lesada, para a restituição dos prejuízos sofridos, uma vez que o dispositivo legal invocado (art. 91, II, b, do Código Penal), ao tratar da perda do produto do crime para a União, ressalva expressamente o direito do lesado.

Além de servirem como meio de garantia de indenização às vítimas, os recursos são utilizados como fonte de custeio dos órgãos de investigação. Em Portugal, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever, expressamente, que a distribuição do produto da venda realizada pelo Gabinete de Administração de Bens Fundo de Modernização da Justiça, ao IGFEJ, I.P. e à Comissão de Proteção à Vítimas. Residualmente, as demais receitas decorrentes

⁴³⁷Convenção de Palermo, art. 14, parágrafo 2.

⁴³⁸CORREIA, João Conde. Recuperação de activos nos crimes contra economia popular. **Revista do Ministério Público**, n. 146, 2016, p. 57.

⁴³⁹BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 9 ago 2017.

⁴⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.210/DF**. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 9 out 2017.

da administração são destinadas totalmente ao GAB.

No Brasil, a despeito da ausência de previsão da distribuição de recursos no PL 4.850/2016, o art. 7º, § 1º, Lei nº 9.613/1998 determina que a União e os estados regulamentem a destinação dos recursos recuperados, assegurada a utilização para ações de prevenção, repressão e julgamento dos crimes que trata a lei.

No âmbito da Operação Lava Jato, a norma serviu de referência para a homologação de acordo de leniência firmado com a Odebrecht S.A. O acordo previa a destinação de 2,5% do montante recuperado aos órgãos públicos responsáveis pela repressão de crimes de lavagem de dinheiro. A decisão de homologação ratificou a escolha:⁴⁴¹

Não se vislumbra óbice para o direcionamento de percentual menor dos valores para os fins do art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998, já que, além da expressa previsão legal, o numerário é destinado a investimentos em entidades públicas encarregadas da prevenção e lavagem de dinheiro, atendendo, portanto, ao interesse público de se alcançar maior eficácia nessa atividade, e não é utilizado para proveitos ou recompensas pessoais de agentes públicos específicos. Isso é especialmente importante já que os investimentos em segurança estão usualmente sujeitos a contingenciamentos orçamentários, e isso, supreendentemente, mesmo quando os resultados dos trabalhos, inclusive para recuperação de ativos criminosos, têm sido expressivos.

A derradeira questão trata de monitorar o funcionamento do confisco alargado. O controle serve basicamente a duas finalidades: analisar a eficiência do instituto e evitar o comportamento rentista pelos órgãos públicos envolvidos na atividade de recuperação de ativos.

Como analisado no capítulo três, a análise de eficiência levou à reestruturação da agência de recuperação de ativos na Inglaterra e à incorporação de suas funções por outro ente já existente. O comportamento rentista ou *rent seeking*⁴⁴², por sua vez, representa a concentração dos órgãos de investigação, apenas, em casos criminais que sejam economicamente atrativos ou, pior, de violação de direitos e de garantias individuais, com vistas a incrementar o resultado financeiro do órgão.⁴⁴³ Em Portugal, o monitoramento é realizado por relatório emitido pela GRA e pelo GAB e, quinquenalmente, a atividade dos órgãos administrativos é avaliada.⁴⁴⁴

No Brasil, a necessidade de avaliação de medidas legislativas não tem previsão expressa, e tampouco foi tratado no PL nº 4.850/2016. O ato normativo que mais se aproxima em exigir

⁴⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos nº 5020175-34.2017.4.04.7000/PR. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em 9 out 2017.

⁴⁴²KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, 1974, v. 64, n. 3, p. 291-303.

⁴⁴³Como apontado no capítulo dois, em relação ao confisco, a crítica é apresentada de modo contundente no estudo de Leonard W. Levy: *A License to Steal: the forfeiture of property*. United States of America: University of North Carolina Press, 1996.

⁴⁴⁴ Art. 22. Transparência e monitorização. 1 – Os gabinetes previstos na presente lei elaboram, conjuntamente, até 31 de março do ano seguinte, um relatório relativo ao seu exercício anterior, em termos a definir por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça. 2 – O relatório referido no número anterior é entregue ao Ministério da Justiça. 3 – No prazo de cinco anos, a atividade dos gabinetes criados pela presente lei é sujeita a avaliação (PORTUGAL. Lei nº 45/2011. Disponível no link <www.pdgisboa.pt> Acesso em 13 agosto de 2017).

semelhante controle é o Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração de projetos de atos normativos dos órgãos do Poder Executivo.⁴⁴⁵ Em linha com o referido decreto, a aplicação do instituto deveria ser avaliada periodicamente em razão do impacto em direitos individuais. O referido decreto não apresenta, contudo, detalhamento suficiente para efetiva análise do instituto, notadamente em razão da ausência de previsão de periodicidade e da necessidade de prever as atribuições de todos os órgãos envolvidos.

Vê-se, assim, que a despeito da ausência de referência no PL 4.850/2016, a distribuição dos recursos confiscados aos órgãos de investigação e a observância da preferência de atendimento às vítimas podem ser feitas por analogia às normas vigentes no ordenamento. A mesma solução não pode ser utilizada para monitoramento do novo instituto, em razão da necessidade de se detalharem responsabilidades e prazos para o desempenho de tal obrigação, mostrando-se conveniente o tratamento do tema no PL 4.850/2016.

⁴⁴⁵O Decreto é citado na doutrina como exemplo de influência da AED no Brasil. TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205, 2015. Disponível em <www2.senado.gov.br> Acesso em: 16 maio 2017).

CONCLUSÃO

A presente dissertação analisou a proposta legislativa de confisco alargado inserida no Projeto de Lei nº 4.850/2016 na perspectiva do Direito Comparado, especificamente à luz do instituto similar existente em Portugal.

Num primeiro momento, conceituou-se confisco alargado e demonstrou-se a evolução do instituto até sua consolidação na Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. Demonstrou-se que o instituto surgiu no contexto de expansão da tutela penal de direitos difusos e, em especial, da repressão à criminalidade econômica. O uso da AED auxiliou a identificação de incentivos para a adoção do instituto em razão do efeito dissuasório e da potencialidade de carrear recursos para a atividade de persecução.

Em seguida, analisou-se o instituto congênere existente em Portugal. A dissertação estudou os requisitos da perda alargada, seguindo para demonstrar a inclinação da natureza cível do instituto pela doutrina, no que é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal que reconheceu a constitucionalidade do instituto com argumentos que o aproximam da natureza cível. Evoluiu-se então ao peculiar regime processual da perda alargada, permitindo ao final estudar a estrutura do GRA e do GAB, além da distribuição de recursos e o monitoramento para controle do instituto.

Seguiu-se à discussão da perda de bens no ordenamento brasileiro no capítulo seguinte. Diferenciou-se o confisco da pena de confisco, permitindo-se avançar para o estudo do confisco clássico e do confisco subsidiário. Demonstrou-se a discussão existente no Brasil a respeito da natureza jurídica do instituto, assumindo a dissertação o posicionamento pela sua natureza civil. Sob a ótica processual, foi defendida a necessidade de uma imputação clara e objetiva a respeito da perda de bens, sendo ainda apresentado o rito das medidas cautelares dispostas em nosso ordenamento para garantir o resultado útil da decisão de perda de bens, o sequestro, o sequestro subsidiário, o sequestro previsto no Decreto-lei nº 3.240/1941 e a busca e apreensão. Passou-se em seguida à análise da defesa do acusado e do terceiro que eventualmente venha a ser atingido pela decisão de perda de bens. A sentença condenatória atraiu um item específico para tratar da adequada compreensão do efeito automático da sentença penal condenatória e da aproximação da decisão de perda com o *standard* probatório cível. As críticas apresentadas à estrutura do processo penal patrimonial foram abordadas no último item do capítulo, o que permitiu seguir ao capítulo seguinte para estudar a proposta de confisco alargado.

Os aportes dos capítulos anteriores permitiram alcançar a resposta ao problema de pesquisa: a abordagem do confisco alargado no PL nº 4.850/2016 incorpora com êxito o

correspondente modelo português? O PL nº 4.850/2016 exhibe semelhanças com o instituto da perda alargada vigente em Portugal, mas deixa de abordar temas importantes que podem comprometer a eficácia do instituto.

De modo semelhante a Portugal, o PL nº 4.850/2016 incorpora a possibilidade de confisco do patrimônio incongruente, com base em elementos probatórios extraídos da condenação a um crime anterior. O projeto utiliza um conceito econômico de patrimônio para a identificação dos bens que servirão para a análise da incongruência patrimonial. O período quinquenal é previsto como critério temporal para o período depurador do patrimônio e inclui, nas próprias regras do instituto, argumentos que podem ser utilizados pela defesa. O ponto de distinção reside no marco inicial para a contagem do período quinquenal: enquanto que em Portugal os cinco anos são contados a partir da constituição formal do futuro réu como suspeito, no Brasil, o período depurador adota a data da instauração do procedimento como referência.

O Projeto replica lacunas que poderiam levar ao aperfeiçoamento do instituto caso fossem preenchidas, como a possibilidade de abertura do confisco alargado para crimes lucrativos que não foram previstos no catálogo, o detalhamento do modo e critérios de liquidação e a modulação da possível retroatividade do instituto.

O PL nº 4.850/2016 se diferencia do instituto português ao inverter o rito do confisco alargado, transferindo o reconhecimento do instituto para a fase de cumprimento de sentença, momento em que a acusação deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos para sua aplicação. Registra-se que a previsão do rito civil tornou mais evidente a natureza civil do instituto do confisco alargado. O PL nº 4.850/2016 propõe ainda a aplicação do instituto a crimes que, em regra, não detêm a qualificação necessária para atrair um instrumento com repercussões tão graves, como ocorre com a previsão do estelionato.

Afastando-se ainda da estrutura prevista para o funcionamento da perda alargada em Portugal, a proposta de confisco alargado não disciplina, de modo adequado, a participação do terceiro, e não aborda a distribuição dos recursos confiscados ou o monitoramento do instituto. A investigação patrimonial tampouco foi tratada pelo PL nº 4.850/2016, deixando de disciplinar temas correlatos a ela, como os limites probatórios da investigação patrimonial.

REFERÊNCIAS

- AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. **Revista para el Análisis del Derecho**, n.1, 2014.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, 2011.
- AMARAL, Thiago Bottino do (coord.) **Medidas assecuratórias no processo penal**. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília: FGV, 2010.
- ASIAN-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION. **Best practices in investigating and prosecuting corruption using financial flow tracking techniques and financial intelligence** (First Part). Handbook, 2014
- BADARO, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BAKER, Raymond. Introduction. In: Global Financial Integrity (Org.). **Transnational crime and the developing world**. 2017. Disponível em: <<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 setembro 2017.
- BALTAZAR JR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. **Revista da Ajufergs**, 2007, s.n.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.
- BECKER, G.S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. 1968; 76:169-217.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos. *Revue Electronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*. **ReAIDP**, n. 207. Disponível no link <www.penal.org>. Acesso em: 31 out 2016.
- BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOWLES, Roger; FAURE, Michel; GAROUPA, Nuno. The scope of criminal law and criminal sanctions: an economic view and policy implications. **Journal of Law and Society**. 2008; 35 (3): 389-416.
- BOWLES, Roger; FAURE, Michel; GAROUPA, Nuno. Economic analysis of the removal of illegal gains. **International Review of Law and Economics**. 2000; 20: 537-549.
- BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei ° 4.850/2016**. Disponível em:<www2.camara.leg.br> Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 set 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do CNMP, caderno processual, edição de 08/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Bens Apreendidos**. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br> Acesso em 4 out 2017.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, concluída em 31 de outubro de 2003 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 out 2017.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra o Crimes Organizado Transnacional**, concluída em 15 de novembro de 2000 em Nova York. Decreto nº 5.015, de 10 de março de 2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 out 2017.

BRASIL. **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes**, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 out 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 9 agos 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** (Infopen). 2010. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Dados da Comissão de BIs**. Mensagem recebida por <robertovieira@mpf.mp.br> em 11 out 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de Atuação:**

persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **ENCLA: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.210/DF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 543.974/MG**. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 769.049**. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 827.940-SP. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 28305/GO. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 13 agos 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0000760-10.2006.8.26.0625**. Disponível em <<http://tjsp.jus.br>> Acesso em: 15 agos 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão 360/2012**. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em 19 set 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Autos nº 5020175-34.2017.4.04.7000/PR**. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em 9 out 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, Parte Geral, tomo 3.

BUSCAGLIA, Edgardo. Legal and economic factors determining succes and failure in the fight against organized crime: na empirical assessment of the Palermo Convention. **Latin America and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. 2008. Disponível no link <<https://escholarship.org>> Acesso em: 13 agosto 2017.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 2011, ano 21, n. 2.

CAIRES, João Gouveia. O regime processual especial aplicável ao crime organizado (Económico-Financeiro): âmbito de aplicação da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; SOUSA MENDES, Paulo de (Org.). **Direito Penal Económico e Financeiro: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento**. Coimbra: Coimbra, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Económico e lavagem de dinheiro: aspectos**

criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASSELLA, Stefan D. An overview of asset forfeiture in the United States. In: YOUNG, Simon N. M. **Civil forfeiture of criminal property**: legal measures for targeting the proceeds of crime. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

COFFEE JUNIOR, John Collins. Corporate crime and punishment: a non Chicago view of the economics of criminal sanctions. **American Criminal Law Review**. 1979-1980; 17: 419-476.

COOTER, R. D. Prices and sanctions. **Columbia Law Review**. 1984; 84:1523-1560.

CORREA JUNIOR., Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, versão *kindle*.

CORREIA, João Conde. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014: o arresto preventivo dos instrumentos e produtos do crime. **Revista Julgar on line**, outubro de 2014.

CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/14/EU. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2014, n. 2.

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

CORREIA, João Conde. Recuperação de activos nos crimes contra economia popular. **Revista do Ministério Público**, n. 146, 2016.

CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, Proferido no Processo 218/11.0GACBC.G1. **Revista Julgar**. 2017, versão *on line*,

CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da autoridade tributária e aduaneira nos crimes tributários. **Revista Julgar**, 2017, versão *online*.

CUNHA, José Manoel Damião. **O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no Novo Código de Processo Penal**. Universidade Católica Portuguesa: Coimbra, 1993.

CUNHA, José Manoel Damião. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: **Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 2004.

CUNHA, José Manoel Damião. **Perda de bens a favor do Estado**. Centro de Estudos Judiciários. 2002

CYRUS CHU, C. Y. An economic analysis of the criminal proceedings in civil-law countries. **International Review of Law and Economics**. 1991; 11:111-116.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2014, n. 16.

D'ANTONI, Massimo; GALBIATI, Roberto. A signaling theory of nonmonetary sanctions. **International Review of Law and Economics**. 2007; 27: 204-218.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. 2015, 77: 27.065. Disponível em: <<https://boe.es>>. Acesso em: 23 agos 2017.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FATF. Financial Action Task Force. **Operational issues financial investigations guidance**. June, 2012. Disponível no link <<http://www.fatf-gafi.org>> acesso em 10 abril 2017.

FATF. Financial Action Task Force. **International standards on combating money laundering and the financig of terrorism & proliferation**. Paris: FATF, 2015. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org>> Acesso em: 10 abr 2017.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIESP. Federação das Indústrias de São Paulo. **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**, 2010. Disponível no link <<http://www.fiesp.com.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. Coimbra, 2005.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011.

FORSAITH, James *et al.* **Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets**. European Union. Rand Coporation, 2012.

FRANCE. Code Pénal. Disponível no link <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 10 agos 2017.

FRANCE. Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués. **Rapport Annuel 2013**. 2013. Disponível no link <www.justice.gouv.fr> Acesso em: 21 set 2017.

GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 9th ed. Saint Paul: West Group, 2014.

GAROUPA, Nuno. Optimal magnitude and probability of fines. **European Economic Review**.

2001; 45: 1765-1771.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 2010. Disponível no link <<http://portalrevistas.ucb.br>> Acesso em: 13 agos 2017.

GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (Orgs.) **Liber Discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES JÚNIOR, Carlos Alberto; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Determinantes da reincidência penal no estado do Paraná: uma análise empírica da economia do crime. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, 2013, p. 315-336.

GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. Illicit Financial flows to and from developing countries: 2005-2014. **Global Financial Integrity**, 2017. Disponível em: <<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 set 2017.

GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY **Transnational crime and the developing world**. 2017. Disponível em: <<http://www.gfintegrity.org>> Acesso em: 2 set 2017.

G-8 Countries. **Best practice principles on tracing, freezing and confiscation of assets**. Disponível em:<<https://www.coe.int>>Acesso em: 28 de maio 2016.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Corruption: costs and mitigation strategies**. International Monetary Fund, 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

JANKOV, Fernanda Florentino. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, 2001.

KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. **The American Economic Review**, v. 64, n.3, p. 291-303.

LEVY, Leonard W. **A license to steal: the forfeiture of property**. United States of America: University of North Carolina Press, 1996.

LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003.

MARTINS, Tiago Misael de Jesus. **Investigação Financeira**: coleta, análise e uso de dados. 2016. Obra no prelo.

MATOS, Maria José. **Perda de bens na Lei nº 5/2002**: requiem pelo Estado de Direito. Edições Esgotadas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICELI, J. Thomas. Optimal criminal procedure: fairness and deterrence. **International Review of Law and Economics**. 1991; 11: 3-10.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2.ed. Max Limonad, v. 4.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords). **Diagnóstico institucional**: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORO. Prefácio. In: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOUTINHO, José Lobo. **Arguido e imputado no processo penal português**. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MURPHY JR, Russell D. Crime, confiscation and growth. **Public Choice**. 204; 118: 325-339.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Projeto BIDAL Brasil**. Documento de Resultados do Diagnóstico Situacional Relacionado à Investigação Patrimonial, Administração e Destino de Bens Apreendidos e Confiscados 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>> Acesso em: 9 agos 2017.

OEA. Organización de los Estados Americano. **Sistemas de administración de bienes de américa latina y guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado**. 2011.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no Direito Penal Econômico. Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 52, 2005.

PAVLIDIS, Georgio. **Confiscation Internationale**: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse. Schulthess: Genève, 2012.

PINHO, Ruy Sérgio Rebello. **A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**. São Paulo: Atlas, 1987.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The optimal use of fines and imprisonment. **Journal of Public Economics**.1984; 24: 89-99.

POLLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTO, A. J. M.; THEVENARD, L. Análise econômica da função social dos contratos: críticas e aprofundamentos. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, 2010, p. 196-212.

PORTUGAL. **Carta Constitucional de 29 de abril de 1826**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lisboa, 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Constituição de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Constituição de 1838**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Constituição de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Constituição de 11 de abril de 1933**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Declaração de Rectificação nº 5/2002**. Lisboa, 6 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. Despacho do Ministro da Justiça nº 11389/2010. **Diário da República nº 134/2010**, Série II, de 13/07/2010. . Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Diário da Assembleia da República**, I, Série nº 1, 20/09/2011. . Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Diário da Assembleia da República**, II, Série nº 76, de 18/07/2011. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Lisboa, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 45/2011**. Lisboa, 24 de junho de 2011. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt>> Acesso em: 15 set 2017.

PORTUGAL. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. **Comentários do SMMP ao projecto de portaria que fixa a estruturado Gabinete de Recuperação de Activos**. 2012. Disponível em <<http://www.smmp.pt>>. Acesso em: 20 maio 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão de 13/11/1985**. Disponível em: <<https://www.stj.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão de 18 de junho de 1996**. Disponível em: <<https://www.trl.mj.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, **Acórdão de 31 de março de 1993**. Disponível em: <<https://www.trp.mj.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo nº 0514345**. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 12 out 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 392/2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt>> Acesso em: 17 out 2017.

POSNER, Richard A. Optimal sentences for white-collar criminals. **American Criminal Law Review**. 1979-1980; 17: 409.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REES QC, Edward; FISHER QC, Richard; THOMAS, Richard. **Blackstone's guide to the proceeds of crime act 2002**. 5 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2015. Versão Kindle.

RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos. O que é, para que serve e como atua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 2013, nº 1, p. 63-87.

RIGOR RODRIGUES, Hélio. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. **Revista do Ministério Público**, n. 134, 2013.

RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pela idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. s/d.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal Europeu Emergente. SOUZA, Artur de Brito Gueiros(org.). **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

RUI, Jon Petter; e SIEBER, Ulrich. Non-conviction-based confiscation in Europe. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (Org.). **Non-conviction-based confiscation in Europe**: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

RYDER, N. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of

the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. **Journal of Business Law**, 8, 2013, p. 767-798.

SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos. **Revista Direito GV**, 2017, v. 13, n. 2.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 118, 2016, p. 123-158.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Reflexões sobre Confisco Alargado. **Boletim do IBCCRIM**. ano 23, n. 277, 2015.

SHAVELL, Steven. Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. **Columbia Law Review**. 1985; 85:1232-1262.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**. 2010; 1 (20): 318-336.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. Lisboa: Verbo, 2010, v. I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2.ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o gabinete de recuperação de activos. **Revista do CEJ**, n. 14, 2010.

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

SIMOES, Euclides Dâmaso. Prefácio. In: CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, versão *kindle*.

SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Penal**: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 118, 2016.

SPROAT, Peter. An evaluation of the UK's anti-money laundering and asset recovery regime. **Crime Law Soc Change**. 2007; 47:169-184.

STEPHENSON, Kevin, *et al.* Barriers do asset recovery: an analysis of the key barriers and recomendation for action. **Stolen Asset Recovery Initiative**, 2011.

STESSENS, Guy. **Money laundering**. A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1 ed. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e política pública. **Revista de Informação Legislativa**, a.52, n. 205, 2015. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br>> Acesso em: 16 maio 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perceptions index 2014**. 2014. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 13 agos 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Does corruption live next door?** Shell Companies and the Real Estate Sector in the largest city in the Southern Hemisphere. Transparency International, 2017. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 13 agos 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. **Conselho Europeu de Amsterdã**. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. **Conselho Europeu de Bruxelas**. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu>> Acesso em: 10 abr 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho**. Produtos do crime organizado: garantir que o “crime não compensa”. COM/2008/0766. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>. Acesso em 25 out. 17.

UE. UNIÃO EUROPEIA. **Documento nº E2060**. Initiative of the Kingdom of Denmark with a view to the adoption of a council framework decision on confiscation of crime-related proceeds, instrumentalities and property. 2002 Disponível em:<<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017

UE. UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão com base no artigo 6º da Decisão-Quadro do Conselho**. 2007. Disponível em:<<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011. **Jornal Oficial da União Europeia** C131 E/66, de 8 de maio de 2013. Disponível em:<<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

UE. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. C 202/1, de 7 de junho de 2016. Disponível em:<<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 3 set 2017.

UNITED KINGDOM. **Proceeds of Crime Act**. 2002. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 19 set 2017.

UNITED KINGDOM. Recovering the Proceeds of Crime: a performance and innovation unit report. June, 2000 Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 2 set 2017

UNITED KINGDOM. House of Commons. **Proceeds of crime**. Home Affairs Committee. 2016, p. 4 e 17. Disponível em: <<https://www.parliament.uk>> Acesso em: 2 set 2017.

UNITED KINGDOM. *In Re Norris*. 2001. Disponível em: <publications.parliament.uk>. Acesso em 9 out. 17.

UNITED NATIONS. **Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and pshychotropic substances**. United Nations Publication, 1998.

UNITED NATIONS. **Security Council Resolution nº 1.617**, de 29 de julho de 2005. Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em: 13 agos 2017.

UNITED STATES. Department of Justice. **Asset forfeiture program**. 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/afp>> Acesso e: 2 set 2017.

VERVAELE, John A. E. **Les sanctions de confiscation en Droit Pénal: un intrus issu du droit civil? Une Analyse de la Jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais**. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl>> Acesso em: 11 agos 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do Direito Penal. Ideias e Processos. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org.) **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedeman**. São Paulo: LiberArs, 2013.

2ª CÂMARA
DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

CRIMINAL

MPF

FUNDO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (FNSP) E FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN)

- Convidar para o debate representantes do Ministério da Justiça e Segurança Pública;
- SENASP e DEPEN;
- Gestores dos Fundos;

LEI COMPLEMENTAR Nº 79/1994 - CRIOU O FUNPEN

(Alterada pelas Leis nºs 13.500/2017 e 13.756/2018)

■ PONTOS IMPORTANTES:

- Art. 3º, §4º **Os entes federados** integrantes do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp) **que deixarem de fornecer ou atualizar seus dados no Sistema não poderão receber recursos do Funpen.**

- Art. 3º, §7º A União deverá aplicar preferencialmente os recursos de que trata o § 5º deste artigo em estabelecimentos penais federais de âmbito regional.

LEI Nº 13.756/2018 - DISPÕE SOBRE O FNSP

- Adequação do PL nº 10.372/2018 ao texto da nova lei sobre o FNSP, sancionada em 12/12/2018;

PL nº 882/2019 (Do Poder Executivo)

- O valor apurado em venda dos bens cujo perdimento foi decretado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial. (Alteração no art. 133, do CPP);
- Lei de Drogas (FUNAD);
- Lei de Lavagem de Dinheiro;

PL n. 9054/2017

(Altera a Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal)

- Muitos pontos tratados pelos projetos analisados no grupo de trabalho interferem diretamente na execução da pena;
- Importância de se analisar conjuntamente com o PL nº 9054/2017, já aprovado pelo Senado Federal. Atualmente, aguarda a criação de Comissão Temporária pela Mesa da Câmara dos Deputados.

Membros Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (coordenadora)

Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Subprocurador-Geral da República

Membros Suplentes:

Márcia Noll Barboza

Procuradora Regional da República

Cláudio Dutra Fontella

Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República

Secretário Executivo:

Tulio Borges de Carvalho

MPF

Ministerio Público Federal



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

NOTA TÉCNICA PGR/2ªCCR Nº 3/2019

EMENTA: Projeto de Lei (PL) n. 882, de 2019, que estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa (conhecido como "Projeto de Lei Anticrime").

AUTOR: Poder Executivo

SITUAÇÃO ATUAL:

- Matéria apensada ao **PL n. 10.372**, de 2018, do Deputado José Rocha (PR-BA) e Outros, que "introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal".

- Matéria no aguardo de criação de Comissão Temporária pela Mesa

RELATOR: -

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei (PL) n. 882, de 2019, de autoria do Poder Executivo, conhecido como "Projeto de Lei Anticrime", estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Especificamente acerca da temática do "confisco alargado", a iniciativa legislativa sugere a inserção do art. 91-A ao Código Penal, nos seguintes termos:

Projeto de Lei n. 882, de 2019

(Do Poder Executivo)

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

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

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

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

*I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.*

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

(...)

O Poder Executivo Federal fundamenta a inserção do art. 91-A ao Código Penal com base nos seguintes argumentos: **a)** que há unanimidade na crença de que a sanção econômica é vital no combate ao crime, em especial quando praticado por organizações criminosas; **b)** que a atual redação do Código Penal, ainda que reformada pela Lei n. 12.694, de 2012, é insuficiente para que se alcance tal objetivo; **c)** que um servidor público condenado por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos, que apresente patrimônio incompatível com os seus proventos, poderá ter confiscado o valor da diferença entre os seus bens e o do patrimônio compatível com seu rendimento, incluindo-se bens transferidos a terceiros gratuitamente ou por valor irrisório; **d)** que é necessária a comprovação da habitualidade da conduta ilícita.

No momento, a matéria está apensada ao Projeto de Lei (PL) n. 10.372, de 2018, do Deputado José Rocha (PR-BA) e Outros, e que, por sua vez, encontra-se no aguardo de criação de Comissão Temporária pela Mesa.

É o relatório.

2. ANÁLISE

No ponto, especificamente acerca da temática do "confisco alargado", a iniciativa legislativa merece ser aprovada. A presente análise fundamenta-se na



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

justificativa apresentada pelo Ministério Público Federal na Campanha intitulada “Dez Medidas Contra a Corrupção”, bem como em importantes estudos realizados pelo Procurador da República Roberto D'Oliveira Vieira, especialista na temática do instituto do “confisco alargado”^{1 2}. Em linhas gerais, observa-se o seguinte:

2.1.1. a iniciativa cumpre diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e amolda o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado e harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais;

2.1.2. a temática do “confisco alargado” integra a liberdade de conformação do legislador, não necessitando de aprovação por meio de emenda à constituição, bastando ser introduzida no ordenamento jurídico pela via do projeto de lei ordinária;

2.1.3. o instituto do confisco alargado respeita a Constituição, em especial os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não culpabilidade;

2.1.4. as figuras do confisco clássico e do confisco por equivalência, já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, e importância de uma terceira espécie de confisco, apresentada pela campanha das “Dez Medidas Contra a Corrupção”, do Ministério Público Federal;

2.1.5. existem outras razões para a introdução do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro: insuficiência das medidas clássicas do direito penal ao surgimento e incremento de crimes que afetam a Ordem Econômica e a instituição, de maneira mais efetiva, da ideia de que “o crime não compensa”;

2.1.6. o Projeto de Lei n. 882/2019 optou pelo critério aberto de crimes, assim como aquele utilizado pela Diretiva da União Europeia 2014/42/UE.

No mérito, **estas são as contribuições para o aperfeiçoamento do texto do Projeto de Lei em análise:**

2.2.1. exigência de “conduta criminosa habitual” ou vinculação a

¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. “Pelo MP: Confisco Alargado”. Artigo publicado em 26/05/2016 no sítio eletrônico <https://www.jota.info/especiais/pelo-mp-confisco-alargado-26052016>. Acesso em 05/04/2019.

² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. “Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado: Aportes da Perda Alargada para o Brasil”. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Orientador: Prof. Dr. Nefi Cordeiro. Brasília-DF, 2017. Dissertação disponível no sítio eletrônico: <https://bdt.d.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2337/2/RobertoD%E2%80%99OliveiraVieiraDissertacao2017.pdf>. Acesso em 23/04.2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

organização criminosa, com pena máxima superior a 6 anos de prisão: sugestão de abrandamento do requisito da pena máxima, para ampliar a aplicação do instituto;

2.2.2. a redação do "caput" do art. 91-A sugerido pelo projeto pode levar a interpretações distorcidas: sugestão de exclusão da expressão "como produto ou proveito do crime";

2.2.3. ausência de descrição do requisito do benefício econômico efetivo ou potencial;

2.2.4. ausência da indicação do momento da imputação patrimonial;

2.2.5. "standard" probatório mínimo: inserção da expressão segundo a qual "a perda observará a legislação processual civil";

2.2.6. efetividade do instituto: "o confisco alargado deve alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência e da publicação da lei que o institua;

2.2.7. destinação dos recursos recuperados aos órgãos participantes da investigação patrimonial;

2.2.8. monitoramento do confisco alargado;

2.2.9. necessidade de previsão expressa de que a decisão de confisco declara o valor a ser perdido em favor do Estado.

Vejamos.

2.1.1. INTRODUÇÃO DO CONFISCO ALARGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES ESTIPULADAS EM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DAS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

O Brasil é signatário de importantes Convenções que preveem o confisco como ferramenta essencial no combate ao crime organizado e à corrupção:

1. A Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, concluída na cidade de Viena, na Áustria, em 20.12.1988; aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo n. 162, de 14.06.1991; promulgada, entre nós, com força de lei, pelo Decreto Executivo n. 154, de 26.06.1991, que prescreve, em seu art. 5º, que cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: (a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto; (b) de entorpecentes e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

de substâncias psicotrópicas, das matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos na Convenção; além disso, "cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com 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";

2. A ***Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional***, adotada na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, em 15.11.2000; aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29.05.2003; promulgada, entre nós, com força de lei, pelo Decreto Executivo n. 5015, de 12.03.2004, *que estabelece*, em seu art. 12, que os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco: (a) do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto; (b) dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção;

3. A ***Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção***, assinada na cidade de Mérida, no México, em 09.12.2003; aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo n. 348, de 18.05.2005; promulgada, entre nós, com força de lei, pelo Decreto Executivo n. 5687, de 31.01.2006, *que estipula*, em seu art. 31, que cada Estado Parte adotarás, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco: (a) do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto; (b) dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Com efeito, o instituto do "confisco alargado" foi consolidado pela Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia³, cujo art. 5º assim prescreve, "verbis":

Artigo 5º

Perda alargada

1. *Os Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.*

³ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, disponível no sítio eletrônico: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT>. Acesso em 23/04/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

Para efeitos do item 1º do artigo 5º, o conceito de “infração penal” inclui, entre outros, os crimes de: corrupção no setor público e no setor privado, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, terrorismo, tráfico de entorpecentes, organização criminosa, pornografia infantil, interferência ilegal em sistema de dados. Além disso, o documento considerou a possibilidade de os Estados estenderem a aplicação do instituto a outras infrações penais, cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos, estimulando a que o legislador nacional adote um rol aberto de crimes sujeitos à perda alargada.

Urge salientar que a referida Diretiva aduz, no parágrafo 21 do seu preâmbulo, que a conclusão a respeito da vinculação de um bem com um comportamento criminoso pode ocorrer quando for razoável presumir que:

(...) bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades (...) **O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso.** (GRIFAMOS)

Portanto, a introdução da figura do “confisco alargado” no ordenamento jurídico pátrio cumpre as diretrizes estabelecidas em importantes tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e amolda o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado. Além disso, conforme a justificativa apresentada pelo Ministério Público Federal na Campanha intitulada “Dez Medidas Contra a Corrupção”, a iniciativa legislativa *“harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais”,* além do que *“atualiza e compatibiliza a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar”.*

2.1.2. A TEMÁTICA DO “CONFISCO ALARGADO” INTEGRA A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR, BASTANDO SER INTRODUZIDA NO



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

ORDENAMENTO JURÍDICO PELA VIA DO PROJETO DE LEI ORDINÁRIA, E NÃO POR PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

A Constituição cuida dos institutos da "perda de bens" e do "confisco".

O instituto da "perda de bens" é previsto no inciso XLV do art. 5º e também na alínea "b" do inciso XLVI do art. 5º da Lei Maior. Referido dispositivo está inserido no Título II da Constituição, intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", precisamente no Capítulo I - "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos":

"Art. 5º da Constituição. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

*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;*
- (...)*

Muito embora os incisos tratem de perda de bens, o primeiro (inciso XLV) se refere a "perdimento de bens" como efeito da condenação (e é relacionado ao art. 91, inciso II, Código Penal⁴). Já o segundo inciso (XLVI) é espécie de pena (e é tratado pelo legislador no art. 43, inciso II, do Código Penal⁵).

⁴ Art. 91 do Código Penal. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

⁵ Art. 43 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

Por sua vez, o instituto do “confisco” é previsto no parágrafo único do art. 243 da Lei Maior. Localizado no Título IX da Constituição - “Das Disposições Constitucionais Gerais” -, o dispositivo estabelece:

Art. 243 da Constituição. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Por tais razões, existem aqueles que defendem que o instituto do confisco alargado não deveria ser introduzido no ordenamento jurídico pela via do projeto de lei ordinária, mas por proposta de emenda à Constituição, mormente pelo fato de que o referido art. 243 da Lei Maior foi alterado pela Emenda Constitucional n. 81, de 2014, que passou a permitir a desapropriação, sem indenização, de propriedades utilizadas para a prática de trabalho escravo.

A expressão “liberdade de conformação do legislador” pressupõe a “liberdade” ou “discricionariedade” conferida ao legislador para que este determine o momento em que o ordenamento jurídico nacional deve ser inovado, com fundamento na Constituição⁶:

A expressão “liberdade de conformação do legislador” se consagrou no direito alemão (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) e, com algumas expressões sinônimas, como discricionariedade do legislador, alude a algo como um “espaço” dentro do qual o legislador pode escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis, do ponto de vista constitucional (ou de normas que conformem a sua ação, ainda que não tenham cunho constitucional). Essa liberdade significa que é conferido um poder ao legislador para cometer um ato jurídico, mas que a conduta a que são imputados os efeitos jurídicos típicos desse mesmo ato não constitui o conteúdo de um dever jurídico. Essa liberdade implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da Constituição, a

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

⁶ GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. Teoria e história do direito constitucional [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF ; coordenadores: Alexandre Walmott Borges, Ilton Noberto R. Filho, Marco Aurélio Marrafon. - Florianópolis : FUNJAB, 2012. Inclui bibliografia. ISBN: 978-85-7840-122-1. Modo de acesso: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uff.php>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

qual, por sua incompletude, tem de reservar uma quantidade razoavelmente grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional.

As opções de escolha do legislador se cingem, via de regra, ao momento do exercício da competência a si atribuída, bem como à matéria acerca da qual se tratará com o ato. Desta forma, há opções de escolha sobre o se, quando e o quê da atividade legislativa. O procedimento pelo qual a sua competência deve ser exercida (competência procedimental) não é, ordinariamente, deixado ao arbítrio do legislador. As constituições modernas costumam apresentar um procedimento padrão para a produção dos atos legislativos com valor de lei, além de um procedimento mais agravado (em relação ao das leis) para a modificação do texto constitucional – fator ligado à superioridade desse diploma e à maior força de suas normas. Desse modo, no âmbito da sua liberdade, o legislador poderá levar a cabo certos juízos sobre a conveniência de legislar (ou não) em alguma matéria; ao resolver legislar, terá meios para dispor do momento exato em que isso será feito, bem como sobre os termos exatos das suas disposições. A abertura desses “espaços” à apreciação do legislador sobre a conveniência do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico – sem a presença, portanto, de um dever jurídico sobreposto à sua competência, – somente existe à medida que, seja pela sua omissão, seja pela sua comissão, todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade resultante de seu comportamento.

Nesse sentido, de acordo com Roberto D'Oliveira Vieira⁷, “caso o raciocínio fosse válido, a previsão de manutenção do Colégio Pedro II como propriedade federal atrairia a necessidade de que qualquer disposição semelhante fosse realizada por emenda. A situação retratada não é inédita e, entre outros inúmeros exemplos, pode ser citada a previsão das sanções de proibição de contratar com o poder público e receber incentivos fiscais e multa por ato de improbidade, ambas não previstas no art. 37, § 4º, Constituição Federal, mas estipuladas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992. A matéria – conceito e extensão do confisco – integra a liberdade de conformação do legislador. Portanto, o argumento de que a introdução de nova modalidade de confisco precisaria de alteração pelo poder constituinte derivado não se sustenta”.

2.1.3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONFISCO ALARGADO: RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO CULPABILIDADE

⁷ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. “Pelo MP: Confisco Alargado”. Artigo publicado em 26/05/2016 no sítio eletrônico <https://www.jota.info/especiais/pelo-mp-confisco-alargado-26052016>. Acesso em 05/04/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

Em que pese os posicionamentos em contrário e de acordo com a doutrina de Roberto D'Oliveira Vieira⁸, *"a medida do confisco somente será acionada após a condenação criminal obtida regularmente no processo penal, com idêntica distribuição do ônus da prova e após o juízo de convicção acerca da participação do acusado"*. Desse modo, de acordo com o referido doutrinador:

A presunção realizada a partir daí – da condenação, frise-se – não é arbitrária, pois caberá ao Ministério Público demonstrar que os bens indicados não encontram correspondência na receita declarada pelo condenado. Ela tampouco é absoluta, pois o condenado poderá demonstrar a origem lícita de seu patrimônio. Nota-se que a medida recairá após o juízo de convicção quando a materialidade e autoria do ato imputado e restará ao Ministério Público o ônus de demonstrar a ausência de suporte do patrimônio, isto é, a incongruência entre as receitas lícitas do acusado e os bens por ele detidos".

Em verdade, seria mais adequado se os argumentos fossem utilizados para discutir a legitimidade da extensão dos efeitos da sentença e colocar em dúvida se a intensidade da relação entre o objeto do confisco e o crime a que foi condenado impõe a inconstitucionalidade do novo instituto. Ainda assim a crítica não prevaleceria. Cabe ao legislador ordinário a escolha política dos instrumentos de repressão de determinados crimes, de modo a responder de forma eficaz e proporcional a determinadas violações de certos bens jurídicos.

O específico dever de proteção decorre do princípio da proibição da proteção deficiente, conferindo ao legislador "margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais" (trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no HC 104.410/RS, STF, Segunda Turma, j. em 6/3/2012)⁹.

Em segundo lugar, a medida constritiva do "confisco alargado" não afronta a garantia do estado de inocência, uma vez que não se trata de nova condenação ou de imposição de nova pena. Nas palavras de Roberto D'Oliveira Vieira¹⁰, a medida do "confisco alargado" implica *"extensão de medida patrimonial assumida a partir da presunção de que o patrimônio fora amealhado pelo mesmo trajeto a que já foi condenado"*. De acordo com o especialista, *"o Brasil já possui hipótese semelhante em que a perda de bens não fica restrita ao produto ou resultado do crime. Uma delas é a previsão já citada acerca do confisco administrativo de "glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas" (art. 231, Constituição Federal). Embora de natureza cível, a desapropriação é iniciada a partir da conduta penal referida expressamente no artigo"*.

⁸ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Obra citada. Acesso em 05/04/2019.

⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Obra citada. Acesso em 05/04/2019.

¹⁰ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Obra citada. Acesso em 05/04/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

Portanto, o instituto do “confisco alargado” é instrumento constitucional e apto a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

2.1.4. OS CONFISCOS CLÁSSICO E POR EQUIVALÊNCIA, JÁ PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, E A PROPOSTA DE UMA TERCEIRA ESPÉCIE DE CONFISCO, APRESENTADA PELA CAMPANHA DAS “DEZ MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO”, DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O ordenamento jurídico brasileiro já contempla duas espécies de confisco: (a) o confisco clássico; e (b) o confisco por equivalência.

O denominado “confisco clássico” é espécie de confisco que, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, incide sobre os instrumentos do crime (desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito) ou sobre o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 91 do Código Penal).

Já a segunda espécie de confisco, denominada de “confisco por equivalência”, foi instituída no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei n. 12.694, de 2012, que inseriu os parágrafos 1º e 2º ao referido art. 91 do Código Penal para prever que poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Eis o inteiro teor do art. 91 do Código Penal:

Art. 91 do Código Penal. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se locali-



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

zarem no exterior. *(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)*

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. *(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)*

A proposta contida na campanha das “Dez Medidas Contra a Corrupção”, do Ministério Público Federal, sugere que em caso de condenação pelos crimes que indica, a sentença ensejará a perda, em favor da União, não apenas do produto ou do proveito do crime (“confisco clássico”) ou do patrimônio equivalente do réu (“confisco por equivalência”). A proposta do Ministério Público Federal é que a sentença enseje a perda, em favor da União, também, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas.

Nesse sentido, conforme justificativa das “Dez Medidas Contra a Corrupção”:

(...)

O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que “o crime não compensa”, ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos.

O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, “a”, do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas.

Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada.

(...)

O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispo-



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

sitivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos.

Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressalvando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens.

Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais.

Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé.

Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil. (...)

Com efeito, de acordo com Roberto D'Oliveira Vieira¹¹, "o confisco alargado tem por premissas: (i) a condenação da pessoa a um dos crimes elencados no artigo; (ii) a propriedade de patrimônio incompatível com a renda declarada; e (iii) a presunção de que tais bens foram adquiridos como resultado da atividade criminosa em relação a qual foi condenado. Em sucinta explanação, a prática de um dos crimes definidos no § 1º permite a propositura de incidente demonstrando que o réu possui patrimônio incompatível com sua renda declarada e conhecida, inferindo-se, a partir daí, sua vinculação com a prática do crime imputado e o preenchimento do pressuposto de fato do confisco. Em seguida, o réu terá a oportunidade de demonstrar a origem lícita do bem,

¹¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Obra citada. Acesso em 05/04/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

afastando a possibilidade de perda”.

2.1.5. O PL n. 882/2019 OPTOU PELO CRITÉRIO ABERTO DE CRIMES, ASSIM COMO AQUELE UTILIZADO PELA DIRETIVA 2014/42/UE

A iniciativa legislativa em análise sugere a decretação da perda alargada na hipótese de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão.

A opção pelo critério aberto de crimes, orientando-se pela pena máxima em abstrato, consiste em critério objetivo alinhado àquele adotado pela União Europeia (Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia¹²), “*verbis*”:

Artigo 5.º

Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em fatos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

2. Para efeitos do n.º 1 do presente artigo, o conceito de “infração penal” inclui pelo menos os seguintes elementos:

(...)

e) As infrações penais puníveis nos termos de um dos atos aplicáveis indicados no artigo 3.º ou, se esse ato não estabelecer um limiar, nos termos do direito nacional aplicável, por uma pena privativa de liberdade cujo máximo não pode ser inferior a quatro anos.

Portanto, a adoção do critério objetivo é positiva e reduz arbitrariedades por parte do legislador. Além disso, de acordo com Roberto D'Oliveira Vieira¹³, “*trata-se, evidentemente de um espaço legítimo de discricionariedade do legislador na definição*

¹² Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, disponível no sítio eletrônico: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT>. Acesso em 23/04/2019.

¹³ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. “Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019”. Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

da política criminal. A opção em adotar a pena privativa de liberdade superior a seis anos repele condutas de baixa lesividade, a despeito de obviamente reprováveis, a exemplo do crime de estelionato”.

2.1.6. OUTRAS RAZÕES PARA A INTRODUÇÃO DO CONFISCO ALARGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CLÁSSICAS DO DIREITO PENAL AO SURGIMENTO E INCREMENTO DE CRIMES QUE AFETAM A ORDEM ECONÔMICA, E A INSTITUIÇÃO, DE MANEIRA MAIS EFETIVA, DA IDEIA DE QUE “O CRIME NÃO COMPENSA”

Em conformidade com a doutrina de Roberto D'Oliveira Vieira¹⁴, “o motivo para a introdução de um novo confisco é a insuficiência das medidas clássicas do Direito Penal ao surgimento e incremento de crimes que afetam de modo contundente a ordem econômica. De modo amplo, o Direito Penal Econômico alcança as condutas delitivas praticadas por pessoa pertencente à camada elevada na sociedade, no exercício de seu trabalho e mediante violação de confiança, refletindo os efeitos do ato na relação econômica travada entre os atores sociais”. Além disso, de acordo com o especialista:

“O recrudescimento da prática delitiva e o estado de ineficiência do atual sistema penal preenchem o requisito da necessidade. Em reforço às demais alterações penais propostas pelo Ministério Público Federal – gradação da pena de acordo com o valor desviado e hipóteses mais restritivas de prescrição, apenas para citar duas – o confisco alargado é adequado, pois embute na consciência do agente mais um fator de ponderação na decisão da prática criminosa, ou sua reiteração. Além do risco a que se sujeita com o novo delito, a avaliação incutirá a probabilidade em perder para o Estado todo o patrimônio ilegítimo ameaçado ao longo da vida criminosa, além de evitar o reinvestimento na prática criminosa. A medida alcançará o fim principal de todos os crimes econômicos: o seu proveito econômico. Por fim, o novo instrumento é proporcional, em seu sentido estrito, pois impõe o mínimo de ônus possível ao criminoso, quando comparado com outros instrumentos disponíveis pelo Direito Penal, como a restrição de liberdade”.

2.2. SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019 PROPRIAMENTE DITAS

¹⁴ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Obra citada. Acesso em 05/04/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

2.2.1. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: A EXIGÊNCIA DE "CONDUTA CRIMINOSA HABITUAL" OU VINCULAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUGESTÃO DE ABRANDAMENTO DO REQUISITO DA PENA MÁXIMA, PARA AMPLIAR A APLICAÇÃO DO INSTITUTO

A iniciativa legislativa sugere que *"a decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem **conduta criminosa habitual**, reiterada ou profissional do condenado **ou sua vinculação à organização criminosa**".*

O Projeto de Lei n. 882/2019 merece a crítica por exigir conduta criminosa habitual, porém sem definir o que se entende por criminoso habitual.

Além disso, a vinculação à organização criminosa indica exigência em duplicidade, pois o crime de constituição de organização criminosa prevê pena máxima de 8 (oito) anos – art. 2º da Lei n. 12.850/2013¹⁵ –, sujeitando a conduta automaticamente ao confisco alargado pela redação do caput do proposto art. 91-A.

Portanto, sugere-se o abrandamento deste requisito para que seja possível a aplicação do instituto do confisco alargado em casos outros.

2.2.2. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: A REDAÇÃO DO "CAPUT" DO ART. 91-A SUGERIDO PELO PROJETO PODE LEVAR A INTERPRETAÇÕES DISTORCIDAS. SUGESTÃO DE EXCLUSÃO DA EXPRESSÃO "COMO PRODUTO OU PROVEITO DO CRIME"

No tocante ao "caput" do proposto art. 91-A, os bens afetados pelo confisco alargado não possuem origem ou relação com o crime a que o agente foi acusado e condenado no processo.

De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira¹⁶, *"a condenação pelo crime servirá*

¹⁵ Art. 2º da Lei n. 12.850/2013. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

(...)

¹⁶ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

ção somente para permitir a aplicação do instituto do confisco alargado, mas não autoriza afirmar que os bens que servem de parâmetro para a inconformidade patrimonial são produtos ou proveitos do crime, como afirmado no art. 91-A. Tal como disposta, a redação poderá levar a interpretações equivocadas sobre o instituto”.

É porque a lógica em torno do instituto do “confisco alargado” é a de que a prática de determinado crime e a existência de patrimônio incompatível permitem inferir que o patrimônio decorre de atividade criminosa anterior que não fora revelada com carga probatória penal suficiente para uma acusação ou condenação.

Conforme assevera a Diretiva da União Europeia, “pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de perda alargada”

Portanto, sugere-se a exclusão da referência “como produto ou proveito do crime”, prevista no “caput” do proposto art. 91-A.

2.2.3. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO REQUISITO DO BENEFÍCIO ECONÔMICO EFETIVO OU POTENCIAL

O pressuposto do confisco alargado é atingir comportamentos criminosos que geram algum retorno econômico. Por isso, a exemplo do art. 5º da Diretiva 2014/42/UE refere-se expressamente a que o crime “possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico”.

Ocorre que a redação do Projeto de Lei n. 882/2019 não descreve no “caput” do art. 91-A o requisito do benefício econômico efetivo ou potencial. Do modo como está escrito, a proposição considera também para o instituto condutas vinculadas tradicionalmente à criminalidade clássica e que não exibem nenhum retorno econômico, à princípio, a exemplo do crime de homicídio.

Portanto, sugere-se, no ponto, a inserção da exigência de que a conduta tenha a potencialidade de gerar algum ganho econômico para o autor.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

2.2.4. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: AUSÊNCIA DA INDICAÇÃO DO MOMENTO DA IMPUTAÇÃO PATRIMONIAL

De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira¹⁷, a imputação patrimonial exige a comprovação de três requisitos exigidos no Projeto: **1)** a condenação por um crime com pena privativa de liberdade superior a seis anos; **2)** a existência de patrimônio; e **3)** a desconformidade do patrimônio com a renda, acompanhados da indicação dos bens que serviram de suporte à indicação do valor representativo do montante a descoberto.

Ocorre que o Projeto não estabelece o momento da deflagração do processo patrimonial. É de bom alvitre que a iniciativa legislativa apresente, por mínimo que seja, o procedimental a ser seguido.

No caso de Portugal, a Lei n. 5/2002¹⁸, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, de modo exemplar prevê:

Art. 8º

Promoção da perda de bens

1 – O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

2 – Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

3 – Efetuada a liquidação, pode estar alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.

4 – Recebida a liquidação, ou a respetiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

No entendimento do especialista Roberto D'Oliveira Vieira¹⁹, "atualmente, o confisco no ordenamento brasileiro é determinado na própria sentença penal condenatória, exigindo-se que a acusação relacione ao menos os bens que devem ser futuramente perdidos e a relação com o crime imputado. A estrutura em vigor

¹⁷ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.

¹⁸ PORTUGAL. Lei nº 5/2002. Lisboa, 6 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis> Acesso em: 23/04/2019.

¹⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

estimula que a investigação patrimonial seja deflagrada no mesmo momento da investigação criminal e seria conveniente se fosse expressamente mantida”.

Portanto, sugere-se, no ponto, a previsão de indicação do momento da imputação patrimonial.

**2.2.5. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: “STANDARD”
PROBATÓRIO MÍNIMO. INSERÇÃO DA EXPRESSÃO SEGUNDO A QUAL “A
PERDA OBSERVARÁ A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL”**

O capítulo da sentença condenatória que aprecia o confisco atrai a análise a respeito do “*standard*” probatório mínimo exigido para o perdimento de bens. De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira²⁰:

Indo além do mero cotejo entre o sistema de provas tarifadas e o princípio do livre convencimento motivado, identifica-se a necessidade de previsão de critérios objetivos de valoração da prova. A esse campo de estudo, atribui-se a qualificação de critérios de decisão, standards ou modelos de constatação, que representam nada mais que “pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio”, nas palavras de Danilo Knjnik.

Há diversos critérios legais estudados na doutrina, mas três deles merecem ser destacados em razão do uso mais corrente no país: os standards da preponderância de evidências, de uma prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável. A prova além da dúvida razoável é exigida nos processos de natureza penal; no campo cível, a preponderância de provas representa o critério para processos essencialmente patrimoniais. Reserva-se o critério de prova clara e convincente apenas para demandas nas quais estejam em discussão valores especiais, mas que não chegam a alcançar a esfera penal, como a aplicação da lei de improbidade administrativa.

Embora o ordenamento nacional não se refira, expressamente, a nenhum deles, não é raro encontrar na jurisprudência referência aos citados parâmetros. À guisa de exemplo, o parâmetro da prova além da dúvida razoável foi utilizado nos votos dos Ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Gilmar Mendes no julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Penal não elegeu um critério de decisão explícito para a perda de bens. O capítulo da sentença relativo ao confisco trata exclusivamente de efeitos patrimoniais da conduta, não se discutindo a culpabilidade do condenado ou a imposição de qualquer sanção penal típica, motivo pelo qual defende-se um critério de decisão mais próximo ao regime processual civil, como o critério da preponderância de provas, posicionamento que é compartilhado também por autores que escrevem sobre o tema.

²⁰ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. “Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019”. Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

Portanto, a vinculação do critério de decisão com a legislação processual civil conferirá maior segurança jurídica. No ponto, sugere-se a inserção da expressão segundo a qual “a perda observará a legislação processual civil”.

2.2.6. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: EFETIVIDADE DO INSTITUTO. “O CONFISCO ALARGADO DEVE ALCANÇAR BENS, DIREITOS OU VALORES OBTIDOS POR MEIO DE INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS ANTES DA VIGÊNCIA E DA PUBLICAÇÃO DA LEI QUE O INSTITUA

O instituto do “confisco alargado”, quando aprovado, deve alcançar conjuntos patrimoniais originados antes mesmo de sua entrada em vigor. Ora, se assim não for, a efetividade do instituto estará prejudicada.

É importante registrar que o “confisco alargado” está alinhado com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório, razão pela qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade penal prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição. É de bom alvitre repisar que a aplicação do instituto não representa efeito retroativo da norma porque a posse de tais bens já é qualificada como ilícita no ordenamento. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a incidência imediata de novas normas jurídicas para situação fáticas pretéritas na ADI 4.578/DF, quando afastou a violação ao princípio da irretroatividade pela Lei Complementar 135/2010 (Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 16/02/2012).

De igual modo, por se tratar de patrimônio originado de forma ilícita, este não atrai a proteção jurídica oferecida pelo direito à propriedade, sob pena de proteção ao enriquecimento ilícito.

Portanto, sugere-se, a inserção de previsão de que “*o confisco alcançará bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência e da publicação da lei*”.

2.2.7. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: DESTINAÇÃO DOS RECURSOS RECUPERADOS AOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES DA



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL

De acordo com Roberto D'Oliveira Vieira²¹:

A atenção dispensada à investigação patrimonial provoca o interesse em buscar meios de assegurar o contínuo desenvolvimento de instrumentos de persecução do Estado, encontrando-se no perdimento de bens um caminho razoável para vincular o investimento de determinados órgãos públicos ao seu desempenho. Por tais motivos, os órgãos envolvidos na exitosa investigação são destinatários de parte dos recursos ou valores apreendidos, solução que já encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

A proposta de destinação de recursos não é original no cenário internacional, sendo usual a identificação de países que já incorporaram tal solução nos ordenamentos locais, a exemplo da França e de Portugal. No país lusitano, a Lei nº 30/2017 alterou a Lei nº 45/2011 para prever, expressamente, a distribuição do produto da venda realizada pelo GAB ao Fundo de Modernização da Justiça, ao IGFEJ, I.P. e à Comissão de Proteção à Vítimas. Residualmente, as demais receitas decorrentes da administração são destinadas totalmente ao GAB.

No Brasil, a despeito da ausência de previsão da distribuição de recursos no Código Penal, o art. 7º, § 1º, Lei nº 9.613/1998 determina que a União e os Estados regulamentem a destinação dos recursos recuperados, assegurada a utilização para ações de prevenção, repressão e julgamento dos crimes de que trata a lei. No âmbito da Operação Lava Jato, a norma serviu de referência para a homologação de acordo de leniência firmado com a Odebrecht S.A. O acordo previu a destinação de 2,5% do montante recuperado aos órgãos públicos responsáveis pela repressão de crimes de lavagem de dinheiro, o que foi homologado pelo Poder Judiciário.

Sugere-se, portanto, a previsão de destinação dos recursos efetivamente confiscados a órgãos participantes da investigação patrimonial.

**2.2.8. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019:
MONITORAMENTO DO CONFISCO ALARGADO**

Conforme importantes estudos realizados por Roberto D'Oliveira Vieira²²:

O controle serve basicamente a duas finalidades: analisar a eficiência do instituto e evitar o comportamento rentista pelos órgãos públicos envolvidos na atividade de recuperação de ativos.

O comportamento rentista ou rent seeking representa a concentração dos órgãos de investigação, apenas, em casos criminais que sejam economicamente

²¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.

²² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

atrativos ou, pior, de violação de direitos e de garantias individuais com vistas a incrementar o resultado financeiro do órgão. Em Portugal, o monitoramento é realizado por relatório emitido pela GRA e pelo GAB e, quinquenalmente, a atividade dos órgãos administrativos é avaliada.

No Brasil, a necessidade de avaliação de medidas legislativas não tem previsão expressa, e tampouco foi tratado nos Projetos. O ato normativo que mais se aproxima em exigir semelhante controle é o Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração de projetos de atos normativos dos órgãos do Poder Executivo. Em linha com o referido decreto, a aplicação do instituto deveria ser avaliada periodicamente em razão da restrição de direitos individuais, notadamente o direito de propriedade. O decreto não apresenta, contudo, detalhamento suficiente para efetiva análise do instituto, notadamente em razão da ausência de previsão de periodicidade e da necessidade de prever as atribuições de todos os órgãos envolvidos.

Portanto, sugere-se o tratamento do tema no projeto com a previsão específica de artigo prevendo o controle da aplicação do instituto.

2.2.9. SUGESTÃO DE APERFEIÇOAMENTO AO PL n. 882/2019: NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA DE QUE A DECISÃO DE CONFISCO DECLARA O VALOR A SER PERDIDO EM FAVOR DO ESTADO

Conforme importantes estudos realizados por Roberto D'Oliveira Vieira²³, "a sugestão de redação do projeto incorporou regra expressa a respeito do confisco de lucros ou verbas acessórias advindas do bem ilícito, incorporando previsão do art. 31, parágrafo 6º, da Convenção de Mérida".

Desse modo, propõe-se, finalmente, a inserção de previsão expressa no sentido de que a decisão declara o valor a ser perdido em favor do Estado, aproximando o instituto da sua lógica de apuração do patrimônio incongruente.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, sugere-se, respeitosamente, a aprovação da temática do "confisco alargado", no Projeto de Lei (PL) n. 882, de 2019, na forma do projeto abaixo apresentado, que consubstancia as considerações expedidas acima:

²³ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. "Análise da Proposta de Inclusão do Confisco Alargado no Projeto de Lei 882/2019". Artigo publicado em Vitória da Conquista-BA, em 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

SUGESTÃO DE PROJETO N. 1

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

.....
Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infração a que a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão e que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, 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.

§ 1º A perda dos bens deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que indique os requisitos do caput. O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e autuado em apartado.

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

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 3º Constitui ônus do réu demonstrar a compatibilidade apontada pelo Ministério Público.

§ 4º A decisão reconhecerá o valor a ser perdido em favor do Estado e será proferida nos termos da legislação processual civil.

§ 5º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, lucros e benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do condenado.

§ 6º A perda pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de condutas praticadas antes da vigência deste artigo.

§ 7º Parte da receita gerada pela venda ou conversão dos ativos será convertida em favor dos órgãos com atuação relevante na identificação do patrimônio incompatível com a renda do condenado.

Art. 91-B. Os chefes do Ministério Públicos da União e dos Estados, as Secretarias de Segurança Pública e o Ministério da Justiça e Segurança Pública elaborarão relatório anual para controle da transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.

Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens.

.....

Alternativamente, sugere-se, respeitosamente, a aprovação da temática do "confisco alargado" na forma de uma das sugestões de projeto abaixo apresentadas:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

SUGESTÃO DE PROJETO N. 2

(TEXTO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO)

Acrescenta o art. 91-A ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar possível o confisco alargado.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faça saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 91-A:

.....
"Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.”

SUGESTÃO DE PROJETO N. 3

Dispõe sobre o perdimento de bens em favor da União, nas hipóteses de condenação pelos crimes que especifica.

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público ou da União, por meio da Advocacia-Geral da União, que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º Caso legislação especial determine o perdimento em favor do Estado, este ente terá legitimidade para o requerimento previsto neste artigo.

§ 5º Em caso de requerimento apresentado pela União ou pelo Estado, o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 6º Em caso de requerimento apresentado pelo Ministério Público fica facultado à União ou ao Estado habilitar-se como litisconsorte ativo.

§ 7º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 8º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

SUGESTÃO DE PROJETO N. 4

Institui o confisco alargado no Brasil.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 91-A. Independentemente da sanção aplicada no caso concreto, na hipótese de condenação por infração penal dolosa que seja apta a gerar vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, e cuja pena privativa de liberdade máxima cominada em abstrato seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, será também feito da condenação a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do condenado e a parte desse patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por seus rendimentos lícitos ou por outras fontes lícitas.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação criminal ou civil, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º O confisco alargado pode alcançar bens, direitos ou valores obtidos por meio de infrações penais praticadas antes da vigência desta Lei, observados os parâmetros do caput.

§ 3º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 4º Consideram-se como patrimônio do condenado os juros, os lucros e os benefícios auferidos com os bens identificados originalmente como incompatíveis com a renda do investigado.

Art. 91-B. A perda do valor deverá ser requerida pelo Ministério Público mediante petição fundamentada que demonstre a prática de crime com a pena privativa de liberdade máxima indicada no art. 91-A e a existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do réu.

§ 1º O pedido será apresentado ao mesmo tempo da denúncia e será distribuído por prevenção ao juízo criminal competente para o processo penal principal e autuado em apartado.

§ 2º O pedido poderá ser aditado até a citação do réu caso novos elementos probatórios indiquem a insuficiência do valor indicado.

§ 3º A União ou outra pessoa jurídica ou ente lesado poderá requerer seu ingresso no processo de confisco alargado na qualidade de assistente do Ministério Público.

Art. 91-C. O réu será citado para contestar o pedido no prazo de 15 (quinze) dias.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (CRIMINAL)

§ 1º Constitui ônus do réu demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo autor, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 2º Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em impugnar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

Art. 91-D. O pedido de confisco previsto no art. 91-A será processado simultaneamente com a ação penal, observadas, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil.

§ 1º A demonstração de os bens do réu serem desproporcionais aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos a concluir pela procedência do pedido, não se exigindo a vinculação dos bens com determinado e específico ato criminoso.

§ 2º A decisão será proferida com base no juízo de preponderância das provas apresentadas pelas partes.

§ 3º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.

Art. 91-E. Parte dos valores arrecadados em decorrência desta lei será destinada a indenizar eventuais vítimas que puderem ser identificadas e ao custeio dos órgãos públicos encarregados da identificação dos bens ou do patrimônio dos réus.

Art. 91-F. Os chefes do Ministérios Públicos da União e dos Estados elaborarão relatório anual ao Conselho Nacional do Ministério Público para controle de transparência e eficiência a respeito da aplicação do instituto.

Parágrafo único. O relatório abrangerá a descrição da atuação de órgãos eventualmente designados para a função de identificação e localização de bens ou ativos. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 23 de abril de 2019

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão