

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

CRISLAYNE SOUZA MELO

O CONFISCO ALARGADO E OS PRINCÍPIOS PENAIIS: a pretensa
incompatibilidade do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico
brasileiro

UBERLÂNDIA

2021

CRISLAYNE SOUZA MELO

O CONFISCO ALARGADO E OS PRINCÍPIOS PENAIS: a pretensa
incompatibilidade do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico
brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito Prof.
Jacy de Assis da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Karlos Alves Barbosa

UBERLÂNDIA

2021

CRISLAYNE SOUZA MELO

O CONFISCO ALARGADO E OS PRINCÍPIOS PENAIIS: a pretensa
incompatibilidade do art. 91- A do Código Penal com o ordenamento jurídico
brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito Prof.
Jacy de Assis da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Uberlândia, _____ de _____ de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Me. Karlos Alves Barbosa – UFU (orientador)

Nome – Titulação (sigla da instituição)

*“When the day is long
And the night, the night is yours
alone
When you're sure you've had
enough of this life
Hang on*

*Don't let yourself go
'Cause everybody cries
And everybody hurts,
sometimes”*

(R.E.M – Everybody Hurts)

RESUMO

A globalização e o avanço tecnológico fizeram surgir novos tipos de criminalidade caracterizados por organizações criminosas altamente complexas, as quais representam grande risco ao próprio Estado democrático de Direito. As penas privativas de liberdade e o confisco clássico tornam-se insuficientes e incapazes de solucionar o perigo representado por essas organizações. Nesse contexto, surgem novos mecanismo entre os quais o confisco alargado. Entretanto, o combate ao crime organizado não pode se valer de medidas que possam violar os princípios penais basilares ao Estado Democrático de Direito, desse modo, o presente trabalho propõe-se a estudar a temática e analisar o art. 91-A do Código Penal brasileiro que introduziu o instituto em nosso ordenamento jurídico. Nesse escopo, investigaremos a natureza jurídica do Confisco Alargado, buscando determinar a pertinência ou não da incidência dos princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência. Ao final, analisaremos a redação final do dispositivo, suscitando eventuais falhas. Por fim, seremos capazes de responder ao questionamento central do trabalho, ou seja, se o instituto em estudo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Confisco Alargado. Princípios penais. Compatibilidade. Natureza Jurídica.

ABSTRACT

The globalization and technological advancement have given rise to new types of crime characterized by highly complex criminal organizations, which pose a great risk to the democratic rule of law itself. The prison sentences and classic confiscation become insufficient and incapable of solving the danger posed by these organizations. In this context, new mechanisms are emerging, including Extended Confiscation. However, the fight against organized crime cannot rely on measures that may violate the constitutional principles that are fundamental to the Democratic Rule of Law, thus, the present work proposes to study the theme and analyze art. 91-A of the Brazilian Penal Code that introduced the institute in our legal system. In this scope, we will analyze the Extended Confiscation in face of the principles of the presumption of innocence, of culpability and of the intranscendence of the penalty. At the end, we will analyze the final wording of the device, investigating any flaws. Finally, we will be able to answer the central questioning of the work, that is, if the institute under study is compatible with the Brazilian legal system.

Keywords: Extended Confiscation. Criminal Law's Principles. Compatibility. Legal Nature.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS.....	10
3. O CONFISCO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
3.1 BREVE HISTÓRICO.....	12
3.2 MODALIDADES DE CONFISCO.....	14
3.2.1 O confisco clássico.....	14
3.2.2 O confisco subsidiário.....	16
4. O CONFISCO ALARGADO.....	18
4.1 A CRISE DO CONFISCO CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO CONFISCO ALARGADO.....	18
4.2 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO.....	24
4.2.1 Natureza Penal	25
4.2.2 Natureza Administrativa ou Civil.....	26
5. APONTAMENTOS ACERCA DA REDAÇÃO FINAL DO ART. 91-A.....	31
6. CONCLUSÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o vocábulo “confisco” ainda possui uma carga valorativa bastante negativa, trazendo à nossa memória a prepotência, o arbítrio e o abuso do poder ilimitado. Tais traços somente foram atenuados com os desdobramentos do Iluminismo.

Justamente em decorrência do legado iluminista que o confisco recebeu papel secundário na persecução penal, ou seja, a atenção estatal era voltada ao patrimônio do investigado apenas para a comprovação de materialidade e autoria. Não obstante, vem ocorrendo um redirecionamento dessa atenção estatal para a persecução patrimonial, tanto no Brasil como em outros países, desde que a sociedade internacional deu destaque ao tema na forma de tratados e convenções.

O confisco ganha enfoque como instrumento de combate eficaz à criminalidade organizada e globalizada, haja vista que essas modalidades criminosas exigem a inutilização do lucro ilícito, especialmente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade. Enfatize-se que tais lucros alimentam e estimulam as organizações criminosas, acarretando o surgimento de novos delinquentes, atraídos pela possibilidade de enriquecimento fácil, bem como gerando corrupção na estrutura estatal.

É nesse contexto de organizações globalizadas complexas que os instrumentos tradicionais do confisco, apesar do seu progressivo alargamento e do fortalecimento das suas capacidades práticas, restam insuficientes face as exigências da nova criminalidade. As formas clássicas de confisco acabam por produzir resultados reduzidos e insatisfatórios.

Além disso, as elevadas exigências probatórias subjacentes ao confisco fazem permanecer na opinião pública a ideia perniciosa de que ao final o crime compensa e que a resposta oficial é ineficiente, visto que pune o crime, mas permite a conservação dos seus benefícios. Por conta da ineficiência dos métodos clássicos de confisco, surgem medidas como o Confisco alargado de bens.

Em solo brasileiro, no mês de março de 2014, foi deflagrada no Brasil a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do país, a

denominada “Operação Lava Jato”. A iniciativa da Polícia Federal trouxe luz a corrupção sistêmica do Brasil e fez surgir o projeto de iniciativa popular chamado de “10 medidas de combate à corrupção”.

No ano de 2019, parte das medidas foi incorporada ao intitulado “Pacote Anticrime”. A mencionada lei, por sua vez, introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro em seu art. 91-A o Confisco alargado de bens. É importante salientar que o dispositivo possui como inspiração a Perda Alargada, instituto português vigente.

Entretanto, o combate ao crime organizado não pode se valer de medidas que possam violar os princípios penais basilares ao Estado Democrático de Direito, desse modo, o estudo do tema do Confisco alargado interessa ao debate crítico para expor eventuais violações aos princípios e averiguar a compatibilidade da medida com o ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas as considerações iniciais, o presente trabalho busca averiguar a natureza jurídica do Confisco Alargado, determinando a pertinência ou não da incidência dos princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência. Pretende-se ainda a análise da redação final do art. 91-A do Código Penal com a apresentação das possíveis falhas.

Para tanto, o trabalho foi dividido em 05 (cinco) capítulos. O primeiro capítulo trata-se desta introdução. No segundo capítulo, serão feitas breves considerações acerca da terminologia utilizado no trabalho. No terceiro capítulo, far-se-á, em um primeiro momento, um breve histórico da pena de confisco no Brasil. Em seguida, serão abordadas as modalidades de confisco presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto capítulo, falaremos das razões que levaram à crise do confisco clássico e evidenciaram a necessidade de novos modelos de combate à criminalidade, bem como do surgimento do confisco alargado, suas modalidade e natureza jurídica.

O quinto capítulo analisará a redação final do art. 91-A do Código Penal, suscitando eventuais críticas e questionamentos acerca do procedimento.

Por fim, no sexto capítulo, teceremos as conclusões finais acerca da compatibilidade do artigo em comento com os princípios penais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a partir de uma questão teórica, qual seja, a compatibilidade do art. 91-A frente aos princípios penais, delimitou-se as hipóteses: a) o instituto do Confisco alargado de bens é uma medida efetiva de combate à nova criminalidade, possuindo natureza civil e sendo compatível com os princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência; e b) a nova medida consubstanciada no art. 91-A e denominada de Confisco Alargado ou Perdimento Alargado de bens possui natureza penal e é incompatível com os princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência, devendo ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Após detida análise das hipóteses, pretende-se encontrar a resposta mais viável ao problema inicial.

2 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS

O Dicionário Houaiss estabelece que confiscar é o ato de “obter forçadamente ou com ameaça de punição em proveito do fisco (erário)” ou “tomar para o fisco”¹. Em sentido jurídico, o termo retrata o ato de transferência coercitiva dos bens ao patrimônio do Estado².

Fato é que o vocábulo confisco, ainda hoje, carrega uma carga valorativa bastante negativa e nos remete a prepotência, ao arbítrio e ao abuso do poder ilimitado, que somente o Iluminismo conseguiu atenuar.³

Ao longo da história, o confisco foi utilizado de maneira mais política do que jurídica e “a abordagem da problemática do confisco parte, muitas vezes, de um pré-juízo, de uma compreensão mais emotiva do que científica do problema”⁴.

Ocorre que o confisco em um Estado absolutista, sem limites, é muito diferente do confisco em um Estado democrático de Direito, onde os poderes se controlam e vigiam mutuamente⁵, além de existir inúmeras garantias individuais visando a proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse escopo, de instrumento perigoso, o confisco tem cada vez mais se tornado mecanismo essencial à defesa da manutenção do próprio Estado⁶.

Todavia, faz-se necessário ressaltar que inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, a confiscação geral de bens, isto é, a apropriação de todos os bens do indivíduo condenado⁷. Isto posto, também é preciso diferenciar o instituto do confisco penal da pena de perda de bens e valores.

Consoante explicita Roberto D’Oliveira Vieira⁸, a Constituição Federal diferencia os dois termos no art. 5º, incisos XLV e XLVI, veja-se:

¹ HOUAISS, Antonio apud VIEIRA, 2019, p. 33.

² SILVA apud VIEIRA, 2019, p. 34.

³ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 265, versão *kindle*.

⁴ CORREIA, 2012, loc. cit.

⁵ Ibid., posição 275, versão *kindle*.

⁶ CORREIA, 2012, loc. cit.

⁷ PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 596.

⁸ VIEIRA, Roberto D’Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 137.

Art. 5º 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:

[...]

b) perda de bens⁹;

Embora ambos os incisos se refiram à perda de bens, o primeiro é tratado como efeito da condenação e está relacionado ao art. 91, II do Código Penal, enquanto o segundo é espécie de pena e foi previsto pelo legislador no art. 43, inciso II do Código Penal¹⁰.

O confisco e a pena de perda de bens e valores diferenciam-se em mais dois pontos: 1) A pena de perda de bens e valores destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial¹¹, enquanto, o confisco possui destinatário diverso, a União, e ainda, 2) O confisco atinge o patrimônio ilícito do condenado ao passo que a pena de perda de bens e valores alcança o patrimônio lícito¹².

Feitas essas considerações, passa-se a uma breve contextualização histórica acerca do instituto do confisco no ordenamento jurídico brasileiro.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 mar 2021.

¹⁰ ESSADO, 2015 apud VIEIRA, 2019, p. 138.

¹¹ AZEVEDO, Marcelo Andre de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: parte geral. Coleção Sinopses para Concursos. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 509.

¹² ESTEFAM, Andre. Direito penal: parte geral. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 522.

3 O CONFISCO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 BREVE HISTÓRICO

Para construir o histórico da pena de confisco no ordenamento brasileiro, foi utilizado quase que integralmente o “Capítulo 3 – Notícia Histórica” constante do livro “Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos” de autoria de Alceu Corrêa Júnior, haja vista a ausência de escritos acerca da matéria.

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, eram muitos os delitos e variadas as formas de suplício sobre o corpo do condenado que constituíam-se nas principais armas políticas do soberano para o controle social. Ressalta-se que o confisco de bens estava previsto como pena acessória da pena capital e foi amplamente utilizado¹³.

No mês de agosto de 1822, D. Pedro determinou que os juízes criminais guiassem suas decisões em conformidade com o estabelecido na Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1822, a qual abolia expressamente a confiscação de bens¹⁴.

O Brasil tornou-se independente de Portugal em 1822. No ano de 1824, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, a qual vedava em seu art. 179, XX, a confiscação de bens em qualquer hipótese¹⁵. Em razão de tal vedação constitucional, o Código Criminal do Império não previa a pena de confisco.

Após a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, houve a edição do Código Penal de 1890, o qual não previa o confisco como penas, mas trazia o confisco como efeito da condenação em seu art. 69, a¹⁶. Em 1891, uma nova Constituição foi promulgada, “porém a vedação expressa da pena de confisco não se

¹³ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, p. 66. O autor ilustra a utilização da pena de confisco com o caso de Tiradentes.

¹⁴ CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 67.

¹⁵ Ibid., p. 67.

¹⁶ Ibid., p. 68.

manteve neste texto constitucional. Seria possível, em tese, a previsão legal da pena de confisco nesse período”¹⁷.

Por outro lado, a Constituição de 1934, através do art. 113, item 29, vedava expressamente o confisco de bens como pena, bem como proibia o banimento e a pena de morte em tempos de paz¹⁸.

Por sua vez, a Constituição de 1937, outorgada sob a égide do poder autoritário e militar do Estado Novo, não vedou expressamente a pena de confisco, silenciando-se a respeito assim como a Carta Magna de 1891¹⁹. O Código Penal de 1940 previa apenas o confisco como efeito da condenação (art. 74, II, a e b)²⁰.

Finda a Segunda Guerra Mundial, o Brasil promulgou uma das mais democráticas constituições de sua história – A Constituição de 1946 – a qual proibia expressamente a pena de confisco. Contudo, o constituinte “previu a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer o sequestro e o perdimento de bens como sanção administrativa em caso de enriquecimento ilícito por abuso de função pública”²¹.

Após a revolução de 1964, durante o período da ditadura militar, a pena de confisco voltou a ser expressamente vedada pela Constituição de 1967 através do art. 150, §1º. Todavia, o texto constitucional autorizava o perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública, o qual se caracterizava como medida de natureza administrativa de competência do Presidente da República²².

Sem mais delongas, a Parte Geral do atual Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 previu apenas o confisco como efeito da condenação. Em sequência, a Constituição vigente foi promulgada em 1988 e não incluiu o confisco entre as penas expressamente proibidas, mas, ao contrário, previu a possibilidade da perda de bens por meio da sanção penal (art. 5º, XLVI, b)²³.

Nas últimas décadas, houveram três atualizações no tocante ao tema do confisco. A primeira realizada pela Lei 9.714/1998 modificando a redação do art. 43

¹⁷ CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.68.

¹⁸ CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 68.

¹⁹ Ibid., loc. cit.

²⁰ Ibid., p. 69.

²¹ Ibid., loc. cit.

²² Ibid., loc. cit.

²³ Ibid., p. 71.

do Código Penal e estabelecendo um novo elenco de penas restritivas de direitos, entre elas a pena de perda de bens e valores, a qual possui características de uma verdadeira pena de confisco²⁴.

A segunda diz respeito à inserção do confisco subsidiário no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 12.694/2012, a qual acrescentou dois parágrafos ao artigo 91 do Código Penal.

A mais recente atualização trata-se do objeto do presente trabalho, isto é, a introdução de uma nova modalidade de confisco, o denominado Confisco Alargado, ao Código Penal por meio da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Após tecer um breve histórico da pena de confisco no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise das modalidades de confisco empregadas no nosso Código Penal.

3.2 MODALIDADES DE CONFISCO

O art. 91, inciso II do Código Penal contém duas das três modalidades de confisco atualmente presentes no direito penal brasileiro, nos tópicos seguinte analisar-se-á cada uma delas.

3.2.1 O confisco clássico

O denominado confisco clássico ou tradicional está previsto nas alíneas a e b, cujo texto integral transcreve-se abaixo:

Art. 91 - São efeitos da condenação:²⁵

[..]

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²⁴ CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.72.

²⁵ 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 20 mar 2021.

Verifica-se que tal modalidade se restringe aos instrumentos, produtos e proveitos obtidos com a prática do crime. Nesse ponto, é necessário a clara distinção entre os termos.

Os instrumentos referem-se aos “materiais, as coisas cujo uso não importa destruição imediata da própria substância e que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie e de que se serviu o agente na prática do crime”²⁶. No entanto, como bem frisado por Bitencourt, não é admitido o confisco indistinto de todo e qualquer instrumento do crime, mas somente daqueles que poderão ser usados na prática de novos delitos ou cujo uso ou porte sejam proibidos, evitando-se, por exemplo, o confisco de utensílios profissionais, de trabalho ou de estudo²⁷.

Por outro lado, os produtos são as “coisas adquiridas diretamente com o delito (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (joia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa)”²⁸.

No conceito do parágrafo acima, observa-se que Lyra não diferenciou produto e proveito. Contudo, essa diferenciação é necessária para a completa compreensão do tema.

Como bem explica Roberto D’Oliveira Vieira, o proveito é “a vantagem obtida pelo crime que não esteja vinculada diretamente ao produto do crime”. Desse modo, por exemplo, “o dinheiro derivado da corrupção será produto do crime, enquanto que o ganho obtido a partir do investimento representa o proveito do crime”²⁹.

Em outros termos, o produto é a vantagem direta, ao passo que o proveito é a vantagem indireta, ou seja, são as coisas obtidas após a especificação do produto.

²⁶ LYRA apud PRADO, 2019, p. 654-655.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 848.

²⁸ LYRA apud PRADO, 2019, p. 654.

²⁹ VIEIRA, Roberto D’Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 142.

Feitas as devidas conceituações, observa-se que o confisco clássico é estritamente vinculado à prática do crime, ou seja, exige prova da efetiva ligação entre os benefícios obtidos e o delito³⁰.

3.2.2 O confisco subsidiário

A segunda modalidade de confisco presente no artigo 91 do Código Penal está situada no §1º, *in verbis*:

§ 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.³¹

O confisco subsidiário (também denominado de confisco por equivalência) foi introduzido pela Lei 12.694/2012 e atinge não o resultado obtido diretamente pela prática criminosa, mas os bens que, proporcionalmente, apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso³².

É importante salientar que a inclusão do dispositivo é resultado da influência direta de tratados internacionais incorporados pelo Brasil,³³ cita-se a Convenção de Viena de 1988, promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, a qual incentiva que os países adotem as medidas necessárias para o confisco “do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto”³⁴, bem como a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida que possuem dispositivos análogos³⁵.

³⁰ DUARTE, Ana Patricia Cruz. O combate aos lucros do crime – o mecanismo da perda alargada constante da Lei nº 5/2005 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2013, p. 13.

³¹ 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 20 mar 2021.

³² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 143.

³³ ESSADO, 2014 apud VIEIRA, 2019.

³⁴ Cf. Convenção de Viena. “Art. 5º, item 1. 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”.

³⁵ “A Convenção de Palermo, contra o crime organizado transnacional, promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, também contempla dispositivo análogo, cf. art. 12, item 1, a. De igual maneira, a Convenção de Mérida, contra a corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, cf. art. 31, item 1, a” (ESSADO, 2014).

Frise-se que, como a própria denominação sugere, o confisco subsidiário será aplicado subsidiariamente ao clássico, ou seja, apenas quando o produto ou proveito do crime forem identificados, mas não localizados no Brasil ou quando forem localizados, mas estiverem no exterior³⁶.

O confisco por equivalência, obviamente, ganha destaque nas situações em que o bem ou o proveito econômico foram ocultados pelo condenado, mas também em outras situações, como nos casos em que os bens ou valores foram vertidos em favor do condenado, porém não geraram acréscimo patrimonial, a exemplo das despesas de viagem pagas com dinheiro de propina³⁷.

A diferença entre o confisco subsidiário e o confisco clássico reside em dois pontos principais: 1) a aplicação do primeiro é residual, isto é, somente terá aplicabilidade quando os órgãos de persecução não localizarem o produto ou proveito da atividade delitiva; 2) o último recai sobre o patrimônio ilícito do criminoso, enquanto o primeiro pode alcançar o patrimônio lícito do condenado³⁸.

Isto posto, trataremos da nova modalidade de confisco acrescida ao Código Penal pelo art. 91-A, o Confisco Alargado, objeto deste trabalho.

³⁶ ESSADO, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro. São Paulo: USP (Doutorado), 2014, p.25.

³⁷ BRASIL, MPF, 2017 apud VIEIRA, 2019, p. 144.

³⁸ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 144.

4 O CONFISCO ALARGADO

4.1 A CRISE DO CONFISCO CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO CONFISCO ALARGADO

Segundo recentes formulações sociológicas, a atual sociedade caracteriza-se como sociedade de riscos ou sociedade de risco global. Ressalta-se que tal modelo de sociedade possui como características essenciais: os danos não individualizáveis, irreparáveis e incontroláveis; que são gerados por decisões humanas; a sensibilidade ao risco; a potencialização do risco pela ação da mídia e da necessidade de controle, os quais geram a chamada inflação legislativa³⁹.

Na sociedade industrial, os riscos para a existência individual ou comunitária provinham de acontecimentos naturais ou ainda de comportamentos próximos e definidos, para os quais bastava a tutela dos bens jurídicos clássicos, tais como a vida, o corpo, a saúde e a propriedade, dentre outros⁴⁰, isto é, bastava a proteção ofertada pelo direito penal liberal.

Por outro lado, na sociedade global de riscos, a ação humana, muitas vezes de maneira anônima, é capaz de produzir riscos em escala global, visto que é possível que uma ação produza resultado em tempo e lugar muito distante da ação que o originou⁴¹.

Tal fato é consequência direta da globalização que pode ser definida justamente como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa⁴²”.

Os riscos advindos dos avanços tecnológicos ocasionaram a expansão da tutela penal, haja vista que o foco da proteção penal deixa de ser apenas os bens

³⁹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.19.

⁴⁰ Ibid., p. 21.

⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo Dias. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 33, p. 39-65, jan-mar 2001, p. 44.

⁴² GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 60.

jurídicos individuais, relacionados à pessoa, isto é, com vítima definida, e passa a englobar também os interesses supraindividuais e universais⁴³.

Nesse sentido, ao processo de ampliação do conceito de bem jurídico para englobar os bens jurídicos supraindividuais e universais dá-se a denominação de desmaterialização (ou ainda liquefação ou espiritualização ou materialização) do bem jurídico. Como bem sintetizado por Marta Machado:

[...] na perspectiva da teoria do bem jurídico, as conseqüências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos - o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico.⁴⁴

Diretamente ligada a esta nova categoria de bens jurídicos protegidos está a chamada nova criminalidade, entre as suas principais características cita-se: o incontável número de vítimas;⁴⁵ a transnacionalidade e a organização⁴⁶; e o emprego de moderna tecnologia⁴⁷.

A nova criminalidade é via de regra praticada por grandes organizações dotadas de alto poderio econômico e se apresenta de maneira muito diferente daquela delinquência marginal, pontual, desorganizada que caracterizava o Direito Penal clássico⁴⁸.

No meio deste cenário, se impulsionam organizações complexas e de grande potencialidade lesiva que visam ao lucro econômico em grande escala. Muitas vezes, esse lucro é transvestido de uma aparência lícita, através da lavagem de capitais, e

⁴³ CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do Risco e Direito Penal. In: Callegari et al. Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.11.

⁴⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 107.

⁴⁵ ALMEIDA DUARTE, Maria Carolina de. Globalização e a Nova Criminalidade. Programa de Pós-Graduação (Mestrado em História). ICHS/UFMT. Revista Territórios e Fronteiras V.2 N.1 – Jan/Jun 2009, p. 9.

⁴⁶ CHAVES, Karen Medeiros; PRUDÊNCIO, Simone Silva. O livre convencimento motivado no âmbito da criminalidade econômica: soluções para a eficiência da instrução criminal. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 43, n. 1, 2015, p. 12.

⁴⁷ ALMEIDA DUARTE, Maria Carolina de, op. cit., p. 10.

⁴⁸ CHAVES, Karen Medeiros, PRUDÊNCIO, Simone Silva, op. cit. 12.

regularizado no sistema financeiro e demais instâncias formais, fato que dificulta a apuração e punição dos delitos⁴⁹.

É evidente e uníssono que o combate a esse tipo de criminalidade perpassa pela inutilização do lucro ilícito⁵⁰. Justamente, nesse contexto, que o confisco ganha relevância, pois essas organizações criminosas são praticamente insensíveis às penas privativas de liberdade. De outro lado, podem ser bastante atingidas quando se retira seu elemento mais importante: o capital⁵¹. Com efeito, para uma organização criminosa “é mais fácil substituir dez agentes presos e condenados do que dez milhões de dólares congelados e confiscados pela autoridade judiciária⁵²”.

As formas de confisco tradicionais tornam-se incapazes de fazer frente à nova criminalidade. Devido às suas elevadíssimas exigências probatórias, continua por prevalecer na opinião pública a ideia perniciosa de que afinal o crime compensa e que a resposta oficial é incongruente, pois pune o crime, mas permite a conservação dos seus benefícios⁵³.

No tocante à exigência probatória do confisco clássico, verifica-se a necessidade de uma dupla vinculação para a ocorrência da confiscação dos bens. De um lado, necessita-se da vinculação entre o bem declarado perdido e a prática de um fato ilícito típico, cujo nexos causal tenha sido judicialmente provado. Além da vinculação entre o titular do bem perdido e a atividade criminosa punida⁵⁴.

Dito em outros termos:

Demonstrar que uma determinada coisa ou vantagem provem, de forma direta ou indireta, de um qualquer ilícito jurídico-criminal nem sempre será uma tarefa fácil. Para além da prova daquele crime é necessário comprovar a relação entre ele e o concreto benefício patrimonial auferido; isto é, que ele resultou daquele⁵⁵.

⁴⁹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 23-24.

⁵⁰ Ibid., p. 24.

⁵¹ SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia penal brasileira. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 118, p. 233-271, 2016, p.8.

⁵² BERNASCONI, Paolo apud LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 208.

⁵³ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 2164-2177, versão *kindle*.

⁵⁴ LOBÃO, Sofia Cabral Monjardino de Almeida. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a perda alargada de bens na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa (Mestrado), 2019, p. 16.

⁵⁵ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 2177, versão *kindle*.

Com a intenção de contornar tais obstáculos probatórios e cessar o lucro ilícito que retroalimenta as organizações criminosas, originaram-se diversos instrumentos de persecução patrimonial que buscam atingir o patrimônio dessas organizações, sem, contudo, exigir a vinculação com a condenação penal ou a qualificação dos bens como produtos ou instrumentos de crime⁵⁶.

João Conde Correia⁵⁷ classifica esses instrumentos de persecução em quatro modelos de constrição patrimonial, denominados, de forma genérica, de confisco alargado por ampliarem o espaço de atuação do confisco clássico⁵⁸. Ressalta-se que a breve exposição de cada um dos modelos está organizada seguindo a dissertação de Roberto D'Oliveira Vieira.

Antes de adentrar nos modelos genericamente denominados de confisco alargado, é importante salientar a distinção entre tais modelos e as modalidades de confisco anteriormente expostas, bem como pontuar os objetivos do confisco alargado.

É facilmente notada a diferença entre o confisco clássico e as modalidades alargadas: a nova medida constritiva não possui relação com o produto auferido pela atividade criminosa. Já em relação ao confisco por equivalência, percebe-se como semelhança a ausência de relação direta entre os bens confiscados e a conduta imputada no processo criminal, no entanto, como bem assinala o mestre Roberto D'Oliveira Vieira, "o primeiro (confisco subsidiário) tem por limite exatamente o resultado positivo alcançado com a atividade criminosa, restrição não existente no segundo (confisco alargado)"⁵⁹.

Nessa esteira, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade afirmam que o confisco alargado possui uma tríplice de objetivos, quais sejam: 1) acentuar os fins de prevenção geral e especial através da demonstração de que o crime não rende benefícios; 2) evitar o investimentos de ganhos ilícitos no cometimento de novos crimes (propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indenização das vítimas e no

⁵⁶ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 36.

⁵⁷ CORREIA, op. cit., posição 649, versão *kindle*.

⁵⁸ VIEIRA, op. cit., p. 37.

⁵⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Pelo MP: confisco alargado. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/confisco-alargado-roberto-vieira.pdf>>. Acesso em 08 out. 2020.

apetrechamento das instituições de combate ao crime); e 3) reduzir os riscos de concorrência desleal decorrentes do investimento de lucros ilícitos⁶⁰.

Isto posto, trataremos dos modelos genericamente denominados de Confisco Alargado: o primeiro modelo trata-se do confisco geral de bens, sendo aplicado nos casos de condenação por um dos crimes previamente estabelecidos. Neste modelo, não se averigua a licitude do patrimônio, visto que ele será confiscado ainda que seja lícito⁶¹. A ligação entre o bem e o crime é irrelevante⁶².

O segundo modelo é bem próximo ao primeiro, haja vista que determina a perda de todos os bens da organização criminosa ao argumento de que poderão ser direcionados à prática de novos crimes⁶³. Como bem sintetiza 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 nexo entre os bens e a aquisição ilícita⁶⁴”.

O terceiro modelo tem como ponto central para o confisco a origem ou uso ilícito da propriedade. Pode se reconhecer nesse modelo, um caráter real ou *in rem*, pois não incute na causa de pedir, nenhum elemento a respeito da responsabilidade do proprietário ou do possuidor. Logo, basta apenas a demonstração da origem ou uso da propriedade de modo contrário ao estabelecido em lei. O instrumento é essencialmente civil não dependendo da condenação penal⁶⁵.

Por fim, o quarto e último modelo objetiva a perda de bens como decorrência da presença de elementos probatórios indicativos de que eles foram adquiridos ilicitamente. Ressalta-se que a conclusão pela origem ilícita dos bens é fundamentada em dois pontos: 1) na prévia condenação por crimes considerados graves; e 2) na existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do condenado. Fatores que

⁶⁰ 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), in Revista Julgar online 2009, p. 3. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 37.

⁶² CORREIA, op. cit., posição 662, versão *kindle*.

⁶³ VIEIRA, 2019, op. cit, p. 38.

⁶⁴ ESSADO, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro. São Paulo: USP (Doutorado), 2014, p. 113.

⁶⁵ VIEIRA, 2019, op. cit., p. 38-39.

juntos permitem a ilação de que os bens são resultado de uma carreira criminosa anterior⁶⁶.

Não havendo outras justificativas plausíveis para o patrimônio incompatível, torna-se razoável supor que foram cometidos outros crimes, dos quais o conjunto patrimonial é o resultado prático mais visível⁶⁷. Apesar de tal ilação não permitir a aplicação de uma sanção penal típica, será possível por meio da legislação que o Estado confisque os bens que superem a renda lícita do proprietário⁶⁸.

No tocante às diferenciações entre o último modelo e os anteriores, cita-se o seguinte trecho de Roberto D'Oliveira Vieira:

Esse modelo diferencia-se dos dois primeiros porque exige que a acusação demonstre a 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.⁶⁹

Esse trabalho se ocupará apenas do último modelo, haja vista que foi a espécie incorporada no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 91-A do Código Penal. Frisa-se que o Confisco Alargado introduzido pelo Pacote Anticrime foi inspirado na Perda Alargada adotada em Portugal (art. 7º da Lei nº 05/2002⁷⁰) que também utiliza-se do quarto modelo apresentado neste capítulo.

⁶⁶ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 39.

⁶⁷ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 689, versão *kindle*.

⁶⁸ VIEIRA, op. cit., p. 39-40.

⁶⁹ VIEIRA, op. cit., p. 40.

⁷⁰ “1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por «património do arguido» o conjunto dos bens: a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.” Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis>. Acesso em 25 mar de 2021.

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Segundo Maurício Godinho Delgado, encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito equivale a apreender os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no Direito⁷¹.

De maneira mais direta, a natureza jurídica de um instituto diz respeito a posição ou enquadramento no sistema jurídico⁷². A importância de sua definição reside na possibilidade de deduzir, a partir dela, o regime jurídico, isto é, o conjunto de normas aplicáveis para a solução de casos concretos.

A natureza jurídica do confisco alargado foi objeto de inúmeros debates e os posicionamentos são muito divergentes variando de natureza cível, penal, administrativa ou *sui generis*. Contudo como bem leciona Sérgio Moro “a discussão não é isenta de consequências práticas⁷³”, haja vista que acarreta efeitos especialmente sobre o campo probatório e sobre a aplicação dos princípios penais, essencialmente, os princípios da presunção da inocência, da intranscendência da pena e da culpabilidade⁷⁴.

O instituto do confisco alargado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 91-A do Código Penal alterado pela Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Ressalta-se que o mencionado artigo, palco do presente trabalho, é inspirado no modelo português constante do art. 7º da Lei nº 5/2006.

Em Portugal, a introdução do confisco alargado suscitou diversas discussões acerca da natureza jurídica e da aplicação dos princípios penais. Com base nas ADI's

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18 ed. São Paulo: Editora LTr, 2019, p. 84.

⁷² AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 313.

⁷³ MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 62.

⁷⁴ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 185.

6304⁷⁵ e 6345⁷⁶, pode-se afirmar que o mesmo já vem acontecendo no Brasil e a constitucionalidade do instituto tem sido colocada à prova.

Por tais motivos, é extremamente relevante a análise da natureza jurídica do confisco alargado, pois em se tratando de um instituto penal o rigor de aplicação será maior ante a incidência dos princípios penais e da exigência de provas acima de qualquer dúvida razoável, lado outro, sendo não-penal não haverá incidência dos princípios penais e o *standard* probatório será menor.

4.2.1 Natureza Penal

Como bem dito por Tiago Cintra Essado⁷⁷, as controvérsias identificadas na doutrina brasileira acerca da natureza da perda de bens revelam uma característica em comum. Os autores, em regra, optam pela natureza civil ou penal sem, no entanto, tecerem maiores fundamentações para justificar a escolha de uma posição ou de outra.

Contudo, a leitura de alguns autores portugueses acerca da Perda Alargada⁷⁸ no país, revelam os seguintes argumentos para embasar a natureza penal: o instituto possui como pressuposto a condenação penal por um dos crimes previamente estipulados e pelos quais resultem ainda que indiretamente proveitos econômicos, fato que acentuaria a natureza eminentemente punitiva do instituto⁷⁹.

Além disso, a natureza penal seria reforçada pela presença do caráter preventivo do instituto, tanto de prevenção geral quanto especial.

⁷⁵ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6304. Relator Ministro Luiz Fuz. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>>. Acesso em 10 out 2020.

⁷⁶ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6345. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881168>>. Acesso em 10 out 2020.

⁷⁷ ESSADO, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro. São Paulo: USP (Doutorado), 2014, p. 19.

⁷⁸ Entre os autores que defender o caráter penal da medida, citam-se Jorge Godinho, Maria José Matos, Paulo Silva Marques e Sofia Cabral Monjardino de Almeida Lobão.

⁷⁹ LOBÃO, Sofia Cabral Monjardino de Almeida. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a perda alargada de bens na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa (Mestrado), 2019, p. 39.

4.2.2 Natureza Administrativa ou Civil

Entre os defensores da natureza administrativa da medida cita-se José Manoel Damião da Cunha, segundo ele, 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 ilícita⁸⁰.

Para melhor compreender a questão da natureza jurídica do confisco, será necessária a compreensão de alguns conceitos.

Considerando que a condenação é o ato por meio do qual o juiz impõe uma sanção penal ao sujeito de uma infração⁸¹, pode-se definir os efeitos da condenação como todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença irrecorrível⁸².

Os efeitos da condenação dividem-se em duas categorias: os principais correspondentes a imposição das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança. E os demais efeitos denominados de secundários. Por sua vez, os secundários podem ser penais ou extrapenais⁸³, dentre os primeiros, cita-se, a título de exemplo, a revogação obrigatória ou facultativa do *sursis* anteriormente concedido e a possibilidade de reconhecimento da reincidência na hipótese de prática de novo crime. No tocante aos extrapenais, exemplificando, temos o confisco e a obrigação de indenizar o dano.

Além disso, existe uma distinção teórica entre os efeitos automáticos e não automáticos, pois os primeiros, assim como as penas, devem ser declarados fundamentalmente na sentença, enquanto os efeitos automáticos, como o próprio nome sugere, são automáticos, não carecendo dessa formalidade⁸⁴.

⁸⁰ 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. 134.

⁸¹ JESUS, Damasio Evangelista de. Direito Penal: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 545.

⁸² PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 651.

⁸³ BISSOLI FILHO, Francisco. A sanção penal e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113.

⁸⁴ Ibid., p. 114.

Logo, verifica-se que a diferença entre os efeitos secundários automáticos e as penas reside justamente no fato de os primeiros não precisarem ser expressos na sentença penal condenatória⁸⁵.

Os efeitos secundários não-automáticos se assemelham muito às penas, contudo, diferem em seus propósitos principais, visto que as penas possuem um caráter predominantemente retributivo, enquanto, os efeitos têm um caráter acentuadamente preventivo⁸⁶.

Desse modo, pode-se verificar que o confisco alargado é um efeito secundário da condenação penal não-automático, haja vista que necessita de declaração expressa na sentença penal do valor da diferença apurada e especificação dos bens a serem confiscados. Não se trata, pois, de pena em razão do seu caráter eminentemente preventivo.

Além disso, neste trabalho adota-se a natureza civil do instituto pelos motivos que passa-se a analisar nos parágrafos abaixo.

Nos termos anteriormente mencionados, inclusive com a transcrição dos dispositivos, a Carta Magna diferencia nitidamente a perda como efeito da condenação (art. 5º, XLV, CF) e como pena (art. 5º, XLVI, CF).

Entretanto, observa-se que quando o constituinte tratou da perda de bens como efeito da condenação, o fez juntamente à reparação de dano, que é um efeito de natureza civil. Ressalta-se que permitiu para ambos os institutos que seus efeitos sejam transmitidos aos sucessores até o limite do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, parte final, CF)⁸⁷.

Caso o confisco tivesse natureza penal, a norma não teria validade, pois, não seria possível justificar a possibilidade de extensão do perdimento de bens aos sucessores. Haveria clara ofensa ao princípio da intranscendência da pena e, portanto, o confisco não poderia ser admitido no ordenamento jurídico⁸⁸.

⁸⁵BISSOLI FILHO, Francisco. A sanção penal e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010, p. 116.

⁸⁶ Ibid., p. 116.

⁸⁷ ESSADO, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro. São Paulo: USP (Doutorado), 2014, p. 21.

⁸⁸ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 151.

Em outras palavras, o legislador claramente fez a opção pela natureza civil do instituto ao dar a ele o mesmo tratamento dado à reparação do dano. Em síntese, é forçoso concluir que o confisco tem a mesma natureza da reparação do dano, isto é, natureza civil.

Na mesma esteira, Roberto D'Oliveira Vieira afirma que não se pode caracterizar a natureza penal fundamentando-se apenas na previsão do confisco na legislação penal e na sua aplicação pelo Juízo Penal. Com efeito, veja-se:

[..] 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).⁸⁹

João Conde Correia reforça a natureza extrapenal ao afirmar que o confisco não é uma condenação pela prática de crimes hipotéticos, que não foram previamente demonstrados, mas uma simples medida estatal associada a uma situação patrimonial inexplicável⁹⁰. Roberto D' Oliveira ao citar o mencionado autor acrescenta que a medida representa um mero retorno ao estado anterior da atividade criminosa demonstrada indiretamente, não passando, pois, de “um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito”⁹¹.

Nas palavras de Roberto D' Oliveira Vieira:

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 acertamento 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 si⁹².

⁸⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 151.

⁹⁰ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 2464, versão *kindle*.

⁹¹ VIEIRA, op. cit., p. 100-101.

⁹² *Ibid.*, p. 185.

Em suma, “a perda de bens retira do agente patrimônio que não lhe pertencia antes da prática criminosa”. Não se trata, portanto, de medida sancionatória, haja vista que os bens nunca pertenceram legitimamente ao agente, que apenas assumiu sua posse ou titularidade indevidamente⁹³.

Evidenciada a natureza civil do confisco alargado, observa-se a não aplicação dos princípios da presunção de inocência, da intranscendência da pena e da culpabilidade. Todavia, o instituto está condicionado a determinados requisitos imprescindíveis à sua legitimidade em um Estado de Direito⁹⁴.

Visando proteger o cidadão contra o arbítrio do legislador ou do executor da lei, a medida deve seguir os pressupostos da legalidade, visto que, por óbvio, o Estado não pode por razões exclusivamente políticas criar um procedimento com fito apenas em confiscar determinado patrimônio⁹⁵.

Além de que o instrumento deve estar pautado na proporcionalidade, exigência jurídico-constitucional subjacente à restrição de qualquer direito fundamental⁹⁶. Tecnicamente, tem-se no confisco uma restrição ao direito fundamental de propriedade a qual se justifica frente à ilegitimidade do patrimônio, à proporcionalidade da medida e ao retorno do *status quo ante*. Enfatize-se que a medida não pode ser desproporcionada em relação às finalidades que pretende alcançar⁹⁷.

O último e não menos importante pressuposto, diz respeito à garantia de um Poder Judiciário independente e imparcial que julgue de acordo com a lei e o direito e não segundo obscuras e incontroláveis razões político-econômicas⁹⁸. Em outras palavras, é o direito a um julgamento justo seguindo os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório.

Como bem dito por João Conde Correia, o confisco “não pode voltar a ser utilizado, sob um qualquer pretexto, para expropriar o cobiçado patrimônio alheio. O

⁹³ RODRIGUES, Helio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. apud ESSADO, Tiago Cintra

⁹⁴ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 2411, versão *kindle*.

⁹⁵ *Ibid.*, posição 890, versão *kindle*.

⁹⁶ *Ibid.*, posição 902, versão *kindle*.

⁹⁷ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 902, versão *kindle*.

⁹⁸ *Ibid.*, posição 902, versão *kindle*.

Estado apenas tem legitimidade para confiscar os proventos do crime, sendo ilegítimo tudo que superar esse limite⁹⁹.

Em sentido diametralmente oposto ao defendido nesta monografia, menciona-se que o maior expoente do confisco alargado no Brasil, Solon Cícero Linhares, entende pela natureza *sui generis* do instituto.

O autor sustenta que a medida possui elementos em comum tanto com o direito penal quanto com o direito civil. De um lado, necessita da ocorrência de um fato descrito como crime na lei penal e da efetiva condenação processual penal. Lado outro, tem em comum com a seara civil a necessidade de reparação ou compensação dos efeitos que o delito tenha causado a eventual vítimas ou a terceiros prejudicados, incluindo a coletividade. Tratar-se-ia, pois, de uma consequência jurídica de um delito de caráter civil¹⁰⁰.

Em síntese ao entendimento apresentado neste trabalho, observa-se que medida possui caráter civil e não viola os princípios constitucionais penais, desde que haja respeito ao devido processo legal e proporcionalidade em sua aplicação. O confisco alargado utilizado dentro dos limites legais é sim uma excelente arma de combate à criminalidade organizada.

Isto posto e tecidas todas as considerações relevantes, analisar-se-á o art. 91-A apontando eventuais falhas legislativas na redação do dispositivo.

⁹⁹ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 902, versão *kindle*.

¹⁰⁰ LINHARES, Solon Cícero. Confisco Alargado de Bens: Uma Medida Penal, com Efeitos Cíveis Contra a Corrupção Sistêmica. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 177.

5 APONTAMENTOS ACERCA DA REDAÇÃO FINAL DO ART. 91-A

Conforme repetidamente dito neste trabalho, o confisco alargado foi incorporado ao ordenamento brasileiro pelo art. 91-A, introduzido ao Código Penal pela Lei 13.964/2019.

Restou demonstrada até este ponto a natureza extrapenal do instituto em comento, ou seja, sua natureza eminentemente civil e, conseqüentemente, a inaplicabilidade dos princípios da intranscendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência, bem como a compatibilidade da matéria com o sistema jurídico brasileiro.

Não obstante, faz-se necessária a análise do dispositivo buscando tecer breves comentários acerca de sua redação final, evidenciando-se eventuais falhas na versão sancionada pelo Presidente da República.

Antes de iniciar a pretendida análise, colaciona-se abaixo a integralidade do artigo em tela:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, 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.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.¹⁰¹

¹⁰¹ 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 20 mar 2021.

Em confronto, veja-se a redação proposta pelo PL 4.850/2016 (10 medidas de combate à corrupção):

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 nº11.343, 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 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.¹⁰²

A redação final desconsidera a necessidade de um rol taxativo e estabelece que o confisco alargado poderá ser aplicado aos condenados a infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão.

Logo, a medida não estará restrita aos denominados crimes de colarinho branco¹⁰³. Com efeito, tecnicamente, a medida poderia ser aplicada a crimes como estupro ou homicídio, isto é, a crimes que em nada se relacionam com o aspecto econômico. Questão que torna o instituto deveras arbitrário, visto que o réu acaba por ter que contar com o bom senso do julgador.

Esse é precisamente um dos pontos levantados pela ANADEP (Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos) que sustenta a irrazoabilidade da medida diante da ausência de um rol taxativo. Cita-se o seguinte trecho da petição inicial apresentada na interposição da ADI que recebeu nº 6345:

Nesse aspecto, cumpre-nos considerar que, dentre os crimes que têm pena máxima superior a 06 anos, muitos não tem qualquer implicação em aumento ilícito de patrimônio, tal como o estupro (pena máxima de 10 anos), estupro de vulnerável (pena máxima de 15 anos), submeter à prostituição (pena máxima de 10 anos), homicídio (pena máxima de 20 anos), explosão qualificada (pena máxima de 8 anos), etc. Para estes crimes, a decretação da perda de patrimônio é irrazoável e equivale a pena de confisco¹⁰⁴.

Nessa esteira, é importante mencionar que o projeto anticrime inicialmente proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, não previa o rol taxativo, mas possuía um parágrafo que trazia certa limitação ao *caput*:

¹⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.850 de 2016. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 43.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6345. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881168>>. Acesso em 10 out 2020.

§ 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 a sua vinculação a organização criminosa¹⁰⁵.

Veja-se que era necessária a habitualidade ou a vinculação a organização criminosa, fatores que levariam à exclusão de crimes sem caráter patrimonial e acarretariam a aplicação do confisco apenas aos casos em que existe um estilo de vida criminoso, isto é, nos casos em que o agente adota o crime como meio de vida.

De fato, é desproporcionado e irrazoável a inexistência de um rol taxativo que impeça a ocorrência de arbitrariedades por parte do julgador, circunstância que pode ocasionar em situações semelhantes sendo julgadas de maneira muito distinta. Portanto, concorda-se com o posicionamento da ANADEP nesse quesito, apesar da discordância quanto à natureza do instituto e aplicação dos princípios penais.

Outro ponto, é justamente a questão da necessidade ou não de demonstração de carreira criminosa anterior, requisito bastante discutido na doutrina portuguesa assim como o é a natureza jurídica do instituto¹⁰⁶.

A construção doutrinária acerca do requisito de carreira criminosa parece tentar solucionar eventuais aplicações desproporcionadas da perda alargada¹⁰⁷. Com efeito, a dispensa de tal requisito constituiria ônus excessivo ao réu¹⁰⁸.

Em comentário, em sentido contrário, acerca da questão em Portugal, tem-se João Conde Correia. Em citação ao autor, Roberto D'Oliveira Vieira sustenta que o texto legal não comporta interpretação que exija o cumprimento do requisito de carreira criminosa, bem como que a imposição de tal ônus para o Ministério Público tornaria o instituto inócuo, considerando que se o órgão acusatório não imputou ao

¹⁰⁵ BRASIL. Projeto de Lei n.º 882, de 2019 (do Poder Executivo). Brasília, DF, 15 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰⁶ Sobre o tema recomenda-se a leitura do “Capítulo 2.1 – Carreira criminosa anterior” presente no livro *Confisco Alargado de Bens: análise de direito comparado de autoria de Roberto D'Oliveira Vieira*. Na seção em comento, o autor faz um panorama geral sobre os posicionamentos da doutrina portuguesa em relação à matéria.

¹⁰⁷ SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, p. 233-271, 2016, p. 24.

¹⁰⁸ DUARTE, Ana Patrícia Cruz. O combate aos lucros do crime – o mecanismo da perda alargada constante da Lei nº 5/2005 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2013, p. 23.

condenado a atividade criminosa anterior é porque não detinha elementos probatórios suficientes para iniciar o processo penal¹⁰⁹.

Todavia, o argumento do ilustre autor não merece prosperar. Ao defender o requisito da carreira criminosa anterior, não se defende que haja prova inequívoca, uma prova acima de qualquer dúvida como é no processo penal. Em verdade, o que se propõe é a existência provável de atos ilícitos anteriores da mesma natureza daqueles pelos quais houve a condenação¹¹⁰, ou seja, é a prevalência de evidências, o típico *standard* probatório do processo civil.

Além disso, o dispositivo suscita outro questionamento, nas palavras de Solon Cícero Linhares “a condenação pela infração penal, referida no *caput*, exige trânsito em julgado ou se contenta com a condenação em segunda instância?”¹¹¹. Frisa-se que o autor propõe a referida questão ao comentar o projeto de lei inicialmente proposto por Moro, contudo, a questão ainda persiste.

Como bem menciona o doutrinador, o tema vai andar lado a lado com a jurisprudência dominante brasileira acerca da execução da pena privativa de liberdade¹¹². Em outras palavras, atualmente, o STF entende que os réus condenados só poderão ser presos após o trânsito em julgado, logo, o mesmo se aplicará ao confisco alargado, ou seja, o réu só poderá ter seus bens efetivamente confiscados após a sua condenação ter transitado em julgado.

Renato Brasileiro suscita outra controvérsia acerca do art. 91-A. Na ocasião da introdução do confisco subsidiário pela Lei 12.694/2012, o legislador preocupou-se em estender à nova modalidade a possibilidade de utilização das medidas cautelares patrimoniais previstas na legislação processual para assegurar a sua eficácia¹¹³.

Ao introduzir o confisco alargado, no entanto, o legislador não apresentou a mesma diligência. Como bem expõe Renato Brasileiro:

¹⁰⁹ CORREIA, João Conde, apud VIEIRA, Roberto D'Oliveira.

¹¹⁰ DUARTE, Ana Patricia Cruz. O combate aos lucros do crime – o mecanismo da perda alargada constante da Lei nº 5/2005 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2013, p. 23-24.

¹¹¹ LINHARES, Solon Cícero. Confisco Alargado de Bens: Uma Medida Penal, com Efeitos Cíveis Contra a Corrupção Sistêmica. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169.

¹¹² *Ibid.*, p. 169.

¹¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 54.

[...] levando-se em consideração a ideia básica de que não se pode privar a autoridade judiciária do poder de decretar medidas cautelares, sob pena de completo esvaziamento da eficácia da própria atividade jurisdicional, impõe-se verdadeira interpretação extensiva do art. 91, §2º, do CP, para que também seja admitida a utilização das medidas assecuratórias previstas no CPP - a exemplo da apreensão, do sequestro, da alienação antecipada, ou da utilização cautelar (CPP, art. 133-A, incluído pela Lei n. 13.964/19) - sobre bens ou valores equivalentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Somente assim se poderá resguardar a eficácia de futuro confisco alargado.¹¹⁴

Caso não haja a possibilidade de utilização das medidas cautelares, corre-se o risco de o agente ao tomar conhecimento do oferecimento da denúncia dissipar seu patrimônio, podendo dificultar a ação do mecanismo alargado e até inviabilizá-lo.

Ademais, critica-se a falta de precisão acerca do procedimento para a decretação do confisco alargado. A redação final aprovada pelo Congresso Nacional não deixa claro, por exemplo, qual o prazo dado ao condenado para demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. O procedimento se dará na própria ação penal que discutiu o delito que ensejou o confisco ou se dará em autos apartados¹¹⁵? Não restou claro o procedimento a ser realizado, pairando inúmeras dúvidas que provavelmente serão respondidas pela doutrina ou jurisprudência.

Por fim, o último apontamento e crítica que se faz a redação do artigo é a ausência de um lapso temporal. O art. 91-A não definiu um lapso de tempo para a análise do patrimônio adquirido pelo réu. Nos termos ditos por Solon Cícero Linhares:

Derradeiramente, uma crítica que se faz é aquela à ausência de lapso temporal. Não pode um sujeito estar ao escrutínio do Estado a qualquer momento de sua vida, ou seja, se o réu já detém a posse do patrimônio dito presumível ser de origem criminosa, há determinado espaço temporal, não pode mais o Estado se imiscuir nele. O direito português estipula o prazo de cinco anos, tempo esse, a nosso entender, razoável para que o Estado detecte práticas criminosas e exija a prova da origem dos bens do condenado, sem essa baliza temporal, sem dúvida, há um retorno ao estado absoluto, àquele sem limites jurídicos¹¹⁶.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 54-55.

¹¹⁵ LINHARES, Solon Cícero. Confisco Alargado de Bens: Uma Medida Penal, com Efeitos Cíveis Contra a Corrupção Sistemática. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169.

¹¹⁶ Ibid., p. 169.

Segundo o autor, outra opção, além da delimitação de um lapso temporal, seria vincular os bens a serem confiscados ao prazo prescricional do delito por qual o agente foi condenado¹¹⁷.

Apesar de o Confisco Alargado não violar os princípios da presunção de inocência, da culpabilidade e da intranscendência da pena, em razão de sua natureza civil, como demonstrado neste trabalho, a redação do dispositivo possui algumas falhas técnicas, as quais continuarão suscitando críticas e dúvidas por parte da doutrina e jurisprudência.

A redação é eivada de imprecisão e desproporcionalidade e como bem assinala João Conde Correia:

“Na ânsia louvável de lutar contra o crime e de salvaguardar os fundamentos do Estado de direito, não estaremos a deitar fora algumas das conquistas civilizacionais mais importantes e, dessa forma, a comprometer decisivamente esse mesmo Estado? Não serão os remédios mais perigosos do que a própria doença?”¹¹⁸

Pode-se afirmar que o Brasil avançou no combate ao crime organizado com a incorporação do instituto ao ordenamento jurídico, todavia a imprecisão da redação o torna arbitrário e desproporcionado.

A proporcionalidade é um dos requisitos do confisco que salvagam o cidadão do arbítrio de um Estado absolutista, nos termos anteriormente mencionados. Desse modo, verifica-se que a medida acaba por violar o próprio Estado democrático de direito. Em curta e simplória síntese, a ideia inicial do legislador é boa, mas foi mal elaborada.

¹¹⁷ LINHARES, Solon Cícero. Confisco Alargado de Bens: Uma Medida Penal, com Efeitos Cíveis Contra a Corrupção Sistêmica. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169.

¹¹⁸ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda (INCM), 2012, posição 877, versão *kindle*

6 CONCLUSÕES FINAIS

O presente trabalho buscou respostas às indagações acerca da compatibilidade do Confisco Alargado com os princípios penais, tais como o princípio da presunção de inocência, da culpabilidade e da intranscendência da pena.

De início, traçou um histórico do confisco no Brasil com início nas Ordenações Filipinas até os dias atuais com a inclusão do art. 91-A pela Lei 13.964/2019, popularmente chamada de Pacote Anticrime.

Em seguida, foram apresentadas as modalidades de confisco previstas no ordenamento jurídico brasileiro antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, conceituando o confisco clássico e subsidiário, bem como definindo as diferenças entre tais modalidades.

No capítulo seguinte, abordou-se a crise do confisco clássico e brevemente as razões sociológicas que levaram ao surgimento da modalidade alargada, contextualizando a medida na atual sociedade de riscos e frente a nova criminalidade.

Adentrando às questões principais, tratou-se a respeito do que seria natureza jurídica e quais as implicações de sua definição para a determinação do regime jurídico do Confisco Alargado. Nessa esteira, foram levantados os principais argumentos para a defesa da natureza penal, administrativa, *sui generis* ou civil do instituto.

Ao final, conclui-se que a medida possui natureza civil e que os princípios da presunção de inocência, da culpabilidade e da intranscendência da pena não seriam aplicáveis, mas que entretanto haviam certos requisitos que deveriam ser cumpridos em especial o requisito da proporcionalidade da medida.

Esgotados os questionamentos iniciais, observou-se a necessidade de analisar a redação final do art. 91-A e tecer eventuais críticas.

Feitas as análises, concluiu-se que o Brasil avançou no combate à criminalidade organizada, mas que o dispositivo possui falhas técnicas por não ser claro acerca do procedimento a ser realizado e, sobretudo, por ser desproporcional

ao não fixar rol taxativo para a incidência da medida e um lapso temporal de abrangência para a confiscação de bens.

Em razão da desproporcionalidade constada, verifica-se que o Confisco Alargado à maneira do art. 91-A fere um dos requisitos que o distancia do confisco arbitrário de um Estado absolutista, acabando por ferir o próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA DUARTE, Maria Carolina de. **Globalização e a Nova Criminalidade**. Programa de Pós-Graduação (Mestrado em História). ICHS/UFMT. Revista Territórios e Fronteiras V.2 N.1 – Jan/Jun 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

AZEVEDO, Marcelo Andre de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal: parte geral**. Coleção Sinopses para Concursos. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BERNASCONI, Paolo apud LIMA. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.850 de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

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 20 mar 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 mar 2021.

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

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 882, de 2019** (do Poder Executivo). Brasília, DF, 15 mar. 2019. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 20 mar. 2021

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. In: Callegari et al. Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CHAVES, Karen Medeiros; PRUDÊNCIO, Simone Silva. **O livre convencimento motivado no âmbito da criminalidade econômica: soluções para a eficiência da instrução criminal**. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 43, n. 1, 2015.

CORRÊA 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 - Casa da Moeda (INCM), 2012.

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.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. São Paulo: Editora LTr, 2019

DIAS, Jorge Figueiredo Dias. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 33, p. 39-65, jan-mar 2001.

DUARTE, Ana Patricia Cruz. **O combate aos lucros do crime – o mecanismo da perda alargada constante da Lei nº 5/2005 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações**. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2013

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. São Paulo: USP (Doutorado), 2014.

ESTEFAM, Andre. **Direito penal: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

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

JESUS, Damasio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/2019 – Artigo por Artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LINHARES, Solon Cícero. **Confisco Alargado de Bens: Uma Medida Penal, com Efeitos Cíveis Contra a Corrupção Sistêmica**. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. II.

LOBÃO, Sofia Cabral Monjardino de Almeida. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a perda alargada de bens na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa (Mestrado), 2019

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MPF, Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. Brasília: Site Oficial, s.d. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em 08 out. 2020.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: SMMP, 2013.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

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)**, in Revista Julgar online 2009, p. 3. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **A perda alargada em face da principiologia penal brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 118, p. 233-271, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 6304**. Relator Ministro Luiz Fuz. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>>. Acesso em 10 out 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 6345**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881168>>. Acesso em 10 out 2020.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens: análise de direito comparado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Pelo MP: confisco alargado**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/confisco-alargado-roberto-vieira.pdf>>. Acesso em 08 out. 2020