

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-
POLICIAIS**

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A PRESUNÇÃO DE ILICITUDE DO
PATRIMÔNIO INCONGRUENTE NA PERDA
ALARGADA: BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade Ciências Jurídico-Policiais

Autor: Geovaldri Maciel Laitartt

Orientador: Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Número do candidato: 30011157

Abril de 2025
Lisboa

À minha irmã Cristina, exemplo de vida, que descansa no
Oriente Eterno.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, ao Grande Arquiteto do Universo pela vida, inspiração e proteção de toda minha trajetória.

Aos meus queridos pais, pelo amor e apoio em minha ímpia jornada, sempre longe de casa e buscando ser cada vez uma pessoa melhor.

À minha amada esposa, Juliana, pelo apoio incondicional, em especial nos dois semestres letivos de aulas presenciais em Lisboa, tendo ela ficado no Brasil cuidando de nossos quatro filhos, sozinha, com força e dedicação ímpares.

Agradeço aos meus filhos, Anna, Isabella, Arthur e Matheus, que mesmo que hoje não compreendam a ausência do pai, certamente se constituem no meu grande alicerce emocional e são o início e o fim de toda minha existência.

Aos meus professores do Mestrado, minha eterna gratidão, tanto pelos ensinamentos, quanto pela sensibilidade na lida com um estudante estrangeiro, pois não mediram esforços para dar eficácia ao processo ensino-aprendizagem.

Gostaria de externar um agradecimento especial ao Professor Doutor Manuel Guedes Valente por seu invejável entusiasmo acadêmico e contagiante amor pela investigação científica.

Ao Professor Doutor Mário Ferreira Monte meu agradecimento pelas orientações e correções de rumo da investigação.

Não poderia deixar de referir a Polícia Federal do Brasil, por meio da Academia Nacional de Polícia, que possibilitou e viabilizou minha participação no Mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

RESUMO

A investigação analisa a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente no âmbito da perda alargada, com foco nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. O objetivo principal é avaliar o grau de harmonização das legislações e os fundamentos legais e dogmáticos que sustentam esse instituto. A perda alargada, reconhecida como ferramenta contra o crime organizado, visa combater a acumulação ilícita de patrimônio, adotando uma presunção relativa de ilicitude de bens como fundamento. O estudo aborda a evolução histórica do confisco de bens, desde sua aplicação arbitrária na Idade Média, que culminou com seu banimento, até sua modernização em ambientes democráticos, seja nas convenções internacionais, como as de Viena e Palermo, seja nas legislações nacionais, que enfatizam a estratégia de descapitalização de organizações criminosas, tendo abordado a sua natureza jurídica não penal como fundamento da constitucionalidade da presunção.

Em Portugal, a Lei n.º 5/2002 estabeleceu o confisco alargado, permitindo o confisco de bens incompatíveis com o rendimento lícito, enquanto no Brasil, o instituto foi recentemente incorporado pelo art. 91-A do Código Penal (2019), com diferenças nos pressupostos. Foram levados em consideração os conceitos e pressupostos previstos nas Diretivas 2014/42 e 2024/1260, ambas do Parlamento e do Conselho Europeu, dado o objetivo primordial de harmonização dessas legislações internacionais. A pesquisa compara as abordagens legislativas, destacando desafios como a definição da natureza jurídica do confisco, considerado híbrido ou extrapenal, e suas implicações nos direitos fundamentais, como a presunção de inocência.

A dissertação propõe parâmetros para harmonização legislativa entre os dois países, buscando segurança jurídica no enfrentamento do crime organizado transnacional, respeitando direitos e garantias fundamentais, mas garantindo eficácia à estratégia de estrangulamento econômico dessas organizações.

Palavras-chave: presunção de ilicitude, perda alargada, confisco de bens, recuperação de ativos.

ABSTRACT

This dissertation analyses the presumption of unlawfulness of incongruous assets in the context of extended loss, focusing on the legal systems of Portugal and Brazil. The main objective is to assess the degree of harmonisation of the laws and the legal and dogmatic foundations that support this institute. Extended confiscation, recognised as a tool against organised crime, aims to combat the illicit accumulation of assets by adopting a relative presumption of illegality. The study looks at the historical evolution of asset confiscation, from its arbitrary application in the Middle Ages, which culminated in its banishment, to its modernisation in democratic environments, such as international conventions like those of Vienna and Palermo, which emphasise the decapitalisation of criminal organisations, having addressed its non-criminal legal nature as a basis of the constitutionality of the presumption.

In Portugal, Law no. 5/2002 established extended confiscation, allowing for the confiscation of assets that are inconsistent with lawful income, while in Brazil, the institute was recently incorporated by art. 91-A of the Penal Code, with differences in the assumptions. The concepts and assumptions set out in Directives 2014/42 and 2024/1260, both of the European Union, were taken into account, given the primary purpose of harmonizing these international laws. The research compares the legislative approaches, highlighting challenges such as defining the legal nature of confiscation, considered hybrid or extrapenal, and its implications for fundamental rights, such as the presumption of innocence.

The dissertation proposes parameters for legislative harmonisation between the two countries, seeking legal certainty in the fight against transnational organised crime, respecting fundamental rights and guarantees, but guaranteeing the effectiveness of the economic strangulation strategy of these organisations.

Keywords: presumption of unlawfulness, extended forfeiture, confiscation of assets, recovery of assets.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	07
CAPÍTULO I – Perda alargada: origem, fundamento, conceito e pressupostos.....	15
1.1. Origem e fundamento da perda alargada.....	15
1.2. Conceito e pressupostos da perda alargada	30
CAPÍTULO II – Natureza Jurídica da Perda Alargada.....	43
2.1 A natureza jurídica do confisco alargado no Brasil.....	46
2.2 A natureza jurídica perda alargada em Portugal.....	53
CAPÍTULO III – Presunções Jurídicas e Garantias Fundamentais Aplicáveis.	65
3.1. Presunções no direito penal e no processo penal.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
Referências Bibliográficas	106

Lista de Abreviaturas

CCB – Código Civil Brasileiro

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código Penal Português

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

UE – União Europeia

NCBC – *Non Conviction Based Confiscation*

ONU – Organização das Nações Unidas

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Esta investigação tem por finalidade precípua estabelecer a caracterização legal e dogmática da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente na perda alargada¹ prevista nos ordenamentos jurídicos português² e brasileiro³ (confisco alargado no Brasil), como base para a definição do grau de harmonização entre o regime jurídico desses países, para que se possa ter adequado reconhecimento mútuo das decisões relativas a recuperação de ativos relacionados a crimes graves, em especial de organizações criminosas transnacionais.

É necessário esclarecer que, a despeito da diversidade modelos de confiscos existentes,⁴ tais como o confisco clássico,⁵ confisco não baseado em condenação (NCBC),⁶ confisco civil/*action in rem*,⁷ entre outros, vamos nos ater à perda alargada, em especial aos pressupostos

¹ Importa desde já esclarecer que, seguindo posição de PEDRO CAEIRO, adotamos como equivalentes as expressões “Perda Alargada” e “Confisco Alargado”. Segundo esse autor, embora haja divergências doutrinárias, a equivalência das expressões dos termos “confisco” e “perda” se mostra adequada, podendo o uso ser indistinto CAEIRO, 2011, p. 270. É digno de registro a posição de JOÃO PEDRO CORREA que utiliza ambas as expressões no título do livro “Da proibição do confisco à perda alargada. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012”, infere-se a tendência mais moderna do uso da terminologia “perda”, visando se afastar da carga negativa que o termo “confisco” provoca no inconsciente coletivo, até mesmo em alguns doutrinadores, pois remete principalmente a utilização autoritária na Idade Média, cujos preceitos democráticos de direitos e garantias fundamentais eram praticamente inexistentes.

² Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro.

³ Art. 91-A, do CPB, como redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

⁴ BERNARDO COSTA FARIA relata a existência de três modelos de confisco, o primeiro deles seria o confisco geral de bens, que se materializa como pena, não havendo vínculo entre o crime e o bem a confiscar. O segundo seria o confisco de bens de organizações criminosas que serviriam para fins ilícitos. O terceiro seria um modelo do *non-conviction based confiscations*, que podem se apresentar de natureza civil, administrativa, ou mesmo no processo penal, FARIA, 2022, p. 25.

⁵ O Confisco clássico é em regra definido como aquele que busca o confisco de instrumentos, objetos e bens relacionados com o fato típico e ilícito. Em Portugal está previsto no Código Penal Português (CPP), no Cap IX - “Perda de instrumentos, produtos e vantagens”, art. 110º ao 114º. No Brasil o confisco clássico é previsto no Código Penal Brasileiro (CPB), no Cap VI “Dos efeitos da condenação”, no art. 91. FERREIRA MONTE refere a posição de FIGUEREDO DIAS cujo entendimento é de “providência sancionatória de natureza análoga uma medida análoga a medida de segurança”, afirmando não ser pacífico na doutrina devido natureza híbrida do instituto, podendo constituir um “*tertium genus*” nas possibilidades das reações penais, MONTE, 2023, p. 103-104.

⁶ Inspirada em modelos origem anglo-americana ou na italiana *misura prevenzione*, SALINGER, 2020, possui estrutura que dispensa a condenação anterior. Nas palavras de FERREIRA MONTE, “seja na modalidade clássica, seja na moderna versão ampliada, o confisco não baseado em condenação orienta-se, em geral, aos bens, às vantagens”, sendo assim caracterizado com real (*in rem*), justamente porque não discute culpabilidade pessoal, não depende de condenação e se dirige ao objeto do confisco, MONTE, 2023, p. 87. Ver também CASSELA, 2020 e GONÇALVES, 2018, p. 57.

⁷ Conforme FRANK SALINGER, “o modelo civilista do confisco é a restituição de transferências ilegais de patrimônio, oriundas ou realizadas para o cometimento de crimes.” Vincula-se ao objeto (*ad rem*), não exigindo a aferição da culpabilidade, buscando apenas a perda dos bens angariados, com viés preventivo, SALINGER, 2020, p. 190. PEDRO CAEIRO, ao discorrer sobre o confisco *in rem* e sua relação com o Direito Penal, diz que se for absolutamente independente do Direito Penal tende a ser inútil, quando guardam algum contato revestem-se de mecanismo de burla ao sistema de garantias, constituindo-se “atalhos para o Estado impor, como titular do *jus puniendi*, medidas com finalidades preventivas”, CAEIRO, 2011, p. 296. Embora sedimentado nos sistemas *commom law*, é possível se verificar a adoção em sistemas de *civil law* como a medida de extinção de domínio colombiana, ARAÚJO, 2019, p. 12.

para incidência da presunção de ilicitude do património incongruente. No entanto, sempre que necessário, para melhor compreensão, vamos nos socorrer da comparação entre outros tipos de confisco.

Tendo em vista a finalidade da investigação, bem como a multiplicidade de tratamento dado ao instituto por diversos países, precisamos situar esta investigação no âmbito das legislações luso-brasileiras, nos reportando a diplomas supranacionais. Assim, não serão abordadas legislações comparadas europeias ou americanas. Porém, para melhor esclarecer algum ponto da investigação, poderemos utilizar alguma delas exemplificativamente, não negligenciando o fato de que a portuguesa busca a internalização das normas europeias para fins de harmonização e fortalecimento do reconhecimento mútuo no âmbito da União Européia.

Importante consignar que a investigação estará pautada pelas grandes conquistas iluministas relativas a direitos e garantias fundamentais, embora nos filiamos ao pensamento de SILVA SÁNCHEZ no sentido que a atual expansão do Direito Penal é diferente da ocorrida na década de 1970, impulsionada pelo movimento “Lei e Ordem”, alvo de grandes conflitos políticos e sociais. A atual expansão, além de regrada por direitos e liberdades fundamentais, opera em um ambiente de maior consenso.^{8,9} Não se nega a inflação legislativa penal, ao passo que não se pode negar que as estruturas dogmáticas clássicas não respondem a fenômenos modernos da criminalidade econômica e/ou organizada, havendo a necessidade de se realizar reflexões isentas e técnicas sobre o tema. A discussão será sempre influenciada pelas garantias de direitos e liberdades fundamentais.

O ambiente em que surge e se desenvolve a perda alargada é caracterizado pela tentativa de respostas dos Estados ao desenvolvimento do crime organizado transnacional,¹⁰ que pode

⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 24-25.

⁹ WIENFRIED HASSEMER analisando a evolução do direito penal frente as liberdades fundamentais, verifica que a concepção na Alemanha é que “o Estado já não é o Leviatã. Esta política jurídica não foi feita contra a população, mas antes com um grande consenso da população. O Estado deixa de ser o Leviatã para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade. Os direitos fundamentais, por sua vez, já não são direitos de defesa contra o Estado[...] “Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade, e um aspecto importante na dogmática jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito fundamental à segurança. INSENSEE DE BONA escreveu sobre o tema em 1983, e eu espero que possam ver que um direito fundamental à segurança é algo semelhante a uma bomba”, HASSEMER W., 2006, p. 74.

¹⁰ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime organizado Transnacional de 2000 – Convenção de Palermo - define no art. 2, alínea “a”) “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material”. Na Europa, a Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, no art. 1º, n.º 1, define como “a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actual de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material”. Em Portugal, o Código de Processo Penal,

ser considerado uma ameaça para os direitos fundamentais dos cidadãos e para a própria subsistência do Estado de Direito na atualidade,¹¹ potencializado pelos fenômenos decorrentes da globalização¹² e das inovações tecnológicas, que influenciam a formação de diversas vulnerabilidades sociais, cuja configuração nos permite definir como uma “sociedade de riscos”¹³, no qual visualiza-se o fenômeno de tal criminalidade como um grande desafio para os Estados individualmente, bem como para a comunidade internacional, em face do poderio

no art. 1º, alínea “m”), estabelece a definição de “criminalidade altamente Organizada” como “as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação econômica em negócio ou branqueamento”. Diante da imprecisão esta definição é objeto de críticas doutrinárias, GONÇALVES, 2018, p. 13. GUEDES VALENTE critica a panaceia do crime organizado, se posicionando que se aproxima do direito penal do inimigo, sem definições penais claras e precisas...e ao seu ver “as características básicas seriam a intangibilidade e impenetrabilidade, invisibilidade dos agentes principais, indeterminabilidade das vítimas e elevada lesividade”, VALENTE M. M., 2017. Ainda, o mesmo autor alerta quanto a necessidade análise holística do fenômeno, deixa claro que a criminalidade organizada transnacional “marca e destrói os valores intrínsecos ao Estado de direitos humanos”, VALENTE M. M., 2020, p. 10, mas alerta sobre “o perigo de tudo ser criminalidade organizada transnacional, ou de o terrorismo tolher a lucidez dos espíritos é uma concreta severidade dos nossos dias. A esquizofrênica tendência legislativa, que promove tudo a criminalidade organizada transnacional, até como um mote de legitimação sociológica da criminalização, para o aumento de penas, para ampliação dos espaços de criminalização, niilificando o princípio da fragmentariedade da intervenção penal e, por consequência, violando o princípio da última extrema ratio do direito penal para ampliação da restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais para a implementação e reforço de meios de obtenção de prova.” VALENTE M. M., 2020, p. 12. ELIOMAR PEREIRA também se posiciona sobre o caráter destrutivo do crime organizado, afirmando “as organizações criminosas, em definitivo, dentre todas as inovações do crime, independentemente dos modelos que assumem segundo a tópica nacional ou global de cada sociedade em que se estabelece, constituem certamente o maior desafio da criminalidade, mas não apenas às instituições penais, do século XXI, sim a todas as instituições sociais, a considerar as diversas inter-relações de poder que se tem descoberto entre a sociedade, economia e política, colocando em xeque o próprio direito penal, bem como no Estado mesmo em si, a esfumegar as extremas com que geralmente conseguimos antes distinguir do privado” PERREIRA, 2020, p. 19. O Brasil também é signatário da Convenção de Palermo, tendo o conceito de organização criminosa definido internamente na Lei 12.850/2013, que no art. 1º, § 1º, *in verbis*: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. No art. 2º. define a pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão para quem “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, CORDEIRO, 2015, p. 58. Importante classificação dada por ANTONIO SCARANCA FERNANDES *in* Processo Penal Constitucional. p. 26, como criminalidade leve, comum e grave/organizada, salientando que em relação a esta última há “dificuldade legislativa de se estabelecer eficiência ao sistema repressivo, sem ferir direitos e garantias fundamentais”, *Apud* ESSADO, 2014, p. 27.

¹¹ NUNES, 2023, p. 332.

¹² FARIA, 2022, p. 17. Em sentido semelhante, ANDRÉ PITON afirma que “o desaparecimento das fronteiras internas (justificado pela necessidade de criação de um mercado comum, onde vigorassem plenamente as quatro liberdades fundamentais sobre as quais assenta) constituiu fertilizante sem igual para o desenvolvimento da criminalidade, sobretudo aquela que, por não depender de um específico território – seja pelas suas características intrínsecas, seja pelos meios que tem ao seu dispor –, adquire o epíteto de transnacional. Face, pois, ao crescimento desta criminalidade (ou ao receio de qual tal viesse a suceder), a União Europeia viu-se colocada perante um desafio que até aí se havia furtado a enfrentar: a necessidade de criar e aprofundar mecanismos jurídicos que permitissem agir adequada e convenientemente no domínio de atuação criminal, seja preventivamente, criando formas eficazes e expeditas de detetar e impedir a formação de atos criminosos no espaço europeu, seja repressivamente, gizando instrumentos e políticas que facilitem a perseguição dos criminosos e a descoberta de provas de modo a leva- los perante a justiça”, o autor salienta, baseado na teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck, que, muitas vezes, a sensação de insegurança não está baseada em fatos concretos, desenvolvendo-se um direito penal do risco, PITON, 2018, p. 2.

¹³ BECK, 2010, ALMEIDA P. C., 2021, p. 28.

econômico¹⁴ ser capaz de interferir em sistemas sociais, políticos, mercantis, econômicos, tecnológicos, entre outros.¹⁵

Na defesa da organização jurídico-social, os Estados mobilizaram ferramentas de enfrentamento desse tipo de criminalidade, tais como mecanismos especiais de investigação,¹⁶ sistema de prevenção a lavagem de capitais, cooperação jurídica internacional, surgindo inclusive uma dogmática penal que amplia os bens jurídico supraindividuais no contexto da desmaterialização do direito penal.¹⁷

Neste panorama de definição de políticas e de estratégias de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional, em face da ineficácia de outras respostas estatais,¹⁸ especialmente da pena privativa de liberdade,¹⁹ optou-se pelo foco no estrangulamento financeiro das organizações,²⁰ inovando a ordem jurídica internacional por meio de convenções que dispuseram sobre a lavagem de capitais e medidas de confisco.²¹

¹⁴ FARIA, 2022, p. 17.

¹⁵ No mesmo sentido FARIA, 2022, p. 17, registrando que, conforme dados de 2018, as práticas mais lucrativas do mundo são tráfico de seres humanos e tráfico de armas.

¹⁶ Previstos na Convenção de Viena contra o Narcotráfico e Convenção de Palermo contra Criminalidade Organizada Transnacional, entre outros diplomas internacionais.

¹⁷ CRISLAYNE MELO, dissertando sobre o tema, diz que “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; a transnacionalidade e a organização; e o emprego de moderna tecnologia. 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 clássico”, MELO, 2021, p. 19. SILVA SÁNCHEZ ao discorrer sobre a expansão do Direito Penal pontua a existência de novos bens jurídico-penais decorrentes de novas realidades, SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27.

¹⁸ BERNARDO COSTA FARIA ressalta que, mesmo diante de aprimoramentos constantes dos mecanismos estatais clássicos de confisco, tem se mostrado insuficientes, citando estatística da EUROPOL na qual 98,8% dos valores gerados por mercados ilícitos não são recuperados, sendo que este montante seria em torno 110 mil milhões de Euros, FARIA, 2022, p. 18. FRANCISCO ALMEIDA cita dados da EU no sentido de que 1% do PIB da UE, 139 mil milhões de euros ALMEIDA F. M., 2022, p. 18. ALEXEI SARAIVA e DAYANE LOPES citam dados relacionados a lavagem de capitais e segundo o Painel Internacional de Responsabilidade Financeira, Transparência e Integridade da ONU (UNFACTI *panel*, estima-se que 1.7 trilhão de dólares estão ocultados em países considerados paraísos fiscais, SARAIVA & LOPES, 2022, p. 2.

¹⁹ A falência do sistema carcerário brasileira é notória e declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, na qual consignou, entre outras constatações “um estado de coisas inconstitucional” (Brasil - STF - ADPF 347, 2023). Já o sistema carcerário português, embora em menor grau do que o brasileiro, também apresenta grande ineficácia na função de reinserção social e prevenção. Neste sentido: “A ineficácia da pena de prisão constatada na atualidade, observada, aliás, como ilegítima por funcionar, antes de ressocializadora, como verdadeiro fator criminógeno, por tratar-se de meio artificial e antinatural, impõe uma mudança de paradigma”, ROSA & HENRIQUES, p. 3. No mesmo sentido CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 27.

²⁰ Na perspectiva que o crime organizado transnacional tem seu principal objetivo o ganho financeiro, e que este ganho gera diversas externalidades negativas nas naturezas econômica, social e política, é uma exigência internacional a implementação da perda alarga como ferramenta de prevenção deste fenômeno criminal, DUARTE NUNES afirma que a criminalidade econômica-financeira e a criminalidade organizada são “algumas das maiores ameaças para os direitos fundamentais dos cidadãos e para a própria subsistência do Estado de Direito da atualidade”, NUNES, 2023, p. 331.

²¹ O primeiro fenômeno criminal transnacional que chamou a atenção da comunidade internacional foi o tráfico ilícito de entorpecentes, oportunizando a aprovação da Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, tendo como estratégia o foco no aspecto financeiro de tal

Assim, foi aprovada a “perda alargada”, cujos contornos dogmáticos, sob a ótica da doutrina penal clássica, que entendem o confisco alargado como de natureza penal,²² tendem a violar alguns direitos fundamentais, em especial a presunção de inocência, por prever a presunção de ilicitude do patrimônio incompatível com as condições financeiras declaradas do arguido/acusado/condenado, sobre o qual pairam dúvidas da origem lícita.²³

Dessa forma, investigar a lógica dogmática e legal desse tipo de perda de bens na busca pelos seus efeitos e finalidades, em termos de prevenção geral e especial, tendo em vista a opção de política criminal mundialmente estabelecida, constitui-se alicerce de segurança jurídica para todo o sistema de enfrentamento do fenómeno criminal moderno, que gera muito lucro e não é alcançado pelos mecanismos tradicionais de enfrentamento. A investigação sob a ótica da necessidade de harmonização das legislações ganha relevo, tanto em âmbito da União Europeia, quanto global, visando ao fortalecimento do reconhecimento mútuo das decisões judiciais.

Então, é necessário que, para fins de cooperação jurídica internacional, Portugal e Brasil tenham legislações harmônicas. Assim, o estudo comparado poderá resultar em sugestão de providências legislativas de harmonização,²⁴ sempre tendo em conta o grande dogma que a

fenômeno, prevendo no art. 5º o confisco de bens e a orientação para análise de implementação da inversão do ônus da prova em relação a origem do patrimônio objeto de confisco. Apenas para ilustrar o contexto, em 1906 cerca de 25% da população masculina da China era dependente de ópio. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 31/12/2023.

²² A natureza jurídica da perda alargada será explorada no Capítulo 3 desta dissertação, podendo adiantar que a doutrina se divide entre sua natureza civil, penal, administrativa e mista.

²³ RIOS & PUJOL, 2016, p. 3, “esta tendência mundial ao recrudescimento da normativa penal substantiva e adjetiva é apontada por Hassemer como expressão natural desta sociedade de risco, marcada pela antecipação do controle Estatal, acentuação dos meios repressivos de fiscalização e “supremacia de um novo paradigma: o paradigma da prevenção”, HASSEMER W., 2006, p. 23-24. E continuam: “Neste compasso, as discussões acerca dos limites às restrições de direitos fundamentais a justificar a reivindicada “luta contra a criminalidade econômico-financeira”, é relegada a um plano secundário. Sob este vértice, desvirtua-se o ideal ameaçador de *ultima ratio*, para alçar o Direito Penal ao status de “instrumento auxiliar” de proteção aos direitos fundamentais.” Buscando reflexão crítica: “As atuais proposições para uma nova arquitetura da normativa penal substantiva e adjetiva especial aplicável ao crime organizado econômico-financeiro, na aguda visão de CAIRES, evidenciam uma verdadeira corrida contra o tempo “qual rolo compressor que tudo tenta esmagar”, num sistema no qual se desconsideram os alicerces de um sistema garantista com vistas a promover uma “eficácia quase a qualquer custo”. Deveras, não se ignora o imperativo de reformulação dos pressupostos penais e processuais penais clássicos, assumindo uma postura preventiva e repressiva mais eficaz em face da realidade criminológica contemporânea. Sem embargo, a maximização dos mecanismos legais de oposição tal qual ditada pelos diplomas internacionais implica, invariavelmente, na relativização de regras sobre imputação e minimização de garantias processuais e constitucionais fundamentais associadas a um direito penal de corte liberal.”

²⁴ SÓLON LINHARES estabelece contornos da reflexão que se pretende estabelecer nesta investigação, dizendo ao analisar formas de confisco alargado: “com efeito, em todas as formas há critérios, os quais quanto mais objetivos e bem definidos, mais concorrem para que se produza justiça, especialmente porque os direitos colididos são, em última análise, preservados para embates outros que, porventura, apareçam em situações fáticas semelhantes. É possível sim a limitação de um direito fundamental — no caso específico, a propriedade —, entretanto tal construção doutrinária e jurisprudencial deve passar, obrigatoriamente, por premissas de ordem objetiva. A propriedade privada foi relativizada ao longo do tempo, desde concepções puramente liberais, onde o instituto ganhava contornos quase que absolutos, passando por momentos de reflexões no Estado de Bem Estar Social e, novamente, ganhando outra perspectiva, com os movimentos neoliberais — refiro-me especificamente às

ciência penal tem sua finalidade na limitação do poder do Estado frente à hipossuficiência do indivíduo, o que deve nortear a atividade legiferante no momento histórico de uma “sociedade de riscos”, bem como a necessidade de sua proteção.

Nas discussões que se travam sobre o confisco alargado, há entendimento no sentido de que a opção pela presunção de ilicitude é questão de política criminal necessária para proteção da sociedade, tendo, sob o aspecto dogmático, abordagens que buscam a concordância prática entre o instituto em discussão e os direitos e liberdades individuais, em especial por não existir direitos absolutos. Ainda, dogmaticamente, parte da doutrina entende que não há qualquer violação de direitos ou princípios fundamentais, pois a presunção de ilicitude do confisco alargado é decorrente de sua natureza jurídica, qual seja a “de adequação do patrimônio de acordo com o direito”,²⁵ não sendo de natureza penal, como será demonstrado ao longo da investigação.

Seja qual for a ótica adotada, em homenagem ao Estado Democrático e de Direito, a proteção de direitos e garantias fundamentais, tais como a legalidade, a presunção de inocência, o devido processo legal, o direito à propriedade, são basilares. Assim, o aparente choque de percepções quanto à adequada interpretação e aplicação da presunção da ilicitude do patrimônio incongruente da perda alargada é que se desenvolve neste trabalho, visando à busca de parâmetros claros de proteção individual e coletiva do cidadão, ao passo que se refute a proteção ineficiente por parte do Estado.

Pode-se ressaltar que o contexto social e político no qual se insere o confisco alargado não tem relação com a época romana ou medieval,²⁶ cujas finalidades da medida eram desproporcionais e irrazoáveis, ferindo frontalmente direitos humanos fundamentais.²⁷ O que se busca agora, antes da afirmação do poder soberano, ou da vingança, é a defesa da organização social, sistema econômico e financeiro das nações, por meio de medidas efetivas de enfrentamento ao crime organizado transnacional, dotando o Estado de mecanismos que materializem a máxima de que a atividade criminosa não deve compensar, mas não a qualquer custo. Esta investigação, portanto, buscará estabelecer pressupostos e requisitos para a incidência da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente na perda alargada visando dar

tensões entre a propriedade privada e a perda de bens em favor do Estado. Não há dúvida que os Estados liberais vêm buscando alternativas a reforçar institutos de perda de bens, muitas vezes com a justificativa de que o crime não deve compensar, entretanto, com mesma intensidade deve ser observada a preservação de direitos e garantias individuais, não como forma de confronto, mas como forma premente de evitar o retrocesso”, LINHARES, 2019, p. 1761.

²⁵ MONTE, 2023, p. 129.

²⁶ ESSADO, 2014, p. 13.

²⁷ FARIA, 2022, p. 21.

a necessária segurança jurídica ao instituto, elemento que norteia os ideais de justiça, segurança e liberdade, fundamentos do Estado de Direito de cariz democrático, tendo como referência conquistas iluministas.

Tal segurança jurídica tem por destinatários tanto os arguidos/acusados/condenados, como os órgãos encarregados da acusação da investigação e persecução penal, na busca da “clareza da prova”. Aos primeiros a segurança jurídica interessa na medida em que terão direitos e garantias protegidos²⁸ pelo devido processo legal, de cunho democrático, no qual poderão exercer suas prerrogativas do contraditório e ampla defesa baseados em parâmetros legais prévios, sob o manto da presunção de inocência.²⁹

Quanto aos órgãos estatais, a importância centra-se em dois aspectos. Um deles é quanto à eficiência³⁰ investigativa e processual na persecução do fato tido como criminal, pois é empregada uma grande quantidade de recursos humanos e materiais para demonstrar autoria e materialidade, combinada com incontáveis diligências para a identificação e a localização de patrimônio, tanto físicos com digitais.³¹ Assim, a efetivação da perda alarga sob parâmetros formais adequados possibilitará a descapitalização das organizações criminosas, reduzindo a possibilidade nulidades processuais, tornando a instrumentalidade processual mais eficiente, tendo por finalidade a proteção social.

O outro aspecto é quanto à eficácia da atividade estatal no âmbito da aplicação de penas, pois como é senso comum a pena privativa de liberdade pouco ou nenhum efeito produz na

²⁸ FERNANDA BUTA realizando reflexão quanto ao utilitarismo do Direito Penal conclui que há décadas se utilizam o Direito Penal para enfrentar a criminalidade organizada, sem ter resultados. Transformam o Direito Penal de uma garantia de limitar o poder punitivo do Estado em um mecanismo de aumentar o poder punitivo do Estado, BUTA, 2021, p. 96. FRANCISCA LIMA se posiciona quanto ao confisco alargado brasileiro inserido pelo Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, que inseriu o art. 91-A no Código Penal, afirmando que tal confisco ficou entre a “suspeição do populismo penal legislativo e a necessidade internacional de combate à corrupção e à criminalidade econômica organizada”, LIMA F. S., 2023, p. 15.

²⁹ NEREU GIACOMOLLI traz a reflexão de que o ser humano nasce inocente e assim permanece até que seja declarada sua culpa, após um processo penal devido com todas as garantias da dignidade humana. Assim, não se trataria de uma “presunção”, mas de um “estado” de inocência na perspectiva de essência do ser, com características indubitadas, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente”. GIACOMOLLI, 2016, p. 114. No mesmo sentido VALENTE, 2022, p. 314.

³⁰ GUEDES VALENTE critica a busca pela eficiência a qualquer custo afirmando “os ventos da eficácia como solução para todos os males da justiça e pináculo da pureza da realização da justiça, bem jurídico este erigido a supremo valor a tutelar e a garantir pelo Estado, mesmo que é custo da verdade material, prática, processual, judicial e válida, mesmo que a custo de valores caros aos nossos antepassados legados a nossa geração, mesmo que o custo de uma delação dos pilares éticos republicanos do Estado de direito, material, social, democrático, ocupam os lugares vazios e preenche os vácuos do silêncio daqueles que deveriam defender os valores que deviam opor-se a uma justiça que uma das suas grandes funções e finalidades amalgamadas no Direito.: substituir a violência, a vingança e a arbitrariedade de punir, perseguir e condenar”, VALENTE M. M., 2020, p. 12.

³¹ CASSELLA, 2020, P. 246.

busca da repressão ou prevenção do crime,³² em especial os praticados por organizações criminosas que possuem a lucratividade sua maior motivação e se estruturam de modo que as peças da engrenagem criminal são prontamente substituída no caso de eventual pena privativa de liberdade. Dessa forma, a perda alargada, como uma evolução da perda clássica, constitui-se uma importante ferramenta de enfrentamento a crimes graves, que geram benefícios econômicos, que se utilizem de mecanismos complexos de ocultação e dissimulação da origem dos bens, em especial os organizados e de caráter transnacional.³³

Importante, sempre, reforçar que a eficácia não significa eficiência a qualquer custo, pelo contrário, deverá sempre se pautar pelas liberdades e garantias, mesmo que, em alguns momentos mitigadas, mas sempre se preservando o núcleo essencial.³⁴ Ainda, no contexto de globalização e harmonização normativa, em especial na União Europeia, já previsto por SILVA SÁNCHEZ, a tendência é a flexibilização das regras de imputação e de garantias processuais,³⁵ o que deve ser percebida com todo o cuidado evitando retrocessos.³⁶

Para cumprir tal desiderato, utilizamos pesquisa dogmática instrumental, com método dedutivo, investigando a partir de conceitos gerais e identificando conceitos específicos que se amoldam na problemática estudada. Analisando as posições dogmáticas e os dispositivos legais sobre a perda alargada em Portugal e no Brasil, podemos traçar comparações e compreender criticamente os pressupostos e requisitos da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente da perda alarga e traçar diagnósticos quanto à densificação da harmonização.

³² SÓLON LINHARES sobre a questão da prevenção do crime afirma que “poder-se-ia aventar insuficiência do sistema penal como um todo na prevenção e repressão da criminalidade transnacional, sobretudo se a reflexão teórica ficar atrelada ao formato da normativa penal criada para um modelo de sociedade superada. Ao mesmo tempo em que avançar as formas de intercambiar mercadorias, rompendo fronteiras e proporcionando facilidades aos cidadãos, também evoluem as variantes delitivas, os meios à disposição dos sujeitos que pretendem delinquir, a exemplo das práticas criminosas por meio de criptoativos”, LINHARES S. C., 2019, p. 119.

³³ TROIS NETO, 2021, p.23.

³⁴ WIENFRIELD HASSEMER discorrendo sobre a evolução do direito penal frente as garantias individuais dia que “na lei fundamental alemã temos duas situações de indisponibilidade, uma das quais é que nada deve ferir o conteúdo essencial de um direito fundamental. Pode-se restringir direitos fundamentais, mas nunca se pode atingir o seu núcleo essencial”, HASSEMER W. , 1995, p. 75.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 75.

³⁶ HASSEMER admitindo a diminuição dos direitos fundamentais em prol da evolução do Direito Penal na Alemanha, atribui a dois fatores, quais sejam, erosão das normas sociais e a sociedade do risco. “Considera a teoria que nesta situação aumentam o medo do risco da população e as suas necessidades de controle. Perante a ameaça do risco, a população carece de orientação, de tranquilidade normativa, por isso reage em pânico, sente-se encostada à parede e, em consequência, aumentam as suas necessidades de controle e os seus instrumentos de repressão. Segundo essa definição, as sociedades do risco tendem para uma agravamento dos meios repressivos e para uma antecipação do controle.” ... “São criados novos tipos penais nos âmbitos do Direito econômico, do Direito patrimonial, do Direito da droga, do terrorismo, que tem a particularidade de restringir amplamente o espaço de ação do cidadão. Procede-se à criminalização antecipada, à criminalização na fase prévia à lesão de um bem jurídico, por exemplo, no branqueamento de capitais”, HASSEMER W. , 2006, p. 73.

CAPÍTULO I – Perda alargada: origem, fundamento, conceito e pressupostos

Conhecer como o confisco de bens surgiu e se transformou ao longo do tempo, bem como entender quais os fundamentos lógicos e jurídicos que o fundamentaram e o fundamentam atualmente, permitirá que possamos alinhar a compreensão sobre esta medida constritiva de direito patrimonial e verificar o contexto social, econômico e político que o confisco alargado surgiu, pois do contrário, estaríamos realizando análise pautada em percepções superficiais, sem a devida compreensão do caráter evolutivo do Direito, cujo contorno dogmático acompanha a sociedade e sua evolução política e social, revelando o “estado de espírito de uma sociedade”.³⁷

Assim, conhecendo sua origem e fundamentos, poderemos desenhar um conceito básico sobre a perda alargada, com pressupostos prejudiciais bem claros, visando à segurança jurídica nas acepções aqui já ditas, entendendo sua aplicação com respeito ao devido processo legal.

1.1 Origem e fundamento da perda alargada

A perda de bens, como mecanismo estatal de intervenção na propriedade privada, existe há muito tempo, tendo-se notícias de utilização dela pelas “civilizações greco-romanas e que atravessaram toda a Idade Média”.³⁸ No entanto, seu uso foi deturpado ao longo do tempo,³⁹ na medida em que era usado mais como retaliações políticas do que como consequências jurídicas, afastando-se das finalidades preventivas e se aproximando de caráter de vingança. Com o surgimento do pensamento iluminista e ascensão da burguesia, passou-se a repensar o instituto, cuja proibição foi sendo inserida nos textos constitucionais modernos, tendo como pano de

³⁷ KINDHAUSER, 2020, p. 55. No mesmo sentido JOSÉ NUNO DUARTE afirma que “o crime, como todos os fenômenos sociais, constitui uma realidade dinâmica e evolutiva que acompanha a história do ser humano”, DUARTE J. N., 2023, p. 17. Ainda no mesmo sentido ALCEU CORRÊA JÚNIOR diz que O Direito Penal é objeto de cultura, devendo acompanhar a experiência humana da sua eterna aventura sobre a terra”... “não pode por de lado o estágio cultural de um determinado recorte da evolução humana”, CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 9.

³⁸ FARIA, 2022, p. 21.

³⁹ MANUEL VALENTE reforça que este instrumento de retida de bens dos indivíduos é antigo, tendo sua origem na Grécia antiga e Roma, tendo sido muito utilizado na Idade Média como forma de coação dos senhores feudais, muitas vezes se constituindo em grandes injustiças e abusos. “Os abusos foram de tal maneira graves que as constituições formais passaram a consagrar a sua proibição”, como por exemplo as constituições portuguesas monárquicas e desde 1822 até a de 1980, a Constituição da Monarquia de Espanha de 1812, bem como Constituição Americana de 1789. VALENTE M. M., 2020, p. 36. TROIS NETO ao discorrer sobre a trajetória histórica do confisco menciona que “seus abusos foram duramente criticados, levando a que a privação de bens praticada pelo Estado passasse a carregar o estigma de contrapor-se ao humanismo ou à doutrina liberal” TROIS NETO, 2021, p. 21. Ainda, o mesmo autor contextualiza que “a forte tendência de abolição do confisco ocorrida entre fins do século XVIII e o início do século XIX teria servido para oferecer uma proteção adicional ao direito de propriedade, conforme as necessidades do capitalismo em sua fase de expansão, VELLOZO e ALMEIDA, 2019, p. 404. O Estado Social fez reduzir a ferocidade das objeções contra o instituto, mas sua aplicação mereceu aplicação papel secundário ou nulo.” Arremata afirmando que “mais recentemente, com a constatação do poderio econômico de organizações criminosas e da ameaça corrosiva da disponibilidade do capital criminoso para a integridade do tecido social e político, o debate sobre a confiscação revigorou-se mundialmente”, TROIS NETO, 2021, p. 22.

fundo a manutenção da riqueza burguesa nas mãos da classe abastada. Outra influência para a proibição foram as ideias reformistas no sentido de que o confisco de bens violaria a propriedade privada e feriria o caráter pessoal das penas.⁴⁰ Este discurso pautou grande parte da dogmática, a ponto de se criar um enorme tabu, a proibição do confisco, sem, no entanto, se entender profundamente sobre o instituto nem sobre o momento histórico em que foi deturpado e as aplicações específicas em matéria de prevenção criminal na atualidade.

Obviamente o abuso do confisco que vigorava na Idade Média era compatível com o grau de evolução jurídica, política e social da época, muito distante do atual contexto democrático e de direito.⁴¹ Ressalta-se que, mesmo no período em que o confisco de bens foi sendo paulatinamente proibido,⁴² o confisco especial⁴³ destinado a instrumento e produtos dos crimes nunca fora objeto de tal proibição, mas sim o confisco geral. Dessa forma, pode-se afirmar que o confisco, na configuração dogmática clássica, nunca foi abolido, sendo sua utilização se prolongando por séculos, com aplicação até hoje. O que se aboliu foi a arbitrária expropriação patrimonial não vinculada à atividade criminosa.⁴⁴

JOSÉ NUNO DUARTE, ao dissertar sobre a história do confisco em Portugal, esclarece que, lá, na época em que vigorava o Código Visigótico, importante fonte legislativa entre os Séculos VII e XII, havia a presença do confisco geral como pena complementar de crimes mais graves, como o lesa-majestade, alta traição, blasfêmia, sendo que, no reinado de D. AFONSO II, “foram adotadas medidas destinadas a limitar o exercício de actos de vingança à revelia dos ditames públicos e oficiais, bem como a abolir práticas confiscatórias abusivas”.⁴⁵

No período das Ordenações Afonsinas, continuava a previsão de confiscos nos casos de crimes graves, com necessidade de condenação prévia, salvo se “notório o malefício”. Ainda nesse período, havia situações específicas “em que a perda de bens pelo infrator ficava à mercê da decisão do Rei”, nos casos em que envolviam corrupção dos oficiais do reino. Também, havia a possibilidade de confisco de objetos específicos, como ouro, prata, armas, sempre buscando a proteção dos interesses da coroa e a dissuasão criminal, seja na fabricação de moeda

⁴⁰ DUARTE J. N., 2023, p. 32.

⁴¹ ANTÓNIO VAZ DE CASTRO ao tratar do confisco clássico exemplifica que nas Ordenações Manuelinas era previsto o confisco total dos bens do, de acordo com seus bens. Acrescenta que a evolução se deu no confisco parcial no qual se o crime passou a ser desempenha função determinante do confisco em função da identificação das vantagens, produto e instrumentos a ele relacionados, VAZ DE CASTRO A., 2023, p. 49.

⁴² VAZ DE CASTRO A., 2023, p. 50.

⁴³ DUARTE A. P., 2013, p. 10.

⁴⁴ DUARTE J. N., 2023, p. 22.

⁴⁵ JOSÉ NUNO DUARTE arremata esta ideia informando que a tamanho da fonte de recursos oriundas das sanções pecuniárias fomentaram os aumentos de medidas desta natureza “nomeadamente multas, calúnias, peitas e coimas (quer como penas autónomas, quer em cumulação com outras penas ou como penas substitutivas), bem como medidas de confisco (total ou parcial) de bens, DUARTE J. N., 2023, pp. 22-23.

sem autorização, falsificação, retirada de divisas do reino, tendo, como regra, a exigência de uma relação entre o fato e o objeto do confisco.⁴⁶

Já no período das Ordenações Manuelinas e Filipinas,⁴⁷ que vigoraram até nova legislação da Monarquia Constitucional do Séc. XIX, JOSÉ NUNO DUARTE dizia que “aumentaram bastante as situações puníveis com confisco, total ou parcial, dos bens de infratores”. Uma novidade: além da Coroa e da vítima, aquele que denunciasse receberia metade do confiscado. Foi mantida a essência em relação aos tipos de crimes sancionados com a perda de bens.⁴⁸

A influência do movimento iluminista foi determinante no rearranjo das penas em geral, que, no caso do confisco, por violar a propriedade privada e por ferir o caráter pessoal das penas, propunham a proibição do confisco geral de bens.

Em Portugal, após a Revolução de 1820, a Constituição de 1822, primeira portuguesa, previu a proibição do confisco de bens, da mesma forma a Constituição de 1827, sempre com a perspectiva de que as penas não poderiam passar do delinquente.⁴⁹ Percebemos que o pano de fundo dessa proibição era a preocupação com a pessoalidade das penas, além de se classificar o confisco como um tipo de pena.

Embora com proibição constitucional, o primeiro CPP de 1852 previu a necessidade de relação com o fato criminoso para perda dos objetos, produtos, armas e instrumentos do crime, autorizando, dessa forma, o confisco especial, o que inaugurou, assim, um novo momento do confisco de bens. Embora com aparente afronta constitucional, a interpretação a ser dada é no sentido de que o confisco foi previsto no art. 64º daquele Código, no capítulo que trata “dos efeitos das penas”, não no capítulo que tratava “das penas”, concluindo-se que a proibição constitucional incidia sobre as penas, mas não sobre os efeitos desta.⁵⁰ Aqui já se verifica a importância da definição e do enquadramento dogmático do instituto, pois a depender da sua compreensão, as consequências jurídicas são diversas.

⁴⁶ DUARTE J. N., 2023, p. 25. Aqui verifica-se claramente, que naquela época, já se estabeleciam os contornos dogmáticos do confisco clássico, em que se exige a demonstração da relação entre o bem e o crime de o seu origem.

⁴⁷ Esta última com previsão de confisco de bens como pena acessória, a pena principal era a capital, tendo o confisco de bens como seu acessório, que foi “amplamente utilizado”, MELO, 2021, p. 12.

⁴⁸ DUARTE J. N., 2023, p. 27.

⁴⁹ DUARTE J. N., 2023, p. 42.

⁵⁰ DUARTE J. N., 2023, p. 33. Concluindo o raciocínio JOSÉ NUNO DUARTE afirma que “a inserção sistemática do preceito e a redação legal adotada denunciavam, com clareza, que a perda de bens não estava concebida como uma pena aplicável para sancionar prática de crimes, mas sim, como um ‘efeito da pena’, mais não se tratando do que uma consequência legalmente estabelecida para impedir que os objetos, produtos e instrumentos do crime fiquem na posse de quem participou do crime ou de quem não tem o direito a ficar com eles”.

Ainda no âmbito português, a proibição do confisco não mais constava na Constituição de 1976,⁵¹ segundo JOSÉ NUNO DUARTE, pelo fato da coincidência do pensamento socializante que buscava “facilitar o combate contra as actividades consideradas lesivas da economia nacional”. O autor afirma que “a supressão do preceito constitucional que proibia o confisco teve a virtualidade de libertar algumas amarras que limitavam as possibilidades de extensão do instituto a novas realidades”.

No entanto, somente com a entrada em vigor do CPP de 1982,⁵² inspirado no projeto de EDUARDO CORREIA, foi que se deu tratamento adequado ao confisco, com destaque para a definição mais rigorosa dos pressupostos do confisco dos instrumentos e produto, “bem como se fortaleceu e se ampliou a incidência, adotando-se previsões para legitimar o confisco sem condenação”. Merece destaque que a ampliação permitiu que o confisco incidisse sobre a *fructa sceleris*, em especial as vantagens económicas provenientes do crime.⁵³ Certamente a influência iluminista forçou o rigor dos pressupostos, buscando evitar os abusos e arbitrariedades de tempos longínquos.

Verifica-se, portanto, que o confisco utilizado abusivamente passou a ser proibido, retornando sua previsão com aspecto jurídico-formal que tendiam observância da legalidade, proporcionalidade e segurança jurídica, especialmente pelo fato de o objeto do confisco ter relação com fato criminoso. Ainda em 2002, com influência internacional pela necessidade de harmonização para fins de cooperação jurídica, Portugal aprovou a perda alargada, por meio da Lei n.º 5/2002.⁵⁴

Importe ressaltar que tanto a Convenção de Viena de 1988, como a Convenção de Mérida de 2003 e a Convenção de Palermo de 2004, reforçam a necessidade de os Estados-Partes legislarem para reforçar a estratégia de enfraquecimento financeiro das organizações criminosas,⁵⁵ demonstrando, assim, a influência da comunidade internacional, em especial

⁵¹ Constituição da República Portuguesa de 1976. Artigo 88º, nº 2: “as sanções poderão incluir, como efeito da pena, a perda de bens, directa ou indirectamente obtidos com a actividade criminosa, e sem que ao infractor caiba qualquer indenização”.

⁵² Portugal. Código Penal. Art. 110º: Artigo 110.º - Perda de produtos e vantagens - 1 - São declarados perdidos a favor do Estado: a) Os produtos de facto ilícito típico... e b) As vantagens de facto ilícito típico ... 2 - O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem.

⁵³ DUARTE J. N., 2023, pp. 41-42.

⁵⁴ Portugal. Lei 5/2002. Perda de bens a favor do Estado - SECÇÃO I - Perda alargada - Artigo 7.º - Perda de bens: 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 actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

⁵⁵ MINAS, 2017, p. 13. Neste sentido DUARTE NUNES vê a absoluta necessidade de “privar os criminosos dos proventos obtidos pelo crime” como forma de dar efetividade ao enfrentamento ao crime organizado, e não

pelos Estados Unidos da América, no sentido de recrudescer as ferramentas de enfrentamento ao tráfico de drogas.⁵⁶ Não se pode negar a influência que o atentado de 11 de setembro de 2001 teve sobre os ânimos dos legisladores portugueses, por ser a perda alargada uma ferramenta de enfrentamento ao terrorismo.

No Brasil, no período colonial, em que também vigoraram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, com as mesmas previsões já citadas a nível português, a Constituição de 1824,⁵⁷ que foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, após a independência do Brasil em 1822, aboliu o confisco de bens.⁵⁸ Pela redação dada ao dispositivo percebe-se perfeitamente que a vedação do confisco era uma forma de impedir que a família da pessoa condenada fosse atingida pela pena, diante do princípio da pessoalidade das penas, já que, na época, o confisco era visto como pena, acessória ou principal. Essa perspectiva também era influenciada pelo pensamento iluminista muito em voga na Europa.⁵⁹

É preciso fazer referência que na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi consignado, no § 31, do art. 141, que “não haverá pena de confisco”, mencionando que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens” no caso de enriquecimento ilícito, entre

somente “ao que tange a salvaguarda dos direitos fundamentais dos visados”, NUNES, 2023, p. 333. Também RODRIGO RIOS E VICTOR COSTA se referindo ao ajuste do Direito Penal para fazer frente ao fenômeno criminal diz que “a reconfiguração do ramo repressor passa sobretudo no desenvolvimento de medidas de prevenção patrimoniais sobre os proveitos ilicitamente acumulados. Transcende-se, inclusive, os limites tradicionais da teoria da pena, sobretudo porque esta nova forma de delinquência reformula o tradicional estereótipo do próprio infrator, o qual, nestes casos, nunca esteve à margem da sociedade, mas “aparentemente inserido no meio social”, razão pela qual não necessita da segregação para alcançar a reinserção”. E continuam os mesmos autores: “o diagnóstico dos estudiosos é claro: deve-se retirar do infrator a possibilidade de usufruir das vantagens ilícitas provenientes de sua empreita delitiva, proporcionando um “asfixiamento econômico do agente do crime”, de outro modo, a repressão às atividades albergadas sob a tônica da criminalidade reditícia não passaria de mais uma expressão simbólica do Direito Penal. Trata-se verdadeiramente, de perseguir o dinheiro proveniente de um ilícito penal e, ao mesmo tempo, impedir a infiltração dos benefícios lucrativos na economia legal, RIOS & COSTA, 2020, pp. 20-21.

⁵⁶ A Convenção de Viena de 1988 sobre tráfico de drogas já estimulava aos Estados prever a possibilidade de inversão do ônus da prova referente à origem de bens sujeito ao confisco.

⁵⁷ A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, “inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do estado e aos direitos e garantias individuais” não há previsão de confisco ou perda de bens. Na de 1846, primeira Constituição da República, também não havia tal previsão.

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf Acessado em 17 de agosto de 2024 NOGUEIRA, 2012, p. 2.

⁵⁸ Constituição Política do Império do Brasil de 1824 Art. 179 XX. “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso alguma confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.”

⁵⁹ Exponente desta corrente de pensamento foi BECCARIA, cuja célebre passagem revela o sentimento daquele momento frente ao confisco: “as confiscações põem a preço a cabeça dos fracos, fazem sofrer aos inocentes a pena do réu, e põem os próprios inocentes na desesperada necessidade de cometer os delitos”. Ainda, o mesmo autor refere o fato que as famílias sofrem pelo confisco dos bens do réu, ao qual devem obediência, se referindo a um “espetáculo triste do que uma família arrastada na infâmia e na miséria pelos delitos de um chefe, à qual a submissão imposta pelas leis, impediria de preveni-los, mesmo que existissem meios para fazê-los”, BECCARIA, 2011, p. 89.

outras. Podemos verificar uma certa confusão conceitual entre o termo “confisco” e o termo “perda”, podendo se compreender, pelo contexto da época, que o termo “confisco” se referia ao confisco geral, utilizado arbitrariamente, sem relação com condutas ilícitas que gerem recursos, já a “perda” estava relacionada com ilicitude, constituindo o confisco especial.

Foi no CPB de 1940, em seu art. 100 (redação original), ainda em vigor, embora tenha passado por reformas, que o confisco tem seu primeiro registro, cujo alcance se relacionava também a crimes, recaindo sobre instrumentos e produto do crime, não havendo registros de uso político e arbitrário na órbita penal ou processual penal, embora o regime de direitos e garantias fundamentais evoluíram com as Constituições que se sucederam no tempo.

Já sob a égide da Constituição de 1988, em vigor, TIAGO ESSADO identifica a previsão da perda de bens com significados distintos. Tais significados são lidos à luz do caráter intransmissível da pena, salvo a perda para reparar o dano e a decretação do perdimento de bens. (art. 5º, XLV),⁶⁰ demonstrando assim a equivalência da perda para reparação do dano e decretação da perda como efeitos da condenação. Ainda, essa Constituição, ao tratar da individualização da pena, previu a perda de bens, agora sim com caráter de pena (art. 5º LXVI).⁶¹ Igualmente, no âmbito infraconstitucional, a perda de bens aparece na qualidade de pena, restritivas de direitos (CP, art. 43, inc. II), bem como efeito da condenação (CP, art. 91, inc. II).⁶²

Ainda, podemos já nos referir ao art. 91-A do CPB que prevê as regras gerais do confisco alargado no Brasil. Lembrando que inicialmente foi prevista a perda alargada no art. 63-F,⁶³ da

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. CF 88 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...; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

⁶¹ ESSADO, 2014, p. 16.

⁶² *Idem*.

⁶³ Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. § 1º A decretação da perda prevista no caput deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa. § 2º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I – de sua titularidade, ou sobre os quais tenha domínio e benefício direto ou indireto, na data da infração penal, ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.” (Incluído pela Lei nº 13.886, de 2019).

Lei 11.343/06, Lei de Drogas, no art. 7º, I, da Lei 9.613/98, e na Lei de Lavagem de Dinheiro, que prevê a perda de bens e valores relacionados aos crimes da lei.⁶⁴

Percebe-se que no Brasil o “confisco alargado” é recentemente.⁶⁵ Somente em 2019, em decorrência do chamado “Pacote Anticrime”⁶⁶, foi inserido no artigo 91-A⁶⁷ no CPB.⁶⁸ Embora houvesse tentativas anteriores de inserir tal modalidade de confisco no ordenamento jurídico deste País.⁶⁹ O Brasil inspirou-se na legislação portuguesa, em especial no art. 7º da Lei nº 5/2006,⁷⁰ com algumas diferenças básicas, como ausência de rol de crimes, e não limitação temporal de aplicação da presunção, entre outras.

Tendo em vista a posição de Portugal como membro da EU, faz-se necessário entender como que a perda alargada se estabeleceu em seu âmbito. Podemos verificar que o “primeiro documento na EU sobre confisco de vantagens é, ainda à luz do Tratado da União Europeia na versão do Tratado de MAASTRICHT, a Ação Comum de 3 dezembro de 1998 adotada pelo Conselho, com base no artigo k.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de

⁶⁴ Mesmo antes da alteração do Código Penal, a medida provisória nº 885/2019, convertida na Lei 13.886/2009, alterou e inseriu na Lei nº 11.343/2006 (Lei antidrogas) o Art. 63-F verificamos a primeira previsão do confisco alargado, embora aplicado somente aos crimes de tráfico de drogas LIMA F. S., 2023, p. 110.

⁶⁵ ALEXEY SARAIVA e DAYANE LOPES consignam que o mecanismo de confisco agora inserido na legislação Brasileira já existe desde a Década de 70 no Estados Unidos, SARAIVA & LOPES, 2022, p. 4.

⁶⁶ FRANCISCA LIMA pontua que a chegada desta modalidade de confisco é decorrente de mudança cultural no combate à corrupção ocorrido a nível global, advertindo quanto a necessidade de se verificar sua constitucionalidade, sua necessidade e eficácia dentro do sistema jurídico brasileiro. Finaliza seu pensamento com o questionamento se não seria mais uma medida jurídico penal com finalidade política, LIMA F. S., 2023, p. 108. CEZAR BITENCOURT entende ser inconstitucional o confisco alargado brasileiro, alegando ser uma pena “travestido” de efeitos da condenação, sem, no entanto, trazer argumentos científicos da classificação como sanção, bem como desconhece, entre outras questões, que a perda alargada já esta em vigor em muitos países democráticos há mais de 20 anos. Ele não leva em consideração a condenação prévia para declaração do confisco, bem como não analisa que os bens são de origem ilícita, diz que é declarado ilícito “sem prova de nada” (p.123), ignora o trabalho de demonstrar a condenação, o patrimônio existente, o perfil econômico do condenado, a incompatibilidade do patrimônio com sua capacidade econômica, e, em alguns casos, sua provável vida criminosa. Ignora o fato de não se tratar de propriedade legítima, protegida constitucionalmente, BITENCOURT, 2021, p. 121 s.s.. TIAGO ESSADO sobre a questão diz “a perda de bens retira do agente patrimônio que não lhe pertencia antes da prática criminosa. E também não é pelo fato de ter assumido a titularidade formal, ou mesmo mediante o uso de interposta pessoa, que dá ao agente criminoso legitimidade para admitir a perda de bens como uma medida retributiva ou sancionatória”, ESSADO, 2014, p. 23.

⁶⁷ Artigo 91-A CP. 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.

⁶⁸ Este dispositivo tem sido muito debatido quanto a sua constitucionalidade, bem como sua eficiência. Autores como Cezar Roberto Bitencourt chegam a afirmar que conforme foi legislado trata-se de verdadeiro efeito da condenação BITENCOURT, 2021, p. 235. Já MIGUEL REALE Júnior considera tratar-se de uma “sanção civil pelo fato de não visar punir o condenado, somente recomposição do *status quo*, existente antes do cometimento do delito” JÚNIOR, 2021, p. 428.

⁶⁹ RODRIGO RIOS e VICTOR COSTA lembram do Projeto de Lei nº 257/2015 e Projeto de Lei 4850/2016, do Senado e da Câmara dos Deputados, respectivamente, que previam a perda de bens por meio de uma “ação civil pública de extinção de domínio”, RIOS & COSTA, 2020, p. 18.

⁷⁰ MELO, 2021, p. 24.

capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime”. A letra “c” dessa Ação obrigava os Estados-Membros a “garantir que a sua legislação e prática processual permitiam a identificação e detecção das presumidas vantagens do crime a pedido de outro estado-membro, quando houvessem motivos plausíveis para suspeitar que foi cometida uma infração penal”.⁷¹ Outro documento importante foi a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, à detecção, ao congelamento, à apreensão e à perda dos instrumentos e produtos do crime, já sob o Tratado de Amesterdão. Tanto a Ação Comum como a Decisão-Quadro, foram revogadas pela Diretiva 2014/42/EU, no artigo 14º, n.º 1.⁷²

Buscando dar mais eficiência aos mecanismos de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional, a comunidade internacional ampliou o objeto de incidência do confisco, autorizando sua incidência sobre bens que não tenham relação direta com o crime, mediante pressupostos mais restritos, autorizou-se a perda alarga de bens.

A primeira referência à perda alargada foi consignada no art. 3º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, referindo-se a infrações cometidas no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo, quando presente uma das circunstâncias do nº 2 deste artigo, qual seja: quando o tribunal estiver “plenamente convencido” e que fosse considerado “razoável” em face do fato concreto, que de os bens a serem confiscados seriam provenientes de atividade criminosa pretérita, ou semelhante, durante período anterior à condenação por crime relacionado na diretiva. Ou quando baseado em factos objetivos o tribunal nacional estivesse plenamente convencido de que os bens fossem de origem criminosa pela desproporção dos bens em relação em relação aos rendimentos lícitos.

A possibilidade de adesão de uma ou outra estrutura de confisco alargado possibilitou de Estados-Membros criassem conceitos distintos, prejudicando a harmonização e, consequentemente, dificultando a cooperação. A Diretiva 2014/42/UE tem com finalidade principal a busca pela harmonização,⁷³ constituindo-se no instrumento que contempla o confisco clássico (baseado em condenação e o não baseado em condenação) e o confisco alargado.⁷⁴

⁷¹ NUNES, 2023, p. 347.

⁷² NUNES, 2023, pp. 346-348.

⁷³ NUNES, 2023, pp. 350-353.

⁷⁴ NUNES, 2023, p. 351.

Já a Diretiva 2024/1260/EU, pouco inovou em relação ao conceito e elementos da perda alargada, havendo somente o acréscimo de possibilidade de incidência⁷⁵ da modalidade de perda não baseada em condenação (art. 15º) e da perda riqueza injustificada associada à organização criminosa (art. 16º).

Ao nos referirmos aos fundamentos para o surgimento da perda alargada, é imperioso entender que com a evolução das relações sociais e econômicas, especialmente impulsionada pela globalização,⁷⁶ o crime passou a se estruturar de maneira mais complexa, com mecanismos sofisticados de atuação e de ocultação de valores, pressionando as instâncias de poder a tomarem medidas mais restritivas de direitos, na tentativa de conter o avanço das organizações criminosas e suas nefastas consequências sociais que ameaçam o Estado de Direito, em especial o Democrático.⁷⁷

O confisco de bens começou a atrair mais atenção dos governantes. O fenômeno da criminalidade organizada transnacional, que se expandiu vertiginosamente aproveitando as flexibilizações de fronteiras, comerciais e culturais decorrentes de tal fenômeno, foi reconhecido como problema social de interesse mundial com a aprovação, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), da Convenção de Viena de 1988 sobre Tráfico de Entorpecentes,⁷⁸ cujo fundamento lógico e fático para a aprovação foi o reconhecimento do “efeito devastador” que a produção, traficância e consumo de drogas provocam em diversos grupos sociais e a necessidade do enfrentamento harmonizado entre as nações. Importante lembrar, pelo contexto sócio-criminal da época, tinham os Estados Unidos da América como principais entusiastas desta medida.⁷⁹

⁷⁵ Na Diretiva 2014/42/EU a perda não baseada em condenação era permitida no caso da impossibilidade da perda clássica ser decorrente de doença ou fuga do suspeito ou arguido. Na Diretiva 2024/1260/EU previu que além da doença e fuga, também será autorizada a perda sem condenação no caso de morte do suspeito ou arguido, e no caso de prescrição, quando o prazo for inferior a 15 anos na legislação nacional.

⁷⁶ Tanto o fenômeno da Globalização, como o a criação da União Europeia, criaram um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico, facilitando o fluxo de patrimônio e bens de capital, o que num segundo momento possibilitou a flexibilização da circulação de pessoas, o que grande importância para o processo integrativo. No entanto, este ambiente mostrou-se extremamente fértil para o crescimento das atividades ilícitas das organizações criminosas que cresceram e passaram a representar uma séria ameaça aos sistemas econômicos formais, bem como aos sistemas sociais e políticos de diversas regiões.

⁷⁷ Esta estratégia e enfrentamento do fenômeno criminal é criticada por inúmeros autores, entre os quais destacamos GUEDES VALENTE, cujas obras sempre buscam a visão de defesa dos Direitos Fundamentais com críticas a inflação penal para controle social, exigindo que o Direito Penal seja utilizado somente subsidiariamente a outros ramos do Direito.

⁷⁸ (ONU, 1988). No âmbito jurídico português passou vigorar em 03/03/1992, diante da aprovação para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 06/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 06/09. No Brasil foi aprovada pelo Decreto nº 154, de 26 de Junho de 1991.

⁷⁹ VERVAELE, 1998, p. 67. Este problema social de interesse mundial é reforçada pela EU em diversos normativos, dos quais ressaltamos a recente Diretiva 2024/1260/EU, que em seus considerando deixam claro que os ganhos financeiros continuam centro o epicentro do crime organizado, que reinvestem seus ganhos na

Os signatários desta convenção consignam, no seu preâmbulo, que são “conscientes de que o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis”.

Percebe-se que o poder financeiro gerado pelo fenômeno criminal tem influência, além da saúde, na economia, na política e na soberania dos países. Assim, decidiu-se, no âmbito da ONU, que os países deveriam “privar as pessoas que se dedicam ao tráfico ilícito dos produtos das suas atividades criminosas e a eliminar assim o seu principal incentivo para tal atividade”, qual seja, o lucro. Verifica-se que o enfoque na descapitalização das organizações criminosas passou a ser estratégia principal, visando desincentivar a prática criminosa, organizada e econômica, retirando-lhes sua grande motivação ao crime, a fortuna.⁸⁰

Concordando com essa forma de abordagem, DUARTE NUNES refere que o confisco clássico não é capaz de responder eficazmente ao tipo de criminalidade que se utiliza de diversos meios “sofisticados de dissimularem a atividade criminosa e o patrimônio obtido”, o que leva a dificuldade ou o impedimento de se estabelecer a ligação entre o crime e seus benefícios econômicos.⁸¹ A lógica é de política criminal,⁸² pretendendo-se que o indivíduo, antes do cometimento de delito, possa vislumbrar que o lucro poderá ser todo perdido, pois ele “tem um papel fundamental e decisório, uma vez que integra a dinâmica da probabilidade de ganho como os riscos de perda”,⁸³ assim, caso o Estado tenha condições jurídicas e operacionais de retirar o lucro do crime, na fase da *cogitatio* haverá a incidência dessa variável, cujo objetivo é o desestímulo da prática criminal.

ampliação das ações criminais, utilizando seu poder financeiro para praticar violência, ameaças, intimidação e corrupção, “a fim de adquirirem o controlo de empresas, obter concessões, autorizações, contratos ou subvenções, de conseguirem lucros ou vantagens ilícitos, ou de se infiltrarem em infraestruturas críticas, como centros logísticos”. Este fenómeno criminal afeta diretamente o Estado de Direito Democrático, pois consegue influenciar decisões políticas e comerciais de setores importantes da economia. “As organizações criminosas tornaram-se operadores económicos a nível mundial com um objetivo empresarial”. Desta forma, dotar o estado de mecanismos robustos de enfrentamento ao fenómeno é imprescindível para o êxito no desiderato de “privar os criminosos de lucros ilícitos a fim de dismantelar as suas atividades e de os impedir de se infiltrarem nas economias legítimas”. Pois como já manifestou a Europol, em 2021, na Avaliação da Ameaça da Criminalidade Grave e Organizada (SOCTA), as suas elevadas receitas, “que ascendem a pelo menos 139 mil milhões de EUR por ano”, são objeto de lavagem de ativos por meio de sistema financeiro paralelo, que dão o aspecto legal aos recursos, permitindo sua disponibilização, se revestindo, assim, em “ameaça significativa para a integridade da economia e da sociedade, corroendo o Estado de direito e os direitos fundamentais”, UE U. E., 2024, p. 1. Considerando 1 a 3.

⁸⁰ MINAS, 2017, p. 2.

⁸¹ NUNES, 2023, p. 339.

⁸² OLIVARES, 2010, p. 10.

⁸³ LINHARES, 2019, p. 16.

Nesse sentido, por meio da Convenção de Viena de 1988, criaram-se recomendações para os Estados-Partes no sentido de legislar tipificando as várias modalidades de tráfico de entorpecentes, bem como “a conversão ou a transferência de bens” oriundos do tráfico, e, ainda, a tipificação da lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de drogas.⁸⁴

Em especial, a Convenção buscou padronizar a implementação de várias ferramentas de investigação criminal e cooperação jurídica internacional, em especial a estrutura dogmática da “perda”, prevendo, no art. 5º, número 1, que “as partes adotam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) de produtos provenientes de infracções estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos”. É clara a intenção da ONU na busca pela harmonização das legislações para facilitar a cooperação entre as nações na implementação desta estratégia de estrangulamento financeiro do crime organizado.

Com o aumento exponencial do campo de atuação das organizações criminosas transnacionais,⁸⁵ que outrora se dedicavam ao tráfico de entorpecentes, e agora exploram desde crimes econômicos, corrupção, tráfico de seres humanos, de mulheres, de crianças, de armas, contrabando de material biológico, contrabando de pedras preciosas, cibercrime, entre tantos outros, a comunidade internacional, visando mais uma vez o enfrentamento conjunto, necessário para esse tipo de criminalidade, no âmbito da ONU, aprovou Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada,⁸⁶ conhecida como “Convenção de Palermo”. Nas previsões constantes nesta Convenção,⁸⁷ que mais interessam para nossa investigação, foram reforçados conceitos do tipo “Bens”, “Congelamento ou Apreensão”, “Produto do Crime” e “Perda de Bens”.

Nessa perspectiva, a Convenção de Palermo previu, no artigo 12º, a “perda e apreensão”, estipulando que os Estados-Partes possam legislar para permitir a perda de produtos, de bens

⁸⁴ Esta orientação deu origem às Leis de Lavagem de Dinheiro de 1ª geração, pois o crime antecedente seria somente o de tráfico de entorpecentes. As de 2ª geração são as que preveem uma lista, *numerus clausus*, de crimes antecedentes à Lavagem oriundas das orientações da Convenção de Palermo. Por fim, as de 3ª geração são as leis que somente definem como antecedente de forma genérica a infração penal.

⁸⁵ BLANCO CORDERO, 2008, p. 70 *Apud* LINHARES, 2019, p. 15.

⁸⁶ Iniciou a vigência em Portugal em 09/06/2004, com a aprovação para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02/04; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 02/04. No Brasil foi internalizado pelo Decreto 5.015 de 12/03/2004.

⁸⁷ Importante ressaltar, mais uma vez, que a ONU procura harmonizar modelos jurídico criminais para viabilizar a cooperação jurídica internacional, uma vez que a identidade de conceitos sobre crimes e institutos jurídicos tornam possíveis a cooperação, bem como o instituto do reconhecimento mútuo no âmbito da União Europeia.

correspondentes aos produtos, de bens convertidos, bem como adotariam “medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o congelamento ou a apreensão dos bens”.⁸⁸

No número 7 deste artigo 12, a Convenção prevê que “os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais”. Verificamos aqui a criação de uma presunção relativa em relação à ilicitude dos bens alvo de perda, podendo haver a possibilidade de facultar ao autor da infração a oportunidade de demonstrar a origem lícita dos bens. Na mesma lógica de enfrentamento à criminalidade transnacional, a Convenção contra a Corrupção⁸⁹, conhecida como “Convenção de Mérida”, também declara a necessidade de a comunidade internacional reforçar a estratégia de retirar das organizações criminosas seu objetivo principal, qual seja, a questão patrimonial.

É nesse contexto que se acentua a inquietação intelectual da presente investigação, pois a presunção de que determinado bem seja produto do crime pode nos dar a sensação, até certo ponto, da inversão do ônus da prova, pois caberá ao condenado demonstrar a licitude da origem dos bens. Essa inversão tem levado parcela da doutrina entender que se estaria ferindo o consagrado princípio da presunção de inocência. Questão que será mais bem explorada adiante quando refletirmos sobre a natureza jurídica da perda alargada.

As estratégias internacionais são derivadas, como ressalta JOSÉ DUARTE, pela capacidade adaptativa do crime ao longo dos tempos, movidos por questões culturais, econômicas, geográficas e demográficas dos povos, levando o Estado a mudar as estratégias de enfrentamento, que focavam no indivíduo, com abordagem tanto retributiva como ressocializadora.⁹⁰ No entanto, tendo em vista a atual conjectura mundial contaminada pelo *modus operandi* da criminalidade organizada transnacional, tais estratégias se mostraram ineficientes, forçando ao Estado a mudar o foco para a questão patrimonial do crime.⁹¹

⁸⁸ Chama a atenção a previsão de que se os bens ilícitos forem misturados aos bens lícitos estes poderão ser apreendidos até o limite daqueles. Verifica-se aqui a possibilidade de apreensão de bens lícitos em substituição aos ilícitos, justamente pela impossibilidade de o Estado realizar a prova de quais bens seriam originários das atividades criminosas.

⁸⁹ Início de vigência relativamente a Portugal em 28/10/2007, pela aprovação pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 31/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007. No Brasil Decreto n.º 5.687/2006.

⁹⁰ Segundo BOUCH, 2019, na Europa podem ser identificados quatro gerações de confisco, sendo o confisco regular, o confisco alargado, *Non-Conviction-Based confiscation* (NCB) e o “*unexplained wealth regimes* (UWMs)” in SARAIVA & LOPES, 2022, pp. 6-7.

⁹¹ DUARTE J. N., 2023, p. 17.

Ocorre que, como já salientado, diante da complexidade organizacional, da estruturação da ocultação de bens ilícitos, das transações econômicas internacionais, potencializadas por inovações tecnológicas, como o caso das “práticas criminosas por meio de cripto ativos”,⁹² a demonstração pelo Estado que determinado bem seja derivado da conduta criminosa específica, tornou-se extremamente difícil, podendo ser denominada “prova diabólica”.⁹³ As estruturas das transações econômicas transnacionais para dissimular sua origem do bens e sua ocultação inviabilizam tal identificação. A prova do vínculo entre o bem e o crime passa a ser impossível de se produzir,⁹⁴ tornando os mecanismos clássicos⁹⁵ do confisco, como já foi dito, totalmente ineficientes.⁹⁶

Indo ao encontro dessa perspectiva é que a Decisão-Quadro 2005/212/JAI,⁹⁷ de 24 de fevereiro, do Conselho Europeu (que buscava alargar e modificar dispositivos das Decisões-

⁹² LINHARES, 2019, p. 39.

⁹³ Prova diabólica é doutrinariamente definida como aquele em as circunstâncias fáticas tornam praticamente impossível sua produção. É isso que levará a comunidade internacional a adotar o confisco alargado, especialmente aquele adotado por Brasil e Portugal, no que se refere a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente. Manuel Minas afirma que “esta prova muitas vezes torna-se impossível de produzir, isto porque a nova criminalidade económica tem vindo a descobrir formas de dissimular esses benefícios, através da lavagem de dinheiro e de outras artimanhas que bloqueiam o funcionamento dos institutos clássicos de confisco...” “a grande debilidade deste sistema, que também já foi mencionada, consiste na dificuldade de provar a conexão entre os bens e os crimes. Face a esta prova diabólica, o Direito Penal tem sentido a necessidade de encontrar novas formas mais eficazes na missão de combater o património ilícito relativamente a crimes com tendência para gerar lucros avultados, deixando os mecanismos clássicos para a criminalidade não económica”, MINAS, 2017, pp. 9-10. DUARTE NUNES também se refere a capacidade operacional dos agentes criminais salienta que criam “especiais dificuldades investigatórias, que, inclusivamente, tornaram obsoletos os tradicionais métodos abertos de investigação”, exigindo, consequentemente, a utilização de métodos ocultos, NUNES, 2023, p. 332.

⁹⁴ PEDRO CAEIRO desenvolve o artigo como resultado de sua atuação no Projeto Fênix, que buscava responder a indagação básica “como pode o Estado Reagir contra o domínio de bens com provável origem criminosa, quando não seja possível estabelecer concretamente essa ligação, em virtude, nomeadamente, do estalão de prova aplicável à condenação pela prática de um crime (pra lá da dúvida razoável)”, CAEIRO, 2011, p. 268.

⁹⁵ Os mecanismos clássicos em Portugal estão previstos nos artigos 109.º a 112.º do Código Penal, os quais preveem a perda dos instrumentos, objetos e vantagens do crime. No Brasil estão previstos como regra geral também no Código Penal no artigo 91. Mas existem disposições específicas em leis esparsas, como por exemplo a Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas). Ainda, neste sentido o considerando nº 8 da Diretiva 2014/42/EU, se baseia nos relatórios que avaliaram a aplicação das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI, que conclui não ser “plenamente eficazes” os regimes vigentes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda. Recentemente a Diretiva 2024/1260/EU, considerando nº 6, parte final, informa que a “comissão avaliou a Diretiva 2014/42/UE e a Decisão 2007/845/JAI, tendo concluído que o regime atual não permitiu alcançar plenamente o objetivo estratégico de combater a criminalidade organizada através da recuperação dos seus lucros”, havendo a necessidade de atualização do regime jurídico para facilitar e garantir a eficácia da recuperação e perda de bens (considerando 7).

⁹⁶ MINAS, 2017, p. 9. No mesmo sentido JOSÉ NUNO DUARTE apresenta a evolução da resposta estatal de acordo com a necessidade de fazer frente ao processo evolutivo criminal, passando a serem previstas as possibilidade de perda em favor do Estado da *instrumenta sceleris, producta sceleris, quaesita sceleris e fructa sceleris*, sendo este último visa colocar o infrator “na situação patrimonial anterior ao crime”. Ainda, continua, embora os esforços estatais para enfrentar a criminalidade organizada, esta “reinventa-se todos os dias e torna-se cada vez mais sofisticada, tanto ao nível de seus modelos de atuação, como ao nível das estratégias utilizadas para encobrir os resultados de suas ações”, DUARTE J. N., 2023, p. 20.

⁹⁷ Determina a aplicação da “perda estendida”, como mecanismo de facilitar a cooperação entre os membros da União.

Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI), alterada posteriormente pela Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril, do Parlamento Europeu e do Conselho, que basicamente buscou mais harmonização das legislações, prevendo apenas um critério mínimo de definição da perda alargada. A Diretiva 2024/1260/EU vem ao encontro do clamor de ampliar ainda mais a capacidade do estado de enfrentar o fenômeno criminal discutido, incluídas outras formas de perda, como a ampliação do cabimento da não baseada em condenação e a perda de patrimônio inexplicável ligado à organização criminosa, sem, no entanto, alterar os contornos dogmáticos da perda alargada.

Tanto nas considerações da Diretiva 2014/42/EU quanto nas da Diretiva 2024/1260/EU,⁹⁸ fica evidente a perspectiva internacional de enfrentamento ao crime organizado, pois possui a finalidade de lucro, havendo a necessidade de “neutralizar os produtos do crime, por meio de mecanismos de detecção, congelamento e perda dos bens, sendo fundamental a “cooperação internacional eficaz em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo”, tendo em vista a inexistência de fronteiras para ações criminais. Outro enunciado dessas considerações é quanto a orientação justamente da perda de bens para além dos relacionados diretamente com o crime, “mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada»”.

Assim, após analisarmos normas internas de Portugal e do Brasil, bem como os diplomas internacionais de referência, podemos constatar similaridade entre os institutos da “perda ou confisco alargado” entre os dois países, especialmente em relação à presunção da ilicitude do patrimônio incongruente, “a descoberto”, ou seja, sem origem lícita definida. A introdução do mecanismo da perda alargada⁹⁹ visou alcançar este patrimônio inacessível do ponto de vista da prova penal direta da origem dos bens e passou a exigir a presença de

⁹⁸ “Habitualmente as organizações criminosas reinvestem parte dos seus lucros de atividades criminosas de modo a criarem uma base financeira que lhes permita prosseguir as suas atividades. Além disso, as organizações criminosas recorrem frequentemente a violência, ameaças, intimidação ou corrupção a fim de adquirirem o controlo de empresas, obter concessões, autorizações, contratos ou subvenções, de conseguirem lucros ou vantagens ilícitos, ou de se infiltrarem em infraestruturas críticas, como centros logísticos. Essas organizações afetam negativamente a liberdade de concorrência ou influenciam as decisões das autoridades públicas, ameaçando o Estado de direito e a democracia. As organizações criminosas tornaram-se operadores económicos a nível mundial com um objetivo empresarial. É essencial privar os criminosos de lucros ilícitos a fim de dismantlar as suas atividades e de os impedir de se infiltrarem nas economias legítimas” (Considerando 3, da Diretiva 2024/1260/EU).

⁹⁹ PEDRO CAEIRO salienta a preocupação de natureza global se verifica pela introdução da perda alargada em diversos ordenamento, tais como “no espanhol (pela *Ley Orgánica 5/2010* que modificou o artigo 127.º do Código Penal Espanhol), no francês (pela Lei n.º 2007-297, de 5 de Março de 2007, que alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês), no italiano (pelo artigo 12-seixas da Lei n.º 356/92), no alemão (pela Lei de 15-07-1992, que alterou o § 73d do Código Penal Alemão) e no inglês (pelo *Durg Trafficking Act* de 1994 e pelo *Proceeds of Crime Act* de 2002), CAEIRO, 2011, p. 279.

circunstâncias¹⁰⁰ que autorizam a incidência da presunção de ilicitude da origem de determinado patrimônio.

A diferença temporal entre a criação do instituto no Brasil e em Portugal possibilitou ampla discussão sobre o tema neste último, sedimentando alguns aspectos dogmáticos, permitindo ao Brasil incorporar um modelo mais maduro e bem aproximado ao lusitano. Importante lembrar que a origem da perda alargada tem sido atribuída à legislação italiana que, em 1965, “permite uma espécie de confisco preventivo não baseado em condenação, muito semelhante à Perda Alargada, que foi incorporado ao sistema jurídico para combater crimes praticados por organizações criminosas do tipo mafiosa (Lei n.º 575, de 31 de maio de 1965). Sobre essa medida de confisco, vale observar que a legislação italiana da década de 1960 já utilizava a desproporção entre os ativos e a renda lícita da pessoa acusada para justificar a perda dos bens”.¹⁰¹

Analisando as fases de criação, proibição, reestabelecimento do confisco, com seu fortalecimento pela adoção da perda alargada, bem como a sua arquitetura legal em Portugal e no Brasil, podemos inferir a duplicidade de seus fundamentos.

O primeiro, de natureza de política criminal, frente às nefastas consequências que a atividade criminosa organizada ou econômica pode causar nas estruturas regulares de mercado, exigindo que os centros detentores das decisões políticas, com o intuito de manutenção da organização social, adotassem o *slogan* “o crime não deve compensar”.

O segundo pode ser de natureza dogmática, na medida que as clássicas respostas, como o confisco clássico, não têm capacidade de alcançar a sofisticação das transações realizadas por organizações criminosas ou econômicas de natureza transnacional.¹⁰²

Assim, importante investigar, à luz de sua origem e fundamento, como o confisco alargado pode ser conceituado e quais os pressupostos jurídicos incidentes, visando a um procedimento de perda alargada à luz de fundamentos democráticos e de Direito.

¹⁰⁰ Essas circunstâncias, basicamente, são uma condenação anterior por crime de um rol (ou gravidade no caso brasileiro) e patrimônio incongruente. Sendo discutida na doutrina a exigência de demonstração da origem do patrimônio incongruente, que veremos a frente.

¹⁰¹ ALLENA, 2019 *Apud* CUNHA, 2021, p. 787.

¹⁰² PEDRO CAEIRO consigna que a expectativa do Estado em relação a função da pena anular a gratificação causada pelo crime não ocorre por três fatores, quais seja a consciência coletiva de que a efetiva punição tem baixa probabilidade de ocorrer, a satisfação moral inabalável do infrator e por último a percepção de que a pena é um custo a ser pago para se obter um benefício maior, como o econômico. Daí, conclui o autor, que o “brocardo ‘o crime não compensa’, que tem portanto um conteúdo normativo: o crime não *deve* compensar”, CAEIRO, 2011, p. 275. Ana Duarte acentua a evolução e constante reinvenção dos mecanismos da criminalidade econômico-financeira criando “estruturas quase impossíveis de dismantelar”, se mostrando “insensíveis da pena de prisão”, DUARTE A. P., 2013, p. 14. No mesmo sentido CORREA, 2012, p. 101.

1.2. Conceito e pressupostos da perda alargada

Importante ressaltar, novamente, que a perda alargada é alvo de discussões doutrinárias, seja pela forma como é prevista nas legislações, seja por eventual afronta a princípios constitucionais, especialmente pela presença da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, o que, de toda sorte, nos traz uma complexa tarefa de buscar pontos comuns e apresentar um conceito básico. Importante lembrar que um dos grandes estímulos para o ressurgimento do confisco foi a força política das organizações internacionais, fomentando e sugerindo que os Estados legislassem na criação do confisco de bens e perda alargada.¹⁰³

Para podermos aferir se a presunção de ilicitude viola direito e liberdades fundamentais, é necessário termos um conceito básico da perda alargada, bem como sua natureza jurídica. Neste capítulo vamos nos concentrar no conceito, sendo a natureza jurídica investigado no Capítulo II, assim, é possível que a definição inicial passe por ajustes que vão ao encontro de conceitos normativos, posições doutrinárias e manifestações judiciais sobre a natureza jurídica do instituto e, consequentemente, da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente.

Na busca de um conceito de confisco alargado, é prudente que se parta do conceito de confisco, cuja evolução e fundamentos, em especial do seu ressurgimento pela comunidade internacional,¹⁰⁴ devem ser levados em consideração. Podemos inicialmente conceituar, como o faz Pedro Caeiro como “medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fáticas que os tivessem por objeto (v.g., a posse)”.¹⁰⁵ Assim, de forma simples, é a retirada da titularidade de determinado patrimônio pela força do Estado,¹⁰⁶ que irá decorrer de circunstâncias fáticas e jurídicas adiante exploradas em seus pressupostos. A doutrina penal clássica atribui um conceito

¹⁰³ JÚLIA GONÇALVES lembra que “encontramos o conceito de perda ou confisco convencionalmente estabelecido em vários documentos internacionais e europeus. Veja-se a alínea g) do art.º 2.º da Convenção da ONU Contra a Corrupção, também chamada Convenção de Mérida, que define a perda de bens como a perda definitiva de bens por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente, ou o n.º 4 do art.º 2.º da Directiva 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 EU, que define a perda como a privação definitiva de um bem, decretada por um tribunal relativamente a uma infracção penal”, GONÇALVES, 2018, p. 50. Ainda a Diretiva 2024/1260/EU define perda no n.º 6 do art. 2º; no art. 12º, e perda alargada no art. 14º, a perda não baseada em condenação no art. 15º, a perda da riqueza injustificada associada a conduta criminosa no art. 16º.

¹⁰⁴ O conceito e alcance do confisco foi evoluindo para acompanhar a necessidade de se reestabelecer uma “ordem patrimonial conforme o direito”, havendo a necessidade de superar os conceitos tradicionais de perda dos produtos do crime. Bem com os conceitos de vantagens do crime precisou avançar para “qualquer benefício patrimonial”. Para alcançar com maior efetividade o patrimônio do acusado não mais se tem a condenação penal como pressuposto, bastando “dúvida razoável” para ser alcançado pelo confisco, bem como aquele “patrimônio incongruente” será confiscado, ALBUQUERQUE C. P., 2011, p. 257. Para Roberto D’Oliveira Vieira o termo confisco nada mais é do que a “transferência coercitiva” dos para o Estado, sendo a perda, perdimento e o confisco efeitos da condenação com finalidade de retirada de bens que ingressaram ilicitamente no patrimônio. Ressalta que a “pena de confisco” é sanção principal, VIEIRA, 2019, p. 34.

¹⁰⁵ CAEIRO, 2011, p. 269; LIMA F. S., 2023.

¹⁰⁶ Importante pontuar que esta retirada da propriedade de determinados bens pelo Estado, diferente que já fora no passado, é balizada pelo devido processo legal, com pressupostos fáticos e jurídicos incidentes, com respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, entre outros.

objetivo de confisco como sendo a "perda ou privação de bens do particular em favor do Estado".¹⁰⁷

Este conceito inicial de confisco é utilizado pelo Direito Penal quando prevê os tipos de confisco, basicamente o clássico¹⁰⁸ e os modernos.¹⁰⁹ O confisco clássico é aquele em que a “transferência coercitiva” para o Estado de determinado bem se baseia na ilicitude de sua posse ou no perigo que representa, havendo a necessidade de demonstração do vínculo, pela acusação, “entre um concreto valor e a prática do crime”.¹¹⁰ Já o confisco moderno¹¹¹ se desenha na perspectiva de dispensar o liame entre o objeto do confisco com o fato típico apurado. Nesse tipo podemos citar o confisco equivalente, o confisco não baseado em uma condenação, o *civil forfeiture* do Reino Unido, a *confisca preventiva* italiana e a perda alargada.

Para HÉLIO RODRIGUES incide sobre “todo e qualquer benefício econômico obtido através do facto ilícito e típico, independentemente de esse benefício se materializar num aumento de ativo, ou numa diminuição de passivo, ou mesmo numa mera poupança ou supressão de despesas”.¹¹² Para DUARTE NUNES os confiscos são o clássico, o alargado e o civil *in rem*, sendo que este último não está previsto nem na legislação portuguesa nem na brasileira,¹¹³ embora os contornos da perda alargada, como veremos, pelo fato de se distanciar da conduta pessoal e se destinar ao patrimônio, pode ser conceituada como procedimento *in rem*.

A legislação portuguesa prevê, basicamente, dois tipos de confiscos clássicos, fora alguns previstos em legislações específica, dispostos nos art. 109º (produtos e instrumentos)¹¹⁴

¹⁰⁷ MARQUES F. , 2000, p. 378.

¹⁰⁸ RODRIGUES, 2023, p. 159. FIGUEREDO DIAS entende que o confisco clássico não é uma pena acessória, mas uma “providência sancionatória análoga a medida de segurança”, in MONTE, 2023, p. 137 .

¹⁰⁹ ANTÔNIO VAZ DE CASTRO estabelece esta classificação tem em vista que no confisco clássico das vantagens o facto ilícito-típico é pressuposto para aplicação da consequência jurídica, diferente do moderno que já não o é. “O confisco clássico é o conjunto de modalidades do confisco cujo fato ilícito-típico desempenha, pelo menos, a função de pressuposto de aplicação da consequência jurídica”, VAZ DE CASTRO A. , 2023, p. 48/51 . Nesse sentido ESSADO, 2014, p. 24. BERNARDO FARIA se referindo ao confisco moderno diz que visa “neutralizar as vantagens econômicas do crime”, buscando demonstrar a sociedade que o crime não compensa, recolocando o eventual condenado na situação patrimonial que se encontrava antes do cometimento do ilícito, FARIA, 2023, p. 25.

¹¹⁰ RODRIGUES, 2023, p. 159.

¹¹¹ VAZ DE CASTRO A., 2023, p. 48.

¹¹² RODRIGUES, 2023, p. 145.

¹¹³ NUNES, 2023, p. 336. DUARTE NUNES, em nota nº 16 de rodapé, faz a ressalva quanto ao CARIN manual, 5ª edição, pp 22 e ss., in <http://carin-network.org/ncb-guide>, no qual o confisco previsto no art. 7º da Lei 5/2002, não se classifique como confisco alargado, mas confisco de patrimônio incongruente, citando MARIA DO CARMO SILVA DIAS para quem trata-se de mecanismo civil de confisco do enriquecimento ilícito.

¹¹⁴ Código Penal Português: Art. 109.º: Perda de instrumentos: 1 - São declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos... 2 - O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma

e art. 110º (vantagens)¹¹⁵ do Código Penal português. O primeiro deles se pauta da perigosidade dos produtos e instrumentos. Já o segundo tem como objetivo evitar o reinvestimento.¹¹⁶ Na legislação brasileira, o confisco clássico consta no inc. II, “a” e “b”, do art. 91 do Código Penal,¹¹⁷ prevendo a perda dos instrumentos e do produto, respectivamente.¹¹⁸ Em Portugal, o confisco clássico teve seu alcance ampliado ao longo do tempo, aplicando-se atualmente a todos os fatos ilícitos-típicos, “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto” (art. 110ª, n. 5, do CP), perda sem condenação, não havendo mudança significativas, mantendo o facto como pressuposto e fundamento de ligação com os produtos, vantagens e instrumentos.¹¹⁹

Nos interessando somente o confisco das vantagens, podemos afirmar o ponto central é a exigência da demonstração da ligação vantagens com o fato típico e ilícito.¹²⁰ Os vários tipos de confisco se classificarão justamente pela “exigência relativamente a demonstração do vínculo entre os bens ou valores e o facto ilícito-típico, ou atividades criminosas, com o qual

pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

¹¹⁵ Código Penal Português: Art. 110º Perda de produtos e vantagens: art. 1 - São declarados perdidos a favor do Estado: a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

¹¹⁶ DUARTE A. P., 2013, p. 11.

¹¹⁷ Há também previsão na Lei nº 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro) que prevê em seu art. 7ª, como efeito da condenação a perda de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática de crimes previstos na Lei. Há posicionamento doutrinário no sentido de que seria possível atingir bens lícitos, bem como a tendência da inversão do ônus da prova, LIMA F. S., 2023, p. 109.

¹¹⁸ Código Penal Brasileiro: “Dos efeitos da condenação - Efeitos genéricos e específicos. Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. Há também, ainda, a previsão do confisco equivalente no Brasil (art. 91, §1º, CPB): “§ 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”. Em Portugal (art. 109º, n. 3 e art. 110, n.4): art. 109, n. 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... art. 110º, n. 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.

¹¹⁹ VAZ DE CASTRO A., 2023, p. 52.

¹²⁰ É justamente neste ponto que se tem as maiores críticas à perda alargada, nas palavras de André Piton: “Particularmente importante – e sujeita a crítica – é, como já se disse, o instituto da perda alargada, uma vez que representa um afrouxamento da relação entre o crime e os bens perseguidos, permitindo que se retirem ao indivíduo bens cuja ligação com concretos atos criminosos não tem de ser demonstrada, presumindo-se a sua origem e ficando a seu cargo a demonstração da respetiva proveniência lícita. Sobretudo quando, como acontece na UE, esta perda de bens surge usualmente associada às questões do terrorismo e seu financiamento, com vista a legitimar, ao menos do ponto de vista do discurso, uma atuação que põe em causa princípios básicos dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e da própria União”, PITON, 2018, p. 181.

estão relacionados”.¹²¹ É nessa sistemática que funciona a perda alargada, podendo ser definida como o confisco moderno no qual se alarga o objeto de incidência da perda para bens que não se exige a demonstração de sua ligação como o fato criminoso principal, havendo a exigência de outras circunstâncias autorizativas,¹²² que farão incidir a presunção de ilicitude. Alarga-se o objeto do confisco, porém se estreitam as possibilidades de sua incidência,¹²³ exigindo que haja condenação anterior, por crime de catálogo, ou crime grave como no Brasil, e que o patrimônio do condenado seja incompatível com sua renda lícita. Essas circunstâncias podem configurar pressupostos necessários para que o confisco alargado,¹²⁴ que tem na presunção da ilicitude do patrimônio incompatível sua “pedra de toque”.

Verificamos uma espécie de mudança do paradigma probatório em relação à ilicitude patrimonial conexa à atividade criminal de organizações criminosas, especialmente transnacionais, pois devido à complexidade das transações financeiras e mecanismos de ocultação patrimonial, blindagem patrimonial, pulverização financeira, torna-se praticamente impossível realizar a prova da origem ilícita dos bens de forma direta, como já foi explanado anteriormente.¹²⁵

¹²¹ RODRIGUES, 2023, p. 154. Ainda HÉLIO RODRIGUES salienta que em todas as formas de confisco haverá a relação do bem a ser confiscado com o fato criminal, sendo em alguns tipos, onde se presume esta relação, dispensada a demonstração, mas, mesmo assim, haverá esta relação presumida. Somente se admitirá um confisco havendo esta relação (efetiva ou presumida) do bem objeto do confisco e o fato típico-ilícito.

¹²² ROBERTO VIEIRA discorrendo sobre o confisco alargado menciona que se fundamenta na origem ilícita dos bens, que deve ser demonstrada, em grau de probabilidade, não sendo suficiente a condenação anterior para esta demonstração. Ainda se diferencia do confisco clássico por não precisar haver vínculo entre o objeto do confisco e o fato criminoso apurado, VIEIRA, 2019, p. 40.

¹²³ TROIS NETO, 2021, p. 29. Segundo PAULO TROIS NETO “o que legitima o alargamento dos efeitos do confisco é o contrapeso de um estreitamento das suas hipóteses de aplicação”. A posição do autor está em sintonia com o princípio da *última ratio* no sentido de se implementar o confisco alargado para situações excepcionais gravidades, com complexa estrutura de lavagem de dinheiro e a prova da relação do patrimônio com o crime se torne “diabólica”. Neste sentido JORGE GODINHO analisando a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, entendendo se tratar de inversão do ônus da prova, diz que “a presunção dispensa a *probatio diabólica* da origem ilícita, que normalmente caberia à acusação, distribuindo ao arguido o ônus de provar o contrário, sendo esta a função específica das presunções *juris tantum*”, GODINHO, 2003, p. 1318.

¹²⁴ “A perda alargada nada mais é que a expansão da perda clássica; é, assim, a perda de produtos, bens ou instrumentos além daqueles estritamente vinculados ao crime em razão do qual há uma condenação criminal.” Tal mecanismo surgiu como forma de confrontar as difíceis exigências de prova que os mecanismos tradicionais de perda impunham, porquanto demandavam a demonstração de nexos diretos entre o crime e os bens cujo confisco se deseja decretar. Surge tal instituto, mais precisamente, num sentido de facilitar a prova da conexão entre as vantagens e os crimes concretos de onde elas provêm. Como aduz Duarte, “O mecanismo tradicional de perda de benefícios resultantes de um crime veio a revelar inúmeras insuficiências, precisamente porque exige que se prove a efetiva ligação entre os benefícios obtidos e o crime, prova esta que, na maioria das situações, é impossível de ser feita. Não tendo sido feita prova, não opera o mecanismo clássico e como tal poderiam ser mantidos os benefícios, provenientes de atividades ilícitas, na esfera patrimonial dos criminosos”, SOUZA, 2016, p. 256.

¹²⁵ JOSÉ DUARTE pontua que devido a crescente sofisticação dos mecanismos criminosos que dificultam a detecção e confisco, foi necessário implementar “soluções menos convencionais” compatíveis com este fenômeno criminal. Neste contexto salienta a aprovação da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que autorizou o confisco alargado, constituindo “ferramenta legislativa fundamental para enfrentar tipos de criminalidade mais complexa que, não raras vezes, desenvolvem procedimentos de ocultação patrimonial que dificultam sobremaneira a prova da ligação

A sistemática processual penal, diante deste fenômeno social, econômico e digital, adaptou-se e passou a exigir apenas que se demonstre a incongruência do patrimônio daquele indivíduo condenado por crimes graves e as fontes lícitas de recurso.¹²⁶ Esta presunção, *juris tantum*, é uma decorrência lógica da situação fática, uma vez que o condenado, não possuindo ocupação lícita, bens de família, ou renda compatível com o patrimônio, logicamente o adquiriu por meio de práticas criminosas.

TROIS NETO conceitua o confisco alargado como “um mecanismo que proporciona a ampliação dos meios para restauração da situação patrimonial anterior à atividade criminosa, com o objetivo de tornar tão efetiva quanto possível, na realidade social, a expectativa de que o crime não deve compensar.”¹²⁷ Essa posição, além de ir ao encontro das disposições internacionais sobre o tema, tem respaldo em grande parte da doutrina e de tribunais, como veremos adiante. Por outro lado, GUEDES VALENTE critica a perda alargada por entender que a matemática jurídico-criminal assente na política pró securitária visa a punição a qualquer custo, entendendo que os dois regimes em vigor, do CPP (art. 109º a 112º) e da Lei n.º 5/2002, nos artigos 7º e 8º, especialmente, 12º e 12º-A, constituem-se um regime especial no qual há “um autêntico regime impositivo de prova da licitude dos bens” atribuído ao acusado, entendendo que as chamadas políticas criminais inovadoras se constituem na verdade na repristinação de “raízes e fundamentos de tempos em nada de boas memórias político-jurídicas”.¹²⁸

SÓLON LINHARES busca identificar um ponto comum nas percepções quanto à perda alargada e se posiciona que “o confisco alargado pretende impedir um enriquecimento ilícito por parte do arguido, sem que ele tenha logrado demonstrar uma causa justificadora ou legítima

entre uma determinada actividade criminosa e posteriores estados de riqueza”. Por fim adverte que “não é fácil obter o correcto equilíbrio entre a necessária tutela de direitos e das garantias dos cidadãos e o interesse público que existe no combate, ágil e eficaz, do fenómeno criminal”, se valendo das lições de JOÃO CONDE CORREA, para lembrar que o confisco em um estado absolutista é diferente do que ocorre em Estado de Direito Democrático, na medida em que este pressupõe o devido processo legal, que abrange desde a legalidade procedimental até a possibilidade de defesa e contraditório, sempre com a intervenção e supervisão do Poder Judiciário, DUARTE J. N., 2023, p. 46.

¹²⁶ Segundo STEFAN CASSELA os tribunais americanos não adotaram totalmente o conceito de confisco alargado, “segundo o qual uma condenação por uma determinada ofensa dará origem a uma ordem de confisco direcionada ao produto de todos os outros crimes que o mesmo réu tenha cometido. Ao contrário, como o confisco penal é considerado parte de sentença do réu relativa à prática de um determinado crime, somente a propriedade conecta à prática desse crime está sujeita ao confisco penal. Nesses casos, o governo deve ajuizar uma ação não baseada em condenação para recuperar qualquer propriedade envolvida em outros crimes”, CASSELA, 2020, p. 250.

¹²⁷ TROIS NETO, 2021, p. 40.

¹²⁸ VALENTE M. M., 2020, p. 31.

e, por esta razão, a perda ampliada incide somente nos valores incongruentes com os rendimentos conhecidos do indivíduo decorrentes de práticas criminosas”.¹²⁹

Verificamos ser fundamental a identificação de seus pressupostos de cabimento, para que se possa ter a clareza quanto a seu alcance, bem como pautar a hermenêutica pela finalidade da norma, sempre preocupados com a preservação do núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. Importa destacar que existe ligeira variação nos pressupostos estabelecidos na legislação europeia, portuguesa e brasileira.

No âmbito europeu, com percepção da necessidade do enfrentamento da criminalidade econômica financeira transnacional,¹³⁰ foram aprovados instrumentos jurídicos¹³¹ que permitissem a eficiente cooperação para o enfrentamento da questão.¹³² Dentre esses instrumentos,¹³³ num processo gradual de evolução, destacamos a Diretiva 2014/42/EU,¹³⁴ que previu no art. 5º que a perda alargada é a perda de bens de pessoas condenadas por crimes que possam gerar benefícios econômicos, se o Tribunal estiver convencido que tais bens são originários de infração penal, podendo levar em conta para esta conclusão “as circunstâncias do caso, inclusive em fatos concretos e provas disponíveis”, tais como o patrimônio incongruente. Estabelece no número 2 deste mesmo artigo quais seriam as infrações penais, “pelo menos”, que estariam sujeitas à perda alargada.¹³⁵ Na mesma lógica conceitual a Diretiva

¹²⁹ LINHARES S. C., 2019, p. 1788.

¹³⁰ ANDRÉ PITON afirma que “uma vez que a perseguição dos bens tem-se demonstrado um instrumento fulcral na prevenção e repressão da criminalidade e é particularmente importante evitar que a deslocalização desses bens impeça a prossecução de processo penal eficaz. Se uma tal atuação terá sempre relevância, ela é obviamente crucial quando falamos de criminalidade organizada (especialmente económico-financeira), sobretudo de dimensão transnacional, pois que aí o lucro, a capacidade de gerar bens e de os reutilizar ou reinvestir torna-se uma variável de relevo para os agentes do crime”, PITON, 2018, p. 173.

¹³¹ ANDRÉ PITON salienta que as ações de cooperação começaram com a provação da “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”, sendo alterada após três anos pela decisão quadro 2001/500/JAI, do Conselho, de 26 de junho de 2001. Esta decisão quadro surge depois do Conselho Europeu de Tampere, que expressamente reflete sobre a criminalidade económica grave e a importância de tomar medidas europeias que permitam melhor lidar com este tipo de crimes, especialmente no que respeita à deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime, dando assim motivo à criação deste novo instrumento”, PITON, 2018, p. 174.

¹³² “Se o crime se modernizou, também a legislação, com vistas a combatê-lo, deve modernizar-se”, SOUZA, 2016, p. 234.

¹³³ No ano de 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho chegaram a conclusão que o sistema de perda alarga vigente não era eficiente. Assim editaram um nova Diretiva sobre perda dos instrumentos e produto do crime, a Diretiva 2014/42/EU. Sobre esta questão foi constatado que a Decisão-Quadro 2005/212/JAI previa disposições mínimas sobre o sistema de confisco para que os Estados incorporassem em suas legislações, o que causou transposição fragmentada. Diante deste quadro, o reconhecimento mútuo das decisões judiciais sobre confisco entre os Estados ficou prejudicado devido as diferenças legislativas, ALBUQUERQUE C. P., 2011, p. 260.

¹³⁴ Esta Diretiva é referência conceitual, pois tinha como principal objetivo estabelecer a harmonização do conceito de perda alargada, pois na norma anterior, Decisão-Quadro 2005/212/JAI, previu que os Estados Parte poderiam optar, como regras mínimas, entre três conjuntos diferentes de conceito da perda alargada, o que levou a dificuldade do reconhecimento mútuo pela falta de harmonização.

¹³⁵ São exemplos: corrupção ativa e passiva, tráfico de drogas, terrorismo, lavagem de dinheiro, exploração sexual de crianças, participação em organizações criminosas,

2024/1260/EU prevê, no artigo 14º, que a perda alargada mantém o conceito da Diretiva anterior, somente reforça que a determinação da origem criminosa dos bens deve ser derivada da análise de “todas as circunstâncias do caso, incluindo os factos concretos e os elementos de prova disponíveis, como o facto de o valor dos bens ser desproporcional em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada”,¹³⁶ deixando evidente a preocupação com a fundamentação da presunção de ilicitude que irá embasar a perda ampliada.

Verifica-se, assim, a lógica de enfrentamento a crimes graves e que gerem benefícios econômicos, possibilitando aos Estados-Membros ampliarem o rol de infrações, bem como estabelecer outros mecanismos, pois as Diretivas propõem medidas mínimas.

Em Portugal a Lei nº 5 de 2002, que busca combater a criminalidade econômica e financeira, previu no art. 7º, inciso nº 1, que havendo condenação pela prática de crime previsto no art. 1º,¹³⁷ para fins de perda de bens em favor do Estado, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com seu patrimônio lícito, desde recebidos nos cinco anos anteriores a sua constituição como arguido. Alarga-se, assim, o alcance do objeto do confisco para além daqueles ligados direta e indiretamente com o fato típico ilícito. A redação original da Lei nº 5 foi alterada pela Lei nº 30/2017,¹³⁸ em decorrência da transposição da que Diretiva 2014/42/EU.

¹³⁶ UE U. E., Diretiva 1260, 2024, pp. 20, nº 2, art. 14º.

¹³⁷ a) Tráfico de estupefacientes; b) Terrorismo e organização terrorista; c) Tráfico de armas; d) Corrupção passiva e peculato; e) Branqueamento de capitais; f) Associação criminosa; g) Contrabando; h) Tráfico e viciação de veículos furtados; i) Lenocínio e lenocínio e tráfico de menores; j) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

¹³⁸ FERREIRA MONTE destaca o tratamento diferenciado que o legislador deu aos instrumentos do fato ilícito relacionado da criminalidade económica-financeira, pois o art. 12º-B da Lei nº 5/2002, que foi alterado pela Lei nº 30/2017, dispensa a prova de perigo ou de continuidade delitiva para perda dos instrumentos, referindo a aplicação do Código Penal a esses casos, dispensando a comprovação de culpa, basta demonstrar a existência do fato típico do art. 1º da Lei, MONTE, 2023, p. 133. Ainda, o autor consigna que o fato de não se exigir o vínculo do objeto do confisco alargado com a condenação, embora pressuposto, há que entender que o confisco alargado é um tipo de *Non-conviction based confiscations*- NCBC, MONTE, 2022, p. 156. GUEDES VALENTE ao tratar da Transposição da Diretiva 2014/42/EU, pela lei 30/2017, que alterou a Lei nº 5/2002 e alguns dispositivos do Código Penal e Processual Penal, entre outros, se manifesta no sentido de que a Diretiva, mesmo em seus ‘considerandos’, “tem o escopo central facilitar a perda de bens em matéria penal, a par da instituição de garantias específicas a fim de assegurar que, regra geral, as decisões de perda sejam fundamentadas, e no respeito pelos direitos fundamentais e princípios de um processo equitativo e justo”, que outrora atingia somente crimes transnacionais típicos de organizações criminais especializadas, hoje podem ser aplicados a todos os crimes. E continua o autor dizendo que a perda alargada, regime especial em relação ao do código penal, teve sua incidência ampliada pela Diretiva em questão, aumentando o catálogo do art. 7º da Lei nº 5/2002, ao mesmo tempo em que aproximou o regime do código penal português (arts. 109-A e 112-A). O autor critica a não observância do princípio da reserva de código ao se prever a perda alargada em lei esparsa, diminuindo a densidade do princípio da legalidade e consequentemente da segurança jurídica, VALENTE M. M., 2020, pp. 43-44.

Verificamos, assim, que a incongruência patrimonial tanto para Diretiva 2024/1260/EU,¹³⁹ como para a revogada Diretiva 2014/42/EU,¹⁴⁰ é um indicativo de convencimento do tribunal, é um indício,¹⁴¹ é um fundamento, é o fato base, que provado, faz incidir a presunção de que os bens são de origem ilícita e deve-se alargar o objeto do confisco. Já na Lei n.º 5/2002, no art. 7º,¹⁴² esta incongruência é elemento central autorizativo da perda alargada.

A nova Diretiva deixa claro que o convencimento do Tribunal quanto a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, ou seja, sua origem de atividade ilícita, será pautado por toda a produção probatória aduzida no processo, podendo o juiz, inclusive, demandar outras diligências complementares, pois como leciona FIGUEIREDO DIAS “a actividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes”.¹⁴³

Ao buscar um equilíbrio na interpretação do alcance da perda alargada RODRIGO RIOS e VICTOR COSTA, visando à incorporação no Direito brasileiro, afirmam que o fato da perda recair sobre outros bens, que não os de origem comprovadamente de antijurídica, implica a necessária tarefa de delimitação de pressupostos da medida e a proteção dos direitos do acusado constitucionalmente previstos.¹⁴⁴

Para DUARTE NUNES são pressupostos do confisco alargado da Lei n.º 5/2002, que recaem sobre um patrimônio incongruente, não sobre um bem específico, a condenação com

¹³⁹ União Europeia. Diretiva 2024/1260/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de abril de 2024, relativa à recuperação e perda de bens. Artigo 14º. Perda alargada. 1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, de bens pertencentes a uma pessoa condenada por uma infração penal, sempre que a infração cometida seja suscetível de gerar, direta ou indiretamente, um benefício económico e que o tribunal nacional esteja convencido de que o património seja resultante de conduta criminosa. 2. Para determinar se os bens em causa resultam de conduta criminosa, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias do caso, incluindo os factos concretos e os elementos de prova disponíveis, como o facto de o valor dos bens ser desproporional em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada.

¹⁴⁰ União Europeia. 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. 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 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.

¹⁴¹ NUNES, 2023, p. 361.

¹⁴² Portugal. Lei n.º 5/2002. Artigo 7º. Perda de bens. 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.

¹⁴³ DIAS J. d., 2004, p. 192.

¹⁴⁴ RIOS & COSTA, 2020, p. 24.

trânsito em julgado, por crime de catálogo, existência de patrimônio do condenado, incongruência deste patrimônio com seus rendimentos lícitos, e o patrimônio objeto do confisco alargado não ter sido obtido através do crime pelo qual foi condenado, pois haveria o ensejo do confisco clássico nesse caso.¹⁴⁵

Assim os pressupostos¹⁴⁶ da perda alargada em Portugal são: 1 - condenação por crime elencado em rol taxativo; 2 - arguido possuir patrimônio; 3 - existência de patrimônio incongruente adquirido em cinco anos anteriores à sua constituição como arguido que deve ser liquidado na acusação, ou com recursos ganhos neste período;¹⁴⁷ 4 - este patrimônio não ser decorrência do crime pelo qual foi condenado.¹⁴⁸

No âmbito europeu, destacamos os atuais pressupostos estão previstos na já mencionada Diretiva 2024/1260/EU, como mínimo a ser previsto, que constou a perda alargada no art. 14º, cujos pressupostos podem ser sintetizados assim: 1 - condenação por infração penal (rol mínimo previsto no art. 2º, n.º 1 ao n.º 3) que possam gerar benefícios econômicos; 2 - convencimento do tribunal, com bases em todas as circunstâncias, tais como “factos concretos e elementos de prova”, como a desproporção dos valor dos bens em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada. Em relação à Diretiva 2014/42/EU, houve o esclarecimento em relação ao que o tribunal deve levar em consideração para definir a origem ilícita dos bens, mantendo os pressupostos já estabelecidos.

¹⁴⁵ NUNES, 2023, p. 341. DUARTE NUNES Em nota n.º 39, salienta que autores invocam o princípio da proporcionalidade para defender a existência de outro pressuposto, qual seja, da provável existência de atividade criminosa anterior, se posicionando contra tal exigência por não haver previsão legal e por criar um prova diabólica a cargo do MP (cita trabalho do CEJ “a incongruência do património no confisco alargado de vantagens do crime”, *in* recuperação de ativos, p 26.).

¹⁴⁶ Ponto discutido pela doutrina, no entanto não previsto na lei, seria da exigência da demonstração de que este patrimônio incongruente também seria oriundo da atividade criminosa, da sua *criminal life style*, sem se exigir a proba cabal desta relação. Do contrário, se alega que operaria dupla presunção, uma vez que o patrimônio incongruente se presume ilícito e oriundo de atividade criminosa. ROBERTO VIEIRA discorre sobre os quatro tipos de confisco existentes, o geral, o que recai sobre bens das organizações criminosas, o de bens de origem ilícita (NCBC) e o que visa bens que foram obtidos ilicitamente, fundamentado pela condenação prévia e patrimônio incompatível com sua renda lícita. Cita JOÃO CONDE CORREIA que leciona “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”, VIEIRA, 2019, pp. 38-39.

¹⁴⁷ O momento da liquidação do patrimônio incongruente também recebe crítica na medida em que o pressuposto da perda alargada é a condenação por um fato ilícito-típico, não teria sentido começar a liquidação antes do advento deste pressuposto. Sugere-se que se proceda a liquidação somente após o trânsito em julgado. No entanto, tornaria ineficaz a perda alargada, por duas razões especiais: primeiro, justamente por se tratar de crimes cometidos por organizações criminosas de caráter transnacional, com grande poder econômico, o processo pode ser procrastinado por manobras jurídicas, sem contar a possibilidade de ameaças a testemunhas, peritos, promotor, juiz etc. Segundo, a identificação, localização e demonstração da titularidade do patrimônio do acusado, e sua consequente incongruência, são extremamente complexas e morosas. Se não se realizar esta atividade, paralelamente a investigação criminal pré-processual, o Ministério Público ou Juiz, não terão capacidade operativa de realizar tal tarefa. Assim, além da incapacidade operacional, cria-se a oportunidade da dilapidação patrimonial a qual já foi referida, tornando ineficaz a decretação da perda. Soma-se a isso o fato de que, por razões fáticas ou jurídicas, não ocorrer a condenação, mas persistir a possibilidade de perda nos termos do art. 110º, nº 2, 5, CPP.

¹⁴⁸ NUNES, 2023, p. 341.

Podemos notar pequenas diferenças entre as definições no âmbito da EU e na legislação portuguesa. A primeira delas é que, na lei portuguesa, o rol de crimes que ensejam o confisco alargado é taxativo, sem exigir que gerem benefícios econômicos. Já na Diretiva, o rol de infração penal é exemplificativo, mas exige que o cometimento possa gerar benefícios econômicos. Ainda, a Diretiva utiliza a expressão “bens” para análise da incongruência, já a lei portuguesa utiliza o termo “patrimônio”, o que, como veremos, não traz consequências relevantes, devido à relação de continente e conteúdo entre tais termos. No Brasil, o art. 91-A do CPB, quanto aos crimes sujeitos a perda alargada utilizada o critério de quantitativo de pena, não levando em consideração a potencial possibilidade de gerar benefícios econômicos. Em relação aos termos “bens/patrimônio”, utilizam-se os dois termos, ao nosso ver acertadamente, informando que a perda alargada incidirá sobre bens correspondentes à diferença patrimonial entre o que se comprova a origem lícita e o que não se comprova.

Dessa forma, tanto a lei portuguesa, como a brasileira, em tese, permitiria a inserção de outros crimes como sujeitos a perda alargada, mesmo não guardando relação com a macro criminalidade econômico-financeira, nem que tenham a natureza de gerar riqueza, desvirtuado assim a finalidade da perda alargada para crimes comuns. Ainda, não exige o convencimento pelo tribunal de que o patrimônio desproporcional seja oriundo de atividade criminosa, o que merece crítica, uma vez que, ao menos para “além da dúvida”, deve-se convencer da origem ilícita, sob pena da incidência de dupla presunção de ilicitude.¹⁴⁹ Assim podemos concluir que definição que a lei portuguesa e brasileira trazem são mais abrangentes do que a Diretiva 2024/1260/EU, pois o rol não é estrito e a origem do bem a ser perdido não se impõe que seja de crimes que gerem riqueza. No entanto, cabe ressaltar que é da natureza das Diretivas

¹⁴⁹ Este último requisito não é pacífico, pois não há previsão legal, no entanto, é uma decorrência lógica para a operação da presunção. Todavia, não nos parece o objetivo da norma que se tenha a prova desta atividade criminosa, mas sim o convencimento do tribunal acerca da origem criminosa, fundamentada nos fatos e provas do processo principal de condenação. Sobre isso PEDRO CAEIRO afirma que se não se exigisse esta prova havia a incidência de “dupla presunção”, pois se presumiria a existência da atividade criminosa da qual se origina o patrimônio incongruente, pois do contrário não haveria necessidade de o legislador definir a origem do patrimônio ilícito, atividades criminosas, bastaria ter como pressuposto a incongruência patrimonial, e finaliza dizendo que esta questão dizendo que “o legislador indicou claramente a ratio da medida – confisca-se porque se presume que os bens provêm de uma actividade criminosa, e não em função da sua origem desconhecida ou ilícita. Por isso mesmo, tal actividade não é presumida, antes tem que ser provada, de maneira a que a presunção da proveniência possa operar: trata-se de uma presunção *iuris tantum* e não de uma liberação total do ónus probatório”, CAEIRO, 2011, pp. 313-314, no mesmo sentido, MELO, 2021, p. 35. FERREIRA MONTE aos discorrer sobre a necessidade de se provar a origem do patrimônio incongruente com a atividade criminosa, se posicionando como JOÃO CONDE CORREIA que não vê tal necessidade, diferente de PEDRO CAEIRO para quem há a necessidade de se demonstrar a atividade criminosa originária do patrimônio incongruente, pois o confisco alargado “não suporta dupla presunção”, não havendo a necessidade do *Standart do* para lá da dúvida razoável, bastando a preponderância das probabilidades, MONTE, 2023, p. 116.

européias estabelecer parâmetros mínimos para harmonização das legislações para reconhecimento mútuo.

Sobre as escolhas do catálogo de crimes que justificam a perda alargada, JORGE GODINHO pensa que foram critérios de política-criminal que o motivaram, critica constarem na lista os crimes de associação criminosa e organização terrorista pois não tendem a gerar lucros, bem como a exigência de serem praticados de forma organizada, pois o próprio crime já pressupõe certa organização e julga “que o *modus faciendi* ‘organizado’ constitui uma referência à realidade criminológica primordialmente visada neste particular instrumento de política criminal, a criminalidade organizada, - as grandes organizações criminais geradoras de avultados lucros - , que tem sido caracterizada sobretudo pelo prisma ‘empresarial’ e com base na ideia de ciclo económico, visando lucro, de que é paradigma o circuito de produção e comercialização de estupradores”.¹⁵⁰

Outra questão debatida pela doutrina é quanto ao objeto do confisco se referir a um bem específico ou a um património. DUARTE NUNES considera que a Diretiva 2024/1260/UE estabelece um confisco de bens em concreto, diferente da Lei n.º 5/2002 que tem por objeto do confisco o património incongruente, o que pode resultar em dúvidas quanto à compatibilidade da legislação portuguesa com a da UE. Ainda, prossegue o autor, considera que a redação da Diretiva cria, para o Ministério Público, a obrigação de provar a proveniência ilícita do património com “base em um *standart* civilista de preponderância das probabilidades qualificado. É bastante mais provável (e não apenas provável) que os bens tenham sido obtidos através da prática de crimes do que mediante atividades lícitas”.¹⁵¹

No Brasil,¹⁵² o art. 91-A do Código Penal,¹⁵³ inserido pela Lei n.º 13.964 de 2019, no âmbito do chamado “Pacote Anticrime”, a previsão normativa é muito semelhante ao estabelecido na Lei n.º 5/2002 portuguesa,¹⁵⁴ qual seja “a perda em favor do Estado do património incongruente, presumidamente ilícito, de alguém condenado por crime grave”. Vale lembrar o art. 63-F da Lei 11.343/98, já mencionado neste trabalho, no § 1º deste artigo prevê a necessidade de se demonstrar a “conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do

¹⁵⁰ GODINHO, 2003, p. 1341.

¹⁵¹ NUNES, 2023, p. 353.

¹⁵² TIAGO ESSADO discorrendo sobre a diferença entre a “perda” como efeito da condenação e a “perda” como pena, entende que ambas as situações são diferentes da perda alargada, pois esta última não está relacionada a juízo de culpabilidade penal, ESSADO, 2014, p. 21.

¹⁵³ Brasil. Código Penal. 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 património do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.”

¹⁵⁴ FRANCISCA LIMA nota grande influência da Diretiva 2014/42/UE na implementação do confisco alargado no Brasil, LIMA F. S., 2023, p. 82.

condenado ou sua vinculação a organização criminosa”. Assim, no Brasil, nos crimes da Lei de Drogas, é expressa a necessidade de se demonstrar o envolvimento criminal anterior como pressuposto da perda alargada, tornando-a, no tráfico de drogas, mais restrita do que a regra geral do CPB, o que pode levar a questionamento quanto à proporcionalidade, uma vez que se restringe a aplicação para crimes mais graves e a amplia para os de menos lesividade.

Uma diferença que pode se apontar é que, no Brasil, há necessidade de condenação por infração que comine pena máxima superior a seis anos de reclusão,¹⁵⁵ diferente de Portugal, que tem um rol taxativo de crimes. No Brasil, não há previsão do corte temporal de cinco anos anteriores à constituição de arguido para que os bens que ingressem no patrimônio do condenado sejam computados para fins de patrimônio incongruente. Por fim, a norma não delimita expressamente que tais crimes devem ser aptos para gerar ganhos patrimoniais, o que é decorrência lógica de toda fundamentação da implementação do confisco alargado no mundo, mas pode permitir a intrusão de crimes que não tenham esta natureza, sendo recomendável um ajuste normativo para garantir a finalidade da norma.

Quanto ao requisito da demonstração da origem criminosa do patrimônio incongruente, havia a previsão no projeto de lei da necessidade da “existência de elementos probatórios que indiquem a conduta criminosas habitual, reiterada ou profissional ou sua vinculação à organização criminosa” não permanecendo na lei aprovada, o que não pode significar a desconsideração dos elementos probatórios quanto a essas circunstâncias.¹⁵⁶ JORGE GODINHO entende que, por falta de previsão legal, não se pode exigir da acusação a demonstração da atividade criminosa, mesmo que não seja prova com exigência de nível de condenação, mesmo que se, com isso se reduzisse o a amplitude de aplicação do confisco.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CRISLAYNE MELO ao comentar o modelo adotado pelo Brasil sem rol de crimes que ensejam a perda ampla, critica alertando possível desvio, na medida em que não se destinará aos crimes do “colarinho branco”, podendo inclusive ser aplicado a crimes como estupro e homicídio, tornando o instituto “deveras arbitrário”, pois haverá a necessidade da boa hermenêutica e bom senso do julgador para aplicar somente crimes que gerem ganhos financeiros, MELO, 2021, p. 33. Inclusive este ponto foi objeto de ação de controle de constitucionalidade, ADI 6345, perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil. Talvez esta perspectiva legislativa de utilizar o parâmetro da pena, e não um rol, decorra do fenômeno criminal que envolve os chamados “matadores profissionais”, cujo habitualidade criminosa poderiam gerar ganhos financeiros passíveis de serem alcançados pelo confisco alargado.

¹⁵⁶ RIOS & COSTA, 2020, p. 21.

¹⁵⁷ GODINHO, 2003, p. 1343. Até mesmo porque, caso fosse pressuposto a demonstração da atividade criminal que originou o patrimônio incongruente, haveria a necessidade do Ministério Público formular nova acusação, como decorrente instrução criminal e atos decorrentes, o que desnaturaria totalmente o instituto da perda alargada. Caso a acusação disponha de elementos de prova sobre a atividade criminosa e seus ganhos financeiros, seria o caso de seguir os trâmites clássicos da perda. A perda alargada vem justamente suprir a dificuldade probatória que a complexidade das ações da criminalidade organizada apresenta no estabelecimento da origem do patrimônio.

É possível perceber certa semelhança entre as disposições da Diretiva 2024/1260/UE,¹⁵⁸ Lei n.º 5/2002 de Portugal e o art. 91-A do Código Penal do Brasil, restando um conceito aproximado da perda alargada comum como uma medida de restrição patrimonial, baseada em uma presunção relativa de ilicitude de patrimonial, decorrente da condenação por infração patrimonial grave (mais de seis anos ou rol), que gere benefícios econômicos ou financeiros, incidente sobre patrimônio incongruente de domínio do condenado.¹⁵⁹

Por tudo dito neste capítulo, podemos entender o processo evolutivo do confisco, com a criação do confisco alargado, decorre exatamente do contexto social e político em que se insere¹⁶⁰ e o fundamenta. Na busca de um conceito que harmonize as legislações, percebemos que a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, como fundamento principal ou indiciário da perda alargada, que pode, em tese, fragilizar alguns direitos e garantias fundamentais, a depender da definição quanto natureza jurídica,¹⁶¹ cuja investigação se dará no próximo capítulo.

¹⁵⁸ JORGE GODINHO, se referindo a Diretiva 2014/42/EU, em nota de rodapé cita Johan BOUCHT, *The limits of asset Confiscation...* pp 16 e 27 ss., para quem o confisco alargado é todas as formas de perda que incidem sobre os produtos gerados por infração penal, “assim incluindo a perda alargada *stricto sensu* e o confisco não baseado numa condenação, podendo assim abranger mecanismos como o previsto na legislação portuguesa. Todavia, esta generalização alarga de tal forma o conceito, que o priva de qualquer conteúdo útil e não corresponde à noção consagrada na Diretiva, que o Estado Português se obrigou a transpor”, GODINHO, 2003, p. 266.

¹⁵⁹ Esse conceito inicial poderá sofrer algum ajuste, a depender da corrente dogmática que define a natureza jurídica do confisco alargado, havendo limitações e contornos distintos, ao se entender de natureza penal ou de natureza não penal.

¹⁶⁰ Ainda, também dispondo sobre a interferência do contexto social no direito penal, esclarece PIERPAOLO CRUZ BOTTINI discorrendo sobre o papel do contexto social no desenvolvimento do direito penal afirma que atualmente ele, “com suas características marcantes de expansão sobre novos contextos, não surge por acaso. Os novos tipos, os institutos dogmáticos desenvolvidos, a metodologia de sua aplicação têm relação íntima com o contexto social no qual ele é produzido e reproduzido. O surgimento ou o desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade”, BOTTINI, 2010, p. 29.

¹⁶¹ CASSELA, 2020, p. 242.

CAPÍTULO II – Natureza Jurídica da Perda Alargada.

A definição desta natureza jurídica da perda alargada e, por consequência, da presunção da ilicitude do patrimônio incongruente, tem repercussões além das discussões teóricas,¹⁶² pois, a depender da que se adote, penal, não penal, híbrida, o regime processual aplicado será diferente, bem como a observância das garantias fundamentais serão objeto de restrição como maior ou menor intensidade.¹⁶³ Será levado em conta as diferenças entre os ordenamentos de Brasil e Portugal, bem como entre as disposições de instrumentos internacionais e interpretações jurisprudenciais,¹⁶⁴ inicialmente de forma dissociada, para ao final identificar bases de harmonização.

Ao nos debruçarmos sobre os sistemas português e brasileiro, verificamos algumas diferenças, tendo em vista o atraso da temática no país sul-americano, tornando mais acentuada após a transposição da Diretiva 2014/42/UE, bem como da adoção da Diretiva 2024/1260/EU, tornando a Europa e Portugal em sintonia com a política internacional de combate à criminalidade organizada de caráter transnacional. Ilustrando tal diferença, ENRICO BARIN menciona que, diferente do Brasil, Portugal não classifica os instrumentos clássicos como efeitos da condenação, “se afastando da natureza de pena acessória”, ampliando o alcance de instrumentos e produtos, não exigindo a vinculação direta com o fato, ou com o agente, podendo inclusive ser aplicada sem que haja qualquer condenação e podendo ser convertido em valores, alcançando inclusive terceiros.¹⁶⁵

Existem diferentes percepções, que por vezes bem fundamentados, outras nem tanto. Sendo muito comum conceitos superficiais, argumento de autoridade, sem análise científica do instituto.¹⁶⁶ Alguns entendem que se trata de natureza penal, pois seria “sanção penal de natureza patrimonial”, com finalidades preventivas, decorrentes de sanção penal. Já há os que a entendem como de natureza diversa da penal (civil, administrativa, híbrida) definindo,

¹⁶² VLADMIR ARAS diz, ainda, que o confisco clássico tem como têm o “objetivo de reconstituir o *status quo* ante no tocante ao patrimônio do réu criminoso”, ARAS, 2020, p. 378. No mesmo sentido BUTA, 2021, p. 66.

¹⁶³ VLADMIR ARAS, em nota de rodapé nº 10, informa que “na Itália, o “*confisca allargata*”, do art. 12-sexies, do Decreto-lei 306, de 1992, é uma das *misure di prevenzione patrimoniale*. Segundo tal dispositivo, “*e’ sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilita’ di cui il condannato non puo’ giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilita’ a qualsiasi titolo in alore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attivita’ economica*”, ARAS, 2020, p. 376.

¹⁶⁴ O TEDH estipulou critérios para definição se determinada matéria possuiria natureza penal, são os chamados critérios Engel, sendo o primeiro deles “a classificação adotada pelo Direito interno”. Esta definição foi estipulada no Acórdão Welch x Reino Unido de 1986.

¹⁶⁵ BARIN, 2023, p. 105.

¹⁶⁶ MANUEL MINAS, ao concluir pela contradição de opiniões doutrinárias sobre confisco alargado, bem como pela ausência de perspectiva quanto a um consenso, diz que “só depois de saber ao certo se o confisco alargado tem natureza penal, civil ou administrativa é que poderemos analisar com clareza se o mecanismo respeita os princípios essenciais do direito penal, do direito civil ou do direito administrativo”, MINAS, 2017, p. 28.

basicamente, como “medida restauradora da licitude patrimonial”, ora tramitando dentro de processo penal, ora totalmente fora deste tipo processual.¹⁶⁷

Nessa perspectiva de debate doutrinário, o confisco alargado já foi entendido como de várias naturezas,¹⁶⁸ tais como “de índole análoga à medida de segurança, como sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal, ou mesmo como medida de caráter não penal, mas administrativo ou civil”.¹⁶⁹ Sobre essa divergência conceitual, relacionada ao confisco clássico, já em 2004, ANA DOMÍNGUEZ afirmava que “*Actualmente, la doctrina mayoritaria no configura ai comiso ni como pena, ni como medida de seguridad, ni tampoco como medida reparadora dei delito*”, pois não teria as mesmas exigências das consequências jurídicas do delito, não tendo finalidade de idêntica às das penas, nem se encontraria listado como pena, nem se submetia as regras de determinação delas.¹⁷⁰

Ainda sobre a divergência conceitual, FERREIRA MONTE diz que há várias opções de designação do confisco, pontua a existência do que exige condenação e o que não exige e menciona que “pode situar-se no âmbito das consequências jurídico-penais, mas também pode ser uma medida análoga a tais consequências, mais administrativa ou mais penal, ou simplesmente uma medida restauradora ou corretiva de patrimônio conforme o Direito, de feição mais ou menos civil, apenas para citar algumas das mais relevantes hipóteses”, explicando, assim, a divergência doutrinária. Arremata dizendo que, além da natureza civil, penal e administrativa, há quem entenda ter o confisco como a natureza híbrida, constituindo uma “terceira classe de sanções”,¹⁷¹ e que qualquer das classificações impostas dificilmente serão puras. A natureza jurídica que se investiga no texto é a que se amolda à vontade do legislador português, por questões de utilidade prática.¹⁷²

¹⁶⁷ ANTÓNIO VAZ de CASTRO afirma que “da consequente busca por uma resposta atinente à natureza jurídico-penal desta consequência, encontraram-se, na doutrina e jurisprudência nacionais, várias e distintas respostas, quer em relação à conclusão, quer à fundamentação, quer a ambas”, referindo a ausência de requisitos de validade às respostas, VAZ DE CASTRO A. J., 2021, p. 2.

¹⁶⁸ ERICO BARIN comenta sobre “procedimentos ou ações *in rem*, também conhecidos como procedimentos de confisco *in rem*, previstos em diplomas internacionais como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, de natureza extrapenal, que hoje estão sedimentados em sistemas legais como o norte-americano (o *civil forfeiture*), o britânico (a *civil recovery*)”. Segundo autor é uma *non conviction based asset forfeiture*, que se diferencia dos instrumentos tradicionais de confisco pelo fato de não exigir a condenação penal como requisito, podendo ser de natureza civil ou administrativa que terá um bem/patrimônio com suspeita de ilicitude como objeto da demanda, com os consequentes *standards* probatórios civis, BARIN, 2023, p. 142.

¹⁶⁹ RIOS & PUJOL, 2016, p. 8.

¹⁷⁰ DOMÍNGUEZ, 2004, p. 24.

¹⁷¹ MONTE, 2023, p. 79.

¹⁷² MONTE, 2023, p. 83. Complementa o autor dizendo que podem ser utilizados três parâmetros para definição da natureza jurídica do confisco, quais sejam, a definição legal; o conceito de pena ou medida de segurança e o objeto a ser confiscado. Há, ainda os que utilizem os chamados critérios Engel (parâmetro legal, natureza da ofensa e grau de severidade da medida). Ainda, ele discorre no sentido de o confisco alargado não poder ser caracterizado

Por ser baseada em condenação “por prova plena (*beyond a reasonable doubt*)” provoca grandes discussões, pois possui características que a aproxima das penas, tais como, nos casos de Brasil e Portugal, depender de condenação penal, ser prevista em lei penal, tramitar dentro do processo penal, resultar em efeitos preventivos.¹⁷³

Ao nos atermos somente a esta última, percebemos a diversidade de posicionamento em relação à definição de sua natureza jurídica, o que levou ao TEDH aplicar critérios orientadores, os chamados Engel, quais sejam, para definir a natureza deve “basear-se na classificação adotada no direito interno; na natureza da infração e na finalidade da sanção; e na severidade da penalidade que a pessoa em questão corre o risco de sofrer”.¹⁷⁴

Para entender a natureza jurídica da perda alargada inicialmente precisamos relembrar que o confisco pode ser classificado como clássico ou moderno, a depender o vínculo direto das vantagens com o fato criminoso. Dentre os modernos, podemos também classificar como baseadas em uma condenação e as não baseadas em condenação, sendo estas últimas baseadas em modelos de prova da eminentemente de natureza civil, “usando-se esquemas indiciários e presunções, de acordo com o que se chama em doutrina inglesa e norte-americana de preponderância de provas (*balance of probabilities*)”.¹⁷⁵

A discussão quanto à natureza jurídica tem reflexos no conceito de perda alargada trazida pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI, que, embora não seja preciso, amplia o alcance do

como medida administrativa, tendo em vista ser prolatada pelo poder judiciário, no âmbito de um processo penal. Não está presente a atuação do Estado, por meio do poder de império do Poder Executivo. Arremata que existem posições que definem como caráter policial, tendo em vista o aspecto preventivo da medida em relação a futuros ilícitos típicos, MONTE, 2023, p. 102.

¹⁷³ Efeitos da condenação são os que atingem a vida do condenado, reflexos ou acessórios, podendo ser penal ou extrapenal (cíveis, administrativos, políticos), podendo ser automáticos ou não, podendo a causar certa confusão pela proximidade entre os efeitos não automáticos e as penas, como a perda, que pode ser pena ou efeitos da pena, art. 43, II e art 91, II, do CPB, respectivamente, SOUZA, 2016, p. 3.

¹⁷⁴ TEDH. Acórdão *Welch* x Reino Unido de 1986. Neste sentido JOHN VERVAELE pontua a posição do TEDH, no caso M. c. Itália (núm. 12386, déc.1 5.04.91), quanto a natureza reparatória e preventiva, independente de processo ou condenação penal, VERVAELE, 1998, p. 74.

¹⁷⁵ ARAS, 2020, p. 377. VLADMIR ARAS comentando sobre as inconsistências dos critérios Engle teriam levado “o juiz Pinto de Albuquerque, em voto parcialmente dissidente no caso Varvara vs. Itália (2013), a dizer que, com o *nomen juris* de confisco, os Estados Partes do Conselho da Europa têm introduzido em seus ordenamentos jurídicos medidas de prevenção criminal, sanções penais (sanções penais acessórias ou principais), medidas de segurança em sentido amplo, medidas administrativas vinculadas ou não a procedimentos criminais e medidas de cunho civil *in rem*. “Confrontada com esse enorme leque de abordagens à disposição do Estado, a Corte ainda não elaborou uma jurisprudência consistente com base em argumentação racional e principiológica”. ENRICO BARIN ao comentar sobre *standards* de prova diz que “embora seja possível depreender um senso comum de que “quanto mais invasiva for a técnica de investigação ou da medida (de recuperação de ativos), maior será o nível de prova requerido”, há sensíveis dissonâncias entre as jurisdições de *civil law* e *common law*: nestas, prevalece a exigência de prova “para além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*) à condenação criminal, e de “dúvida razoável” (*balance of probabilities*) ou de “evidência clara” (*preponderance of evidence*), tendo por parâmetro a probabilidade quantificável, em percentagem ou probabilidade, para a aplicação de medidas de confisco penal ou *non conviction based asset forfeiture*; nas jurisdições *civil law*, como regra, o grau de prova exigido é o mesmo para uma condenação criminal, um confisco penal ou um confisco sem condenação, ou seja, uma íntima convicção na verdade da prova, com fulcro mais na impressão subjetiva do juiz”, BARIN, 2023, p. 175.

conceito, despidendo a perda de bens do conceito exclusivo de pena ou efeito de pena, prestando-se “a não ressuscitar objeções ao confisco com base na sua configuração remota; e convida ao debate sobre a natureza jurídica das modernas ferramentas que visam tal desiderato, como a perda alargada”.¹⁷⁶

A combinação de elementos de diversos ramos do Direito torna a definição da natureza jurídica do confisco alargado bastante controvertida na doutrina,¹⁷⁷ embora o Tribunal Constitucional português¹⁷⁸ e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH¹⁷⁹ tenham se posicionado no sentido de não ter a natureza de pena.¹⁸⁰

Assim, é possível sustentar que cada Estado poderá optar por construir a legislação e induzir a dogmática local a se alinhar com a natureza jurídica adequada a seu sistema interno,¹⁸¹ o que também recomenda a Diretiva 2024/1260/UE, bem como o Tribunal Europeu de Direitos do Homem. No entanto, assim compreendendo, ficaria fragilizada a cooperação internacional em matéria penal, bem como o reconhecimento mútuo das decisões judiciais no âmbito da União Europeia, mecanismos fundamentais no enfrentamento na criminalidade organizada transnacional. Por isso, assim como na investigação que se refere a Portugal e Brasil, vislumbra-se esforço internacional, em especial da União Europeia no sentido de harmonizar as legislações para dar efetividade ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais, no caso do Bloco europeu, ou à cooperação jurídica internacional.

2.1 A natureza jurídica do confisco alargado no Brasil

Assim como na Europa, a pena de confisco no Brasil foi vedada por longos períodos, mas modernamente tem sido cada vez mais regulamentada e aplicada, afastando-se dos seus contornos autoritários e se aproximando do sistema Democrático e de Direito, tendo no Brasil previsão constitucional, além da legal. Já em nível infra constitucional¹⁸² a perda de bens é

¹⁷⁶ BARIN, 2023, p. 189.

¹⁷⁷ DOMÍNGUEZ, 2004, p. 23; INHCHAUSTI, 2007, p. 28.

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional português: Acórdão 101/2015; Acórdão 392/2015; Acórdão 476/2017

¹⁷⁹ Tribunal Europeu de Direitos do Homem: Philips x Reino Unido; Salabiaku x França; Cabe salientar que a posição do TEDH mudou ao longo do tempo, pois no caso Welch entendeu-se que o confisco previsto na lei antidroga inglesa de 1986 era uma sanção penal, BLANCO CORDERO, 2008, p. 77 e BARIN, 2023, p. 260. Neste sentido PEDRO CAEIRO também traz a reflexão quanto ao caráter das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que ao interpretar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), não pode ser tomada de forma de legitimidade plena, em especial ao ser comprada ao Direito Constitucional Interno, pois a CEDH “contém apenas garantias mínimas, e não um código europeu dos direitos humanos. Ainda, ressalta que não caberia ao TEDH definir a natureza jurídica do confisco, pois competiria aos “ordenamentos nacionais”, CAEIRO, 2011, p. 292.

¹⁸⁰ BARIN, 2023, p. 531.

¹⁸¹ RIOS & PUJOL, 2016, p. 7.

¹⁸² No Brasil se adota a teoria mista em relação a finalidade das penas, sendo de caráter retributivo e preventivo. Objetivando a sanção penal a "retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade", e a prevenção especial “positiva mediante a correção do autor pela ação pedagógica da execução

prevista em diferentes dispositivos,¹⁸³ bem como possui diferentes naturezas jurídicas.¹⁸⁴ As previsões de perda previstas no CPB, art. 44 (sanção penal substitutiva) ou art. 43, inciso II (sanção penal autônoma), possuem caráter “compensatório”, do prejuízo ou do benefício econômico, já o confisco especial do art. 91, II, do CPB, “possui incontroversa natureza jurídica de efeito extrapenal da condenação criminal”,¹⁸⁵ sendo por alguns entendido como “efeito automático da condenação”.¹⁸⁶

O suporte teórico está baseado no dispositivo da Constituição brasileira, inciso XLV do art. 5º, que determina que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, mas permite que a reparação do dano e perdimento de bens extrapole a pessoa do condenado, fazendo clara distinção entre pena e perdimento de bens.¹⁸⁷ “É graças a esta franquia constitucional (‘nos termos da lei’) que o legislador pode estipular diferentes requisitos para o confisco como efeito extrapenal da condenação”, revestindo-se de caráter de efeito não automático, devido a seus

penal”, e “negativa como segurança social pela neutralização do autor”. Já a prevenção geral negativa opera pela “intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal”, enquanto a geral positiva “atua como reforço da confiança na ordem jurídica”, SOUZA, 2016, p. 8.

¹⁸³ Vale consignar o que TIAGO ESSADO destaca que a imprecisão da natureza da perda de bens, ora tratada como sanção/pena, ora como efeito da condenação penal, levou a ALCEU CORRÊA JÚNIOR adotar a terminologia “pena de confisco ou pena de perda de bens” para hipóteses de sanções penais, e “confisco especial ou comisso” para designar os efeitos da sanção penal”, ESSADO, 2014, p. 17.

¹⁸⁴ Para RODRIGO RIOS e LUIZ PUJOS a perda de bens referida no art. 43, II, do CP é sanção penal autônoma, de caráter compensatório, limitada pelas hipóteses que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito previstas no art. 44 do CPB, devendo, por isso, “subsumir-se a todas as etapas de individualização da pena”. O autor salienta que o objeto da perda recairá sobre o patrimônio lícito do condenado, “limitado ao montante do prejuízo ou do proveito obtido”. Sobre o confisco especial do art 91, II, do CPB o autor é peremptório ao afirmar sua incontroversa natureza jurídica de “efeito extrapenal de condenação criminal”, havendo a necessidade da prova sobre a ilicitude dos bens, RIOS & PUJOL, 2016, p. 8. Esta prova, muitas vezes, é muito difícil ou quase impossível de se produzir, diante da complexidade das estruturas da criminalidade organizada, em especial pelas modernas formas de transferências de valores, seja por mercados regulares como o de criptomoedas, seja por mecanismos clandestinos, tais como o contrabando de valores, o “dólar cabo”, entre outros.

¹⁸⁵ RIOS & COSTA, 2020, p. 29 .

¹⁸⁶ Entendendo que o efeito da condenação é “de tornar certa a obrigação de indenizar não apresenta conteúdo penal, sendo um efeito civil da condenação penal”, ZAFFARONI & PIERANGELI, 2004, pp. 774-775. Já ANÍBAL BRUNO ao se referir ao confisco como medida de segurança, afirma que dispensa a autoria, pois teria somente função preventiva e se aplicaria somente ao instrumento e produtos do crime, “quando se trata de coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito”. Já como efeito da condenação, o confisco exige aferição de culpa com trânsito em julgado, abrangendo assim “todo e qualquer bem ou valor, que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”, BRUNO, 2009, p. 242.

¹⁸⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

contornos legais, que exigem produção probatória quanto aos requisitos e pressupostos, com manifestação judicial quanto à liquidação do patrimônio incongruente.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

O confisco especial é considerado extrapenal, conforme CORREIA JÚNIOR, que salienta intensa discussão doutrinária, na qual se propunha tratar-se de pena acessória, medida de segurança ou efeito da condenação criminal, “de acordo com a realidade legislativa do momento histórico analisado, posto que no Código Penal de 1940 havia previsão da medida de segurança patrimonial”.¹⁹⁰

Para VLADMIR ARAS, no Brasil é pacífico o entendimento do caráter extrapenal do confisco clássico,¹⁹¹ previsto no art. 91 do CPB,¹⁹² o que autorizaria o raciocínio de que o confisco alargado (art. 91-A do CPB) teria a mesma natureza, mas, quanto a esse, refere não haver uniformidade de entendimentos.¹⁹³

Por sua vez, GUSTAVO MAEDA, criticando o confisco alargado originado da inserção do art. 91-A no CPB, há “retrocesso teórico” com mácula constitucional, pois “a novel legislação possui interesse em atingir o patrimônio do agente criminoso, aparentemente, descaracterizando a natureza jurídica do perdimento de bens como efeito secundário da pena”.¹⁹⁴ No entanto o referido autor, como tantos outros,¹⁹⁵ não aprofunda a afirmação para demonstrar tal descaracterização; pelo contrário, apresenta argumentos genéricos, tais como o de que haveria “verdadeira confusão nos basilares conceitos de natureza material penal”, sem discorrer quais seriam. Do mesmo modo refere aos relacionados com efeitos extrapenais da

¹⁸⁸ ARAS, 2020, p. 378. ALCEU CORREA JÚNIOR lembra que sobre a perda de bens decorrente de enriquecimento ilícito em crime de improbidade administrativa, informando que a CF/88 não prevê expressamente a sanção da perda de bens para ilícitos de improbidade, mas a Lei de improbidade o prevê, assim como em Constituições anteriores, CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 42.

¹⁸⁹ Sobre este tema vale a reflexão de TIAGO ESSADO para quem, ao discorrer sobre distinção constitucional entre perda pena ou perda como efeito da condenação, diz que “o constituinte deixou clara a vedação à transmissão dos efeitos da pena, evidenciando, porém, que o mesmo não deve ocorrer para a reparação do dano e para o perdimento dos bens”, salienta que esta distinção se justifica pela natureza, pois a pena se limita no próprio condenado, enquanto como efeito de condenação pode atingir herdeiros, assim “a perda de bens guarda muita similitude com a reparação do dano. Ambos institutos têm finalidade reparatória, visando a restaurar a situação anterior à prática do crime. Em um ou outro caso haverá prejuízo ao agente criminoso, porém isso não se traduz no caráter penal da perda de bens e da reparação do dano”, ESSADO, 2014, pp. 21-22.

¹⁹⁰ CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 40. Pontual síntese de CLÁUDIO SOUZA para quem “a perda alargada nada mais é que a expansão da perda clássica; é, assim, a perda de produtos, bens ou instrumentos além daqueles estritamente vinculados ao crime em razão do qual há uma condenação criminal”, SOUZA, 2016, p. 7.

¹⁹¹ VLADMIR ARAS lembra que o STF constatou que “as consequências jurídicas extrapenais, previstas no art. 91 do Código Penal, são decorrentes de sentença penal condenatória”. STF, Pleno, RE 795.567 RG / PR, rel. min. Teori Zavascki, j. em 28.05.2015, fixando-se tese sobre o Tema 187.

¹⁹² VLADMIR ARAS adverte para que não se confunda a pena de perda de bens (art. 5º, XLVI), com o “efeito extrapenal automático da condenação penal do perdimento bens, previsto art. 91 do CPB”, ARAS, 2020, p. 378.

¹⁹³ Cabe lembrar que existe a previsão do confisco alargado na Lei 11.343/98, porém com pressupostos mais exigentes do que os previstos no art. 91-A do CPB, tais como demonstração da habitualidade ou participação em organização criminosas.

¹⁹⁴ MAEDA, 2021, p. 80.

¹⁹⁵ ESSADO, 2014, p. 18.

condenação, mencionando que “a disposição do § 2º do art. 91-A do CPB¹⁹⁶ atinge frontalmente ao princípio constitucional da presunção de inocência, ao atribuir o ônus probatório à defesa”,¹⁹⁷ não levando em consideração o caráter extrapenal do confisco, bem como a ausência de aferição de culpa neste procedimento. Ainda, ignora o fato da necessidade de carga probatória para a acusação quantos aos requisitos e pressupostos do confisco alargado.¹⁹⁸

Também em tom de crítica ao confisco alargado, sem se aprofundar dogmaticamente, CEZAR ROBERTO BITENCOURT avalia que houve a criação de uma sanção penal, como roupagem de efeito da condenação, pois se trataria de uma forma de confisco de patrimônio, sem qualquer vínculo com o fato condenado, afirmando que “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, não passava do odioso e inconstitucional confisco de bens, proscriuto do moderno Direito Penal da culpabilidade”.¹⁹⁹

Para TIAGO ESSADO, a perda de bens é um instituto de direito material, sendo um efeito de natureza patrimonial decorrente de uma sanção penal, embora reconheça a divergência doutrinária quanto sua natureza.²⁰⁰ Consigna o autor que as posições que entendem como de

¹⁹⁶ Dispositivo que permite ao sujeito passivo do confisco alargado refutar a demonstração de seu patrimônio é incongruente. Por uma questão lógica, refutar a alegação do Ministério Público que seu patrimônio não é compatível com seus rendimentos lícitos é justamente demonstrar ao contrário, ou seja, provar que seus bens são compatíveis com seu patrimônio.

¹⁹⁷ MAEDA, 2021, p. 79.

¹⁹⁸ Outra questão apontada por GUSTAVO MAEDA é quanto a referibilidade das medidas cautelares patrimoniais defendendo que só podem ser objeto de sequestro bens àqueles que estiverem diretamente ligados ao fato criminoso investigado, MAEDA, 2021, p. 80. Esta forma de perceber o instituto da perda alargada revela total desconhecimento do contexto sócio-jurídico-cultural em que se desenvolveu, suas finalidades, bem como sua expressa previsão legal, diferente da “referibilidade” apontada pelo autor, foi densificada por diversos diplomas legais no mundo, passando pelo crivo de diversas cortes constitucionais, reafirmando-se o objetivo precípua é justamente de atingir um bem não relacionado com o crime investigado. É justamente esta característica que o define como confisco moderno, do contrário, havendo a demonstração da ligação do patrimônio com o crime, aplica-se o confisco clássico, o que é bem mais singelo do ponto de vista de pressupostos e requisitos. RODRIGO RIOS e LUIZ PUJOL, entendendo o confisco alargado como nova forma sancionatória, relata posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que considera o confisco alargado compatível com os princípios da culpabilidade e presunção de inocência, pois não teria natureza jurídica de pena, “pois não busca impor reprovação pela realização de um fato antijurídico, senão restabelecer a situação patrimonial lícita do demandado”, RIOS & PUJOL, 2016, p. 140.

¹⁹⁹ BITENCOURT, 2021, p. 235. Em obra de 2008, o mesmo autor entendia que “a sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória”, havendo outros efeitos secundários de natureza penal e extrapenal. Reconheceu como de natureza extrapenal os previstos no art. 91 do CPB, afirmando que “o confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação”, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime. [...] Confisco, enfim, como efeito da condenação penal, é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado”, BITENCOURT, 2008, pp. 691-692.

²⁰⁰ TIAGO ESSADO diz que “no Brasil, os principais posicionamentos sobre o tema são os seguintes: a) natureza penal; b) natureza extrapenal genérica; c) natureza civil; d) natureza reparatória e preventiva. EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI tratam a perda de bens como de natureza penal. Já ALCEU CORRÊA JUNIOR e CEZAR ROBERTO BITENCOURT entendem que a perda de bens assume a

natureza penal se baseiam no fato da previsão ser em lei penal, aplicado por juiz criminal, conduzida no processo penal e a medida derivar do *ius puniendi* do Estado, podendo se constituir em uma espécie de “terceira classe de sanção penal”, tal como são as medidas de segurança.²⁰¹

Já os que entendem o confisco alargado como de natureza civil ou administrativa, ainda na lição de TIAGO ESSADO, se pautam no fato de que “não se levam em conta critérios atinentes à culpabilidade, mas sim ao princípio da não tolerância do enriquecimento ilícito ou de uma situação patrimonial ilícita”, recaindo a medida de constrição patrimonial sobre o que não compunham seu patrimônio antes do crime, pois “não é pelo fato de ter assumido a titularidade formal, ou mesmo por interposta pessoa, que dá ao agente criminoso legitimidade para admitir a perda de bens como uma medida retributiva ou sancionatória”.²⁰²

Parece ser adequada a conclusão de TIAGO ESSADO no sentido de que os fins da pena são diferentes do confisco alargado, pois este tem como finalidade a recomposição patrimonial, recaindo sobre uma propriedade não tutelada pelo direito, aqueles recaem sobre a liberdade, sobre o patrimônio lícito, função pública, entre outras. Essa posição também é chancelada por doutrinadores portugueses, pelo Tribunal Constitucional lusitano e Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, também com controvérsias, como veremos em seguida.

Ainda na perspectiva de política criminal e proporcionalidade é preciso dar um tratamento mais rigoroso para criminalidade organizada, do mesmo modo que se trata de forma diferenciada infrações penais leves. Sendo que “essa distinção deve estar em conformidade com princípios constitucionais, visando ao equilíbrio necessário entre o garantismo e a eficiência”.²⁰³

natureza jurídica de “efeito extrapenal genérico da condenação”. “JULIO FABBRINI MIRABETE e LUIZ REGIS PRADO consideram a perda de bens como efeito extrapenal da condenação e de natureza civil”. MARCO ANTONIO DE BARROS e SERGIO FERNANDO MORO afirmam que a perda de bens assume a natureza reparatória e preventiva, visando a impedir o reemprego do lucro do crime na prática de novas infrações” ESSADO, 2014, pp. 18-19.

²⁰¹ Entendendo como RODRIGO RIOS e VICTOR SILVA que “o confisco especial, ou, queda em comisso, por sua vez, insculpido no art. 91, II do CP, figura que aqui nos interessa, possui incontroversa natureza Jurídica de efeito extrapenal da condenação criminal, RIOS & COSTA, 2020, p. 29, citam: BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral, t. 3: pena e medida de segurança; DOTTI, René Ariel. Curso de Direito penal: Parte geral. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010; SANTOS, Juarez Cirino dos. Direto Penal: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 560; BJTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral, vol. J. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; e BUSATO, Paulo Cesar. Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁰² ESSADO, 2014, p. 20 e 22.

²⁰³ ESSADO, 2014, p. 28.

Tradicionalmente no Brasil, como já foi dito, a perda de bens, nos contornos clássicos, tem sido considerada como efeito da condenação ou como pena acessória.²⁰⁴ No entanto, como discurremos, novos contornos são traçados para o instituto a fim de se adequar aos modernos métodos criminais,²⁰⁵ implementado o confisco alargado, que visa ao alcance dos bens de propriedade presumidamente ilícita.²⁰⁶

Uma das preocupações de parte da doutrina com a adoção do confisco alargado era no sentido de que houvesse o reestabelecimento de modelos autoritários de tempos passados, já descritos neste trabalho, que teriam a inclinação de violar direitos e garantias fundamentais. Essa questão foi enfrentada pelo texto constitucional ao prever a garantia do devido processo legal e a intransmissibilidade das penas, passando a restringir o confisco e direcioná-lo, vinculando-o “ao princípio da responsabilidade individual, da culpabilidade, e da proporcionalidade das penas com o desvalor do resultado”,²⁰⁷ situando o instituto na estrutura democrática e de direito.²⁰⁸

Ao tratar da distinção constitucional entre perda de pena ou perda como efeito da condenação, TIAGO ESSADO enfatiza o ditame constitucional brasileiro que veda a transmissão da pena, ao mesmo tempo que autoriza a transmissão para a reparação do dano e para o perdimento dos bens, ficando claro a distinção das naturezas desses institutos, estando a pena limitada ao condenado, enquanto o perdimento alcança herdeiros, afirma que ambos têm finalidade reparatória. Continuando o raciocínio, afirma que “a perda de bens retira do agente

²⁰⁴ Baseado em RODRIGO RIOS e VICTOR COSTA, a perda clássica no Brasil eram “duas hipóteses: a) da “perda de bens e valores” (art. 43, II, do CPB); e b) do “confisco como efeito extrapenal da condenação criminal” (art. 91, II, do CPB), também denominado “confisco especial”, ou “queda em comisso”. Ressaltam os autores que há uma espécie de perda de bens de natureza administrativa no âmbito da ação de improbidade administrativa, de natureza civil, (Lei nº 8429/1992, Lei de Improbidade Administrativa), que no seu art. 12, inc. I e II, prevê a perda de bens. Discordamos de que nos casos de improbidade possa incidir a previsão “genérica do art. 91, II, da lei penal material”. A base dessas previsões é o dispositivo do art. 5.º, XLVI, “b”.

²⁰⁵ ROGÉRIO GRECO afirma que “o art. 91-A do Código Penal foi pensado a partir de operações que identificavam uma diferença significativa entre o patrimônio lícito do agente e aquele que não tinha qualquer comprovação, embora não se conseguisse apontar, com precisão, sua origem ilícita”, GRECO, 2022, p. 223.

²⁰⁶ RIOS & COSTA, 2020, p. 25. Com entendimento de que o confisco alargado se afasta da pena, pelo fato de a perda largada, além de restituir o estado de coisas patrimoniais anterior a prática do crime, “também busca o confisco de bens presumivelmente oriundos de outras práticas delitivas”, retirando do condenado patrimônio que não lhe pertencia, diferenciando-se das penas, necessitando, no entanto, da observância dos princípios que regem o processo penal, SOUZA, 2016, p. 7.

²⁰⁷ RIOS & COSTA, 2020, p. 27. GUSTAVO RIOS e RODRIGO COSTA lembram que a perda de valores é limitada pela previsão do art. 44 do CPB que a regula como pena restritiva de direitos (bens de origem lícita) e pelo art. 43, inc. II, do mesmo diploma, que a prevê como sanção penal sujeita a todas “as etapas de individualização da pena, observando as regras, princípios e garantias especiais”, evidenciando que neste caso se trata de natureza essencialmente penal.

²⁰⁸ Podemos citar que no Brasil já houve a tentativa de se implementar o confisco alargado como medida de natureza civil (Projeto de Lei nº 257/2015), que, obviamente, não dependeria de uma sanção penal condenatória. Assim, ao se entender como efeito da condenação, art. 91-A do CPB, o confisco alargado busca superar obstáculos dogmáticos que se projetava na tentativa de inserir aquela ação “*in rem*”, pois tem como pressuposto a condenação criminal. RIOS & COSTA, 2020, p. 30.

patrimônio que não lhe pertencia antes da prática criminosa. E não é pelo fato de ter assumido a titularidade formal ou mesmo mediante o uso de interposta pessoa, que dá ao agente criminoso legitimidade para admitir perda de bens como uma medida retributiva ou sancionatória”.²⁰⁹

Ainda não formando maioria do entendimento, mas com tendência de se estender pela natureza não penal, carece ainda de amadurecimento e pesquisa, podendo ser inspiradora, na maturação do instituto no Brasil, a experiência portuguesa, o que nos leva a inferir sua inclinação para reconhecer ausência da natureza penal, embora sem consenso, aos moldes como é visto, majoritariamente, em Portugal.

Fortalece esse entendimento o fato de o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, apesar de não apresentar nenhum julgado colegiado sobre o tema, em decisões monocráticas que aplica o confisco alargado de bens sem maiores discussões.²¹⁰ Já no Supremo Tribunal Federal (STF), não há decisões sobre o confisco alargado. Porém, ao discutir o se o confisco de bens previsto no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, seria necessário comprovar a habitualidade, o STF confirmou a desnecessidade de tal comprovação, em Tema 647 em Repercussão Geral,²¹¹ tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário RE 638.491, sendo a tese aprovada: “é possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal”.²¹²

²⁰⁹ ESSADO, 2014, pp. 21-22. No mesmo sentido CLÁUDIO SOUZA, citando SÉRGIO MORO, diz que “Moroz aduz que o caráter punitivo do confisco é questionado, principalmente diante do fato de que seu principal objetivo é o do retorno do status quo vigente antes da prática do crime; em outras palavras, aquele mecanismo confiscatório visa, unicamente, à reposição da situação existente antes da prática delitiva. Assim, se o confisco não inova a situação patrimonial do criminoso ou da vítima, não se poderia classificá-lo como pena, SOUZA, 2016, p. 4.

²¹⁰ REsp 2141920, Relator(a), Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data da Publicação, 17/10/2024. REsp 2110894, Relator(a), Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data da Publicação: 30/04/2024; HC 831594 Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Data da Publicação 16/08/2023; RHC 181613 Relator(a) Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT); Data da Publicação: 10/08/2023; REsp 2064062 Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data da Publicação 30/05/2023; RMS 64559 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO Data da Publicação 02/02/2021.

²¹¹ Repercussão Geral é um sistema de julgamento colegiado de recurso que originalmente teria efeitos *inter parts*, pela relevância do tema é admitido como de efeito *erga omnes*, previsto no §3º, art.102 da CRFB.

²¹² STF. Pleno. Relator: Min. LUIZ FUX Julgamento: 17/05/2017 Publicação: 23/08/2017. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O

Verificamos que tanto o STJ quanto o STF tendem a cancelar o art. 91-A do CPB como ferramenta válida e importante mecanismo de enfrentamento do crime organizado, reconhecendo a previsão do confisco na própria Constituição, ressaltando que o Brasil internalizou diversos instrumentos internacionais que preveem a máxima de que o crime “não deve compensar”.

Entendemos que a tendência no sistema jurídico brasileiro é de a natureza jurídica seja extrapenal,²¹³ embora ainda não submetido a crivo de constitucionalidade, portanto de eficácia plena. Sua aplicação deve se pautar por moderação, em especial “a interpretação das suas hipóteses de cabimento e da amplitude do seu objeto”, para que haja proporcionalidade entre o dano social e restrição individual, buscando “concordância prática entre o cumprimento da função restaurativa da privação de bens do condenado e a salvaguarda do direito de propriedade dos bens e valores não obtidos por meios criminosos”.²¹⁴

2.2 A natureza jurídica perda alargada em Portugal

Em Portugal o debate jurídico e acadêmico se mostra mais denso,²¹⁵ mas também controverso,²¹⁶ até mesmo pelo tempo em que se tem, no ordenamento, a previsão da perda alargada, tendo sido objeto de manifestação das cortes superiores nacionais, bem como das cortes europeias. Há, no regime jurídico português, previsão da perda de instrumentos ou produtos do crime nos artigos 109º e 110º do CPP. A perda sem condenação é prevista no nº. 5, do item 1, do artigo 110º. Já nos artigos 111º e 112º, a perda das vantagens do crime, e no art. 7.º da Lei 5/2002, a perda alargada do patrimônio incongruente.²¹⁷

tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009.

²¹³ MELO, 2021, p. 31.

²¹⁴ TROIS NETO, 2021, p. 40.

²¹⁵ FARIA, 2022, p. 66.

²¹⁶ Neste sentido FERREIRA MONTE diz não ser pacífica a definição quanto a natureza jurídica dessas consequências, podendo ser considerada uma consequência jurídica penal (*in personam*) ou não penal (*in rem*), levando a tratamento jurídico distinto, em especial quanto às garantias e liberdades fundamentais. Ao prosseguir, ressaltando as diversas formas de consequências penais, consigna se tratar de “figura ambígua e de não fácil apreensão, que gera dissensos invariavelmente fundamentados, MONTE, 2023, p. 78.

²¹⁷ Aqui não vamos aprofundar a discussão quanto a internalização da Diretiva 2014/42/EU e a Diretiva 2024/1260/EU, no que tange a perda alargada de bens, diferente do que é previsto na legislação portuguesa que prevê a perda alargada de patrimônio incongruente. A par da previsão no Direito interno português há a regulamentação dentro da União Europeia, que hoje tem como marco normativo principal a Diretiva 2024/1260/EU, que não inovou conceitualmente quanto a perda alargada. Importa salientar que a nova Diretiva reconhece a importância e amplitude do complexo normativo que regula a recuperação de ativos no âmbito europeu e no considerando 62 estabelece que “deverá substituir a Ação Comum 98/699/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, a Decisão 2007/845/JAI e a Diretiva 2014/42/UE no

JORGE GODINHO entendendo o confisco alargado ter natureza penal, pelo fato de depender de condenação criminal, tem finalidade de prevenção criminal, “o regime subsidiário é constituído pelas regras gerais do confisco das vantagens do crime constantes do CP; e a prova se faz nos termos do processo penal”.²¹⁸ Completa que “não se trata de instituto novo, mas sim da aplicação de um instituto conhecido (confisco), a certos crimes (catálogo) em termos excepcionais (presunções). Alerta que se trata de uma “reação penal de suspeita, ou seja, como expediente destinado a ultrapassar dificuldades de prova”.²¹⁹

Importante observação de ERICO BARIN no sentido de que esta Diretiva de 2014 fez referência às três formas de configuração do confisco alargado previstos na Decisão-Quadro 2005/212/JAI, na busca de harmonização para pudesse ser aplicado quando determinado tribunal concluísse pela origem ilícita dos bens, tendo como parâmetros para assim concluir, quando convencido “pelas probabilidades ou por razoável presunção, ser bastante mais provável a origem criminoso dos bens”, sendo a incongruência patrimonial, prevista na legislação portuguesa, apenas uma das possibilidades, dificultando, portanto, a harmonização,²²⁰ o que foi adequadamente mantido pela Diretiva 2024/1260/EU.

É evidente que a definição da natureza jurídica no confisco, não é somente o rótulo dado pelo legislador, JORGE REIS BRAVO afirma que é “decisivo para a identificação de um estatuto das garantias constitucionais”,²²¹ lembrando que a CRP de 1976 prevê as formas de retirada da propriedade de forma coercitiva, por razões de utilidade pública e a requisição, com indenização. Esta sistemática difere-se do confisco, pois ali se retira a propriedade lícita para atender um interesse público, aqui busca tratasse de uma propriedade ilícita que foi acrescida no patrimônio do agente por meio da atividade criminosa. Em outras palavras, no confisco não há interferência do Estado na propriedade do indivíduo, mas sim naqueles bens ilegítimamente na posse deste.

Acrescenta o autor que “nenhuma tutela jurídica merece o património adquirido através de fato ilícito: o crime não pode ser o título legítimo da propriedade”, tratando-se de um “princípio civilizacional” recolocar a situação patrimonial anterior a prática do crime. Identificando que, no Direito português, há basicamente dois tipos de confisco: o clássico,

que diz respeito aos Estados-Membros vinculados pela presente diretiva”, demonstrando, portanto, que se trata de um arcabouço complexo e de trato evolutivo em relação ao enfrentamento do crime organizado no aspecto das vantagens ilícitas, em especial a Diretiva 2014/42/EU sobre a qual durante 10 anos se debruçaram a doutrina e a jurisprudência.

²¹⁸ GODINHO, 2003, p. 1348.

²¹⁹ GODINHO, 2003, p. 1350.

²²⁰ BARIN, 2023, p. 227.

²²¹ BRAVO, 2022, pp. 529-531.

previsto no Código Penal Português, e o alargado, previsto na Lei n. 5/2002, tendo como grande diferença, mas não única, que no primeiro se aplica a totalidade de condutas criminais se exigindo a demonstração da ligação entre o crime e o património tido por ilícito. Já a segunda, que se aplica a somente um rol de crimes, não exige tal demonstração.²²²

Da mesma forma que no Brasil, e no mundo, não há plena pacificação quanto à natureza da jurídica da perda alargada,²²³ embora haja maioria doutrinária e jurisprudencial no sentido de não tem natureza penal, mas não se chega a uma clara definição de qual seria a natureza jurídica como pena acessória, medida de segurança, *tertium genus* ou até mesmo uma medida de natureza *sui generis*.²²⁴

Ao analisar as categorias possíveis naturezas de ser enquadrado o confisco, JORGE REIS BRAVO segue a preconizada no sentido de não se de natureza penal, se filia a tese de JORGE DE FIGUEREDO DIAS, ao analisar o confisco clássico, cujo entendimento é o de que se trata de medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, “pelo menos no sentido de em que é sua finalidade de prevenir a prática de futuros crime”. JORGE BRAVO deixa claro que não se pode classificar o confisco como pena pelo simples fato de ocorrer em decorrência de um fato típico e ilícito, bem como tratado em processo penal, sendo uma “medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita”.²²⁵

Ainda, continua o autor, não se pode entender o confisco como pena, por vários fatores, tais como: legalidade, pois não está listado como preceito secundário de uma ação típica e ilícita; não responde aos fins da pena como o da ressocialização e de proteção de bem jurídico;

²²² BRAVO, 2022, p. 532.

²²³ RIOS & PUJOL, 2016, p. 11. No mesmo sentido MINAS, 2017, p. 28, SOUZA, 2016, p. 3.

²²⁴ A investigação da natureza jurídica do confisco clássico influencia o entendimento quanto o confisco alargado. Isso ocorre porque alguns classificam o primeiro como pena acessória, outros como medida de segurança, e há ainda quem defenda uma natureza híbrida. Importante consignar o tratamento germânico dado ao tema, que FRANK SALIGER relata a controversa também entre eles quanto a definição da natureza jurídica do confisco, especialmente porque o legislador e a jurisprudência alemães não concebem o confisco como pena ou medida a ela assemelhada, consignando que “o confisco teria como objetivo, na verdade, promover ordem nas relações de propriedade e estabilidade normativa, corrigindo uma perturbação criada no sistema de propriedade criada a partir de um delito. Nessa medida o confisco constituiria uma medida *sui generis* contra o locupletamento ilícito”. Salienta que doutrina penal alemã pensa diferente. Diz que “o confisco é visto como uma pena ou, ao menos, como medida assemelhada a pena”. Continua o autor que a inserção do “confisco bruto” influencia neste entendimento, pois poderá ir “além da compensação de perturbações na ordem da propriedade”. Afirma SALIGER para o Tribunal Constitucional alemão a “sanção criminal é a imposição de um mal, com expressão de censura, para uma violação culpável da norma. O fato de uma medida estatal envolver uma restrição à liberdade ou à propriedade não é suficiente para declará-la uma pena ou medida assemelhada”. Afirma que aquela Corte se pauta por critérios valorativos próximos aos adotados pelo TEDH denominados ENGEL. Ainda, revela que o Código penal Alemão o confisco das vantagens é medida assecuratória (cf. § 11 Inc. 1 Nr. 8 StGB), dizendo que “o fato de um confisco, sem sombra de dúvidas, representar um mal para o atingido, não implica necessariamente sua natureza penal. Além disso, a favor de uma compreensão civilística do confisco, diz a circunstância de ele se referir a fatos ilícitos (cf. §§ 73 ff. StGB) e, com isso, a princípio, não exigir um comportamento culpável, tal qual o modelo estritamente penal, exigiria”, SALINGER, 2020, pp. 191-192.

²²⁵ BRAVO, 2022, p. 534.

não terá caráter retributivo, pois atinge bens que não pertenciam do sujeito passivo do confisco; não há consideração de proporcionalidade entre o crime e o confisco, pois mesmo num crime “bagatelar” que gerar milhões, o confisco recairá sobre os milhões, diferente, pois, da pena que ponderará a gravidade da infração penal ao aplicar a pena.²²⁶

Ao analisar a exposição de motivos da Proposta de Lei nº. 94/VIII, convertida na Lei nº. 5/2002, MARIA MATOS se posiciona como de natureza penal, pois verifica a finalidade preventiva da medida. Na referida exposição pontuou-se que a insuficiência dos meios ordinários e gerais do direito penal frente à criminalidade organizada, na medida em que as fortunas permanecerão nas mãos de condenados, caso não se demonstre a ligação entre os benefícios econômicos e os crimes, o que permitiria o retorno à prática criminosas.²²⁷ MANUEL MINAS, fazendo referência a concepção dessa autora, afirma que para ela “o confisco alargado deve situar-se entre as penas e as medidas de segurança, sendo uma figura intermédia, um *aliud* ou um *tertium generis* entre a dicotomia das duas classes”, pois não seria possível enquadrar a perda alargada em nenhuma das categorias existentes, pena e medida de segurança.²²⁸

A natureza penal da perda alargada é defendida por diversos autores, tais como MANUEL MINAS que considera haver violação do princípio da presunção de inocência pela imposição de ônus probatório para a defesa. Já AUGUSTO SILVA DIAS assim a considera pelo fato de estar inserida do processo penal e consequentemente exigindo a observações de todas as garantias processuais penais. Da mesma forma seria a posição de PAULO SILVA MARQUES que justifica o caráter penal é a ligação da perda alargada com a prevenção criminal.²²⁹

Nas palavras de AGUSTO SILVA DIAS, justificando o entendimento da natureza penal, ao analisar opções de enfrentamento ao lucro ilícito por organizações criminosas, entende ser “mais aceitável o confisco ampliado do lucro ilícito”, que, após uma condenação, cumpre a finalidade de política criminal “idêntica a perda de bens e vantagens relacionados a prática do crime: reforçar na consciência coletiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o patrimônio seja utilizado para cometer novos crimes ou investido na economia legal”. Conclui que se trata de um efeito patrimonial não automático da pena.²³⁰ Ao sintetizar as razões de inconstitucionalidade, JORGE GODINHO argumenta que o confisco alargado “incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência de pressupostos

²²⁶ BRAVO, 2022, p. 535.

²²⁷ MATOS, 2014, p. 17.

²²⁸ MINAS, 2017, p. 35.

²²⁹ MINAS, 2017, p. 39.

²³⁰ DIAS A. S., 2010, p. 39.

de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova no arguido; e resolve o *non liquet* contra o arguido.”²³¹

O reconhecimento de claras diferenças entre o confisco alargado e o confisco clássico, leva parte da doutrina a catalogar como “providência análoga a medida de segurança”. Nessa linha, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE acentua que o confisco alargado tem finalidade de prevenção geral e especial. Essa perspectiva merece crítica, pois não teria sentido, pois a medida visa a conformação do patrimônio de acordo com o Direito. A justificativa posta nesse raciocínio é de que podem existir efeitos político-criminais de prevenção de futuros crimes. Porém importa consignar que o direito penal reage a fatos e no confisco alargado é “uma consequência jurídica que incide sobre o próprio património incongruente, que tem na sua base a condenação por um crime, mas que nada tem a ver com esta condenação”.²³²

Também se inclinando para a natureza penal, pois seria “uma forma de protecção de bens jurídicos de natureza penal, procurando anular os benefícios económicos que decorreram do cometimento do crime”, tendo finalidade exclusivamente preventivas, na visão de JOÃO PEDRO CORREA, e por ser como “uma reação penal com natureza substantiva, uma reação penal sem facto”, porque, além de depender de condenação penal, sua incidência não visa proteger bem jurídico, mas sim proteger a “ordem jurídica violada”.²³³

Entendemos que existe certa diferença conceitual na medida em que a prevenção não é a finalidade da perda alargada, embora possa ser uma decorrência fática.²³⁴ FERREIRA MONTE ao se referir ao confisco no âmbito da perda alarga, cuja exigência de condenação é inafastável, cita AUGUSTO SILVA DIAS que considera “um efeito patrimonial, não automático, da pena” e, consequentemente, não aplicável nos casos de absolvição. Adverte que

²³¹ GODINHO, 2003 apud MINAS, 2017, p. 40. FERREIRA MONTE reconhece a dificuldade de se posicionar, mas informa que a verdade é que são cada vez mais as vozes que se distanciam no caráter penal da medida, atendendo as opções do legislador MONTE, 2023, p. 111.

²³² PAULO PINTO ALBUQUERQUE “considera mesmo que tem a mesma natureza jurídica da providência análoga à de uma medida de segurança do art. 111º do CP”. ALBUQUERQUE P. P., 2021, p. 499 *Apud* MONTE, 2023, pp. 110-111.

²³³ MINAS, 2017, p. 36. Refletindo sobre o tema no âmbito alemão FRANK SALINGER afirma que as “finalidades do confisco não precisam necessariamente ser interpretados como de natureza penal. Do mesmo modo que se pode vislumbrar aspectos de prevenção geral, negativa e positiva, bem como de prevenção especial, tais finalidades também podem ser combinadas com uma leitura civilística, de ordenação da propriedade e de estabilização normativa. Pois a perseguição de finalidades preventivas não é estranha ao direito civil (vejam o direito de restituição e a regulação do enriquecimento sem causa). O que é, portanto, decisivo para a determinação da natureza jurídica do confisco é a intensidade da intervenção estatal por meio do confisco da propriedade...Quanto mais intensiva e duradouramente o confisco, que vai além do equivalente aos ganhos obtidos com o crime, penetra na esfera do direito de propriedade do atingido, tanto mais ele se reveste de um caráter penal”, SALINGER, 2020, p. 193.

²³⁴ FERREIRA MONTE se posiciona no sentido de que a natureza jurídica do confisco deve ser a mesma nos casos de condenação e nos casos sem condenação (NCBC), pois neste segundo, não há nem pena para se inferir eventual efeito desta, não sendo pois, o confisco, nem pena acessória, nem efeito da condenação, sendo “sempre uma medida de recuperação”, com razão preventivas, sem ser sua finalidade precípua. MONTE, 2022, p. 93.

essa tese pode ser fragilizada ao se pensar no terceiro, ainda que de má fé, ser atingido por pena de outrem. Nessa perspectiva, a pessoalidade ou intransmissibilidade das penas estariam sobre a mesa, levando ao distanciamento dessa tese. Expressa concordância com AUGUSTO SILVA DIAS,²³⁵ ao se posicionar que o “confisco contribui para reforçar na consciência coletiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o patrimônio obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser investido na economia legal”, no que se refere ao efeito do confisco, mas não “com a racionalidade teleológica”, deixando claro a diferença entre finalidade do confisco e efeitos decorrentes. Se as finalidades do confisco fossem de natureza preventiva, a consequência seria aproximação com a natureza penal, o que resultaria mais lógica em encerrar o confisco como efeito da pena. Ainda, ressalta a oposição de JOÃO CONDE CORREIA que comunga do entendimento dissuasor da medida, mas a considera de natureza não penal.

Ainda na análise da finalidade da perda largada, FERREIRA MONTE concorda com a premissa de BLANCO CORDERO de que o confisco “não tem os mesmos fins que a pena criminal, senão que persegue remediar um estado patrimonial ilícito surgido como consequência da comissão de um delito”. Porém, discorda do referido autor quando afirma ter o confisco uma “finalidade preventiva geral”, o que seria adequado que tivesse um “efeito geral preventivo”. Em síntese, “tanto pelas características dos efeitos automáticos do crime, como pelo fato de poder ser aplicado sem condenação (NCBC), como pela incidência sobre um patrimônio sem relação com o fato criminoso a consideração do confisco como efeito do crime não faz sentido”.²³⁶

Refletindo sobre a finalidade da perda como efeito da condenação e perda como pena, TIAGO ESSADO também vê diferenças, entendendo que a perda de bens como efeito da condenação tem finalidade de “impedir que o agente permaneça com a propriedade ilícita derivada do crime, direta ou indiretamente”. Já a perda de bens como pena tem outra finalidade, pois “a sanção penal restringe um direito. Ora a liberdade; ora a propriedade legítima; ora o exercício de uma função pública. Ao contrário, a perda de bens recai sobre um patrimônio não

²³⁵ ERICO BARIN também revela sinteticamente que AUGUSTO SILVA DIAS entende que a “perda alargada é um efeito da pena, com natureza eminentemente penal, de consequência patrimonial e não automática”, pois cumpriria as mesmas finalidades da perda relacionada ao fato criminoso, qual seja “reforçar na consciência coletiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o patrimônio obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser ‘investido’ na economia legal”. Ainda, BARIN percebe a influência de FIGUEIREDO DIAS, que visualiza o caráter penal nos efeitos das penas, que, contudo, não têm a natureza das penas por não ostentarem “o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas”. Por isso é que Figueiredo Dias divorcia os efeitos das penas das circunstâncias ligadas à culpa, aqueles se justificando “unicamente em exigências de prevenção (nomeadamente de segurança geral e individual)”, BARIN, 2023, p. 544.

²³⁶ MONTE, 2022, p. 102.

tutelado pelo direito, fruto da atividade criminosa”.²³⁷ Ainda, há quem entenda pela dúplici função, a de ordenar o patrimônio conforme o direito e a, de maneira “meramente reflexa”, prevenção geral e especial.²³⁸

Percebe-se assim que o efeito dissuasor da perda alargada poderá estar presente sem que se possa, por isso, etiquetá-lo como medida penal. Por outro lado, medidas de caráter administrativo ou civil também podem ter este efeito, embora a finalidade seja outra. No caso da perda alargada, a finalidade é reposicionar financeiramente tal qual estava antes da prática criminosa presumida, “finalidades ordenadoras de patrimônio, ainda que de efeitos dissuasores”, nas palavras de FERREIRA MONTE, que arremata lembrando a posição de FRANK SALIGER de que “na Alemanha, de acordo com a jurisprudência, o confisco tem natureza civil, apesar de ter finalidades preventivas”. O “efeito dissuasor” está presente no confisco alargado, mas “não é concebido para responder a finalidades criminais. Se o fosse, teria de ser uma pena (acessória) ou um efeito da pena ou, quando muito, uma sanção análoga a uma medida de segurança. Mas não é”.²³⁹

Outra perspectiva de entender o instituto da perda alargada é vê-la com autonomia jurídica, posição defendida por PEDRO CAEIRO,²⁴⁰ sendo dispensável, assim, sua tentativa de classificação entre as formas sancionatórias penais, pois não é reação a um facto punível, mas sim a uma incongruência patrimonial injustificada. O autor também reconhece a falta de consenso, salvo sobre sua natureza de política criminal, acompanhando o pensamento de JOSÉ DAMIÃO CUNHA, afirma que pode ser caracterizada como “medida administrativa aplicada dentro de um processo penal”.²⁴¹

A posição que considera a perda de bens como de natureza civil ou administrativa afirma que, conquanto o instituto esteja previsto no Direito Penal, para sua aplicação não se leva em

²³⁷ ESSADO, 2014, p. 24. No mesmo sentido CLÁUDIO SOUZA firma que “outro óbice à compreensão de que o confisco é pena seria o fato de que aquilo que é retirado do autor é algo sobre o qual este não tem direito algum. Assim, seria adequada a caracterização do confisco como sanção ou medida de cunho reparatório, embora não se possa olvidar, em menor grau, o caráter preventivo que lhe é imanente, o qual decorre da privação do criminoso dos meios e recursos necessários para a continuidade de atividade delitiva ou para a prática de novas infrações, SOUZA, 2016, p. 4.

²³⁸ NUNES, 2023, p. 333.

²³⁹ SALINGER, 2020, p. 193. FERREIRA MONTE, ao estabelecer uma relação entre as finalidades da imposição da pena privativa de liberdade efeitos penais, esclarece que em Portugal o art. 40º do CP “estabelece a racionalidade finalística preventiva (geral e especial) do tipo positivo”, cuja consequência é que critérios de determinação visam esta finalidade, inexistindo a pena de morte ou perpétua. Assim, percebe-se não haver a racionalidade retributiva preventiva do tipo negativa, mas percebe-se que a pena, mesmo assim exerce efeito, MONTE, 2022, p. 90.

²⁴⁰ RIOS & PUJOL, 2016, p. 7.

²⁴¹ CAEIRO, 2011, p. 321; MATOS, 2014, p. 16.

conta critérios atinentes à culpabilidade, mas sim ao princípio da não tolerância do enriquecimento ilícito ou de uma situação patrimonial ilícita.²⁴²

Ao discorrer sobre a possibilidade de classificação da natureza jurídica do confisco ser de “caráter não penal análogo a medida de segurança”, FERREIRA MONTE afirma que se trataria de uma “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, tendo em vista a ausência de consequência jurídica da natureza penal. Ainda, critica a posição de situar a perda alargada como “medida análoga à medida de segurança” pela falta de perigosidade do eventual patrimônio incongruente injustificado, podendo, no máximo, se verificar a perigosidade da continuação da atividade criminosa, presumida. Dessa forma teríamos de estabelecer dualidade de natureza entre os confisco clássico e o alargado, o que não teria o menor sentido. Outro aspecto é uma eventual inconstitucionalidade se admitirmos a presunção de uma perigosidade decorrente da continuidade da atividade delitiva, que se origina na presunção de ilicitude do patrimônio incongruente.²⁴³

A falta de consenso em torno da temática aqui tratada não intimidou o Tribunal Constitucional português que, no ano de 2015, enfrentou três ações sobre a “presunção da procedência ilícita do patrimônio incongruente do condenado por crime do catálogo do artigo 1º da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, e seus reflexos diante da presunção de inocência e do direito ao silêncio do arguido”.²⁴⁴ No Acórdão 392/2015 que enfrentou a constitucionalidade

²⁴² ESSADO, 2014, p. 20. TIAGO ESSADO citando JOÃO CONDE CORREIA que adverte que mesmo entendendo não ser de natureza penal a perda alargada precisa observar todas as condicionantes de um Estado de Direito, pois “o confisco não fica confiado ao arbítrio do legislador e, muito menos, do executor (Da proibição..., p. 114-115)”. Ainda FERREIRA MONTE diz que A perspectiva civilista do confisco tem como base a restituição da situação econômica do condenado àquela que tinha antes da prática do crime, não constituindo sua natureza penal, da mesma forma que a reparação civil por danos pode ocorrer no processo penal, sem, no entanto, ter natureza penal. Não se trata de natureza puramente civil, mas que, pelo fato de o confisco previsto no código penal, especificamente o não baseado em condenação, tem natureza de medida de segurança pelo seu caráter preventivo e ligação do patrimônio confiscado ao fato ilícito típico. No mesmo sentido MARTINS, 2007, p. 50 apud MINAS, 2017, p. 33.

²⁴³ MONTE, 2023, p. 112 e 115. Também entendendo como de natureza não penal, constituindo-se uma “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, CUNHA J. M., 2012, p. 20; MINAS, 2017, p. 34. Questão já abordada no capítulo 1, mas que vale referir aqui, é quanto a necessidade de se demonstrar a relação do patrimônio incongruente com os ilícitos que lhe deram origem. Se houvesse esta necessidade estaríamos desnaturando o instituto da perda alargada, que visa justamente suprir a impossibilidade de tal demonstração, além de não haver previsão legal para tanto. FERREIRA MONTE concorda com JOÃO CONDE CORREIA que não vê tal necessidade, diferente de PEDRO CAEIRO para quem há a necessidade de se demonstrar a atividade criminosa originária do patrimônio incongruente, pois o confisco alargado “não suporta dupla presunção”, não havendo a necessidade do Standart do para lá da dúvida razoável, bastando a preponderância das probabilidades MONTE, 2023, p. 116.

²⁴⁴ BARIN, 2023, p. 265. O autor lembra que no Acórdão 101/2015 o Tribunal Constitucional português entendeu que a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente do confisco alargado não fere os princípios do ônus da prova, nem da presunção de inocência, pois a sua incidência se dá após a condenação, “não havendo, portanto, juízo de culpabilidade na perda alargada, bem como a presunção da ilicitude ser ilidível”. Ainda, Após compilação de posições doutrinárias o Tribunal Constitucional português afirmou que a perda alargada tem natureza de “medida”, conclusão que chegou após refutar todas as possibilidade de natureza jurídica, sendo a presunção da

dos art. 7º e 9º da Lei nº. 5/2002, em face dos princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio, tendo sido afirmada a constitucionalidade por se tratar de procedimento “enxertado no processo penal”. FERREIRA MONTE faz referência a alguns julgados que teriam se posicionado quanto à natureza jurídica do confisco, em suas diversas formas. O primeiro deles²⁴⁵ teria aderido a tese de FIGUEREDO DIAS de que o confisco clássico não é uma pena acessória, mas “uma providência sancionatória análoga à medida de segurança. Outro julgado,²⁴⁶ que vale ressaltar, paradigmático, refere-se ao caso de perda ampliada tomando posição quanto a sua natureza jurídica afirmando “não constituir uma reação contra prática de um crime, nem uma reação sancionatória *tout court*”.²⁴⁷

Esta conclusão também pode ser extraída da análise que FERREIRA MONTE fez sobre o Acórdão nº. 498/2019 do Tribunal Constitucional português, que pontuou que o Tribunal reconhece a inexistência de unanimidade quanta à natureza jurídica do confisco alargado, mas se posiciona afirmando, acompanhando a maioria, que o instituto “não tem natureza penal, ou sequer, sancionatória”.²⁴⁸ Analisando o confisco não baseado em condenação – NCBC, o mesmo autor, afirma que considerar o confisco não baseado em condenação, “na qualidade de consequência jurídico penal clássica”, como pena acessória ou medida de segurança não faz sentido, pois não é baseado na culpa, com todas as consequências que surgiriam, nem na perigosidade do agente.²⁴⁹ O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação ao confisco alargado, embora haja a necessidade de condenação por um crime pretérito, que não tem relação com o confisco do patrimônio.

ilicitude do patrimônio incongruente não atribui novo comportamento criminoso, “restringindo-se a possibilitar o confisco de bens pela dedução de sua origem ilícita – possibilidade que se presta a restaurar “a ordem patrimonial segundo o direito”, discutindo, apenas, se o patrimônio é ou não congruente com os rendimentos lícitos, não havendo, portanto, qualquer “juízo de censura ou de culpa em termos ético-jurídicos”, BARIN, 2023, p. 266 e 282.

²⁴⁵ TC 336/2006. No mesmo sentido Acórdão Extraordinário de fixação de jurisprudência nº 11/2016.

²⁴⁶ TC 498/2019. No mesmo sentido 101/2015; 392/2015; 476/2015.

²⁴⁷ MONTE, 2023, p. 137. O autor faz referência uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no acórdão de 10 de fevereiro de 2021, que considerou possível o confisco retroagir, tendo em vista “não estar em causa uma pena acessória, mas somente uma consequência jurídica”, bem como que o confisco, se aproxima do direito civil, considerando que o “confisco alargado não persegue objetivos repressivos-retributivos (retaliadores), mas objetivos preventivo-ordenadores”, não sendo assim relevante a aferição de culpa justamente por não se tratar de medida punitiva, não violando portanto o princípio da não retroatividade. Ainda, no mesmo sentido, agora quanto o confisco não baseado em condenação, no caso *Dassa Foundation e Liechtenstein*, citou o caso julgado pelo TEDH, nº 696/05, que não aplicou o art. 7º, §1, da CEDH, por entender não ser o caso de sanção penal. *Ob. cit.* P. 138.

²⁴⁸ MONTE, 2022, p. 154. ENRICO BARIN pontua que diante da complexa tarefa de estabelecer a natureza do confisco alargado, caberá aos tribunais constitucionais tal tarefa levando em casa o direito interno, não sendo o TEDH ou CEDH, BARIN, 2023.

²⁴⁹ MONTE, 2023, p. 90.

Após discorrer no sentido de que o confisco não se caracteriza como pena,²⁵⁰ nem medida de segurança, nem efeitos da pena, nem efeito do crime ou da criminalidade, FERRERIA MONTE discute a possibilidade de o confisco clássico ser classificado, na concepção de FIGUEIREDO DIAS, como uma “providência sancionatória de natureza análoga à medida de segurança”, alertando quanto à falta de consenso, pois a figura é de tal modo híbrida que não nos permite tomar uma posição ortodoxa no âmbito das consequências do facto ilícito (ou do crime)”, afirmando que se trata de “*tertium genus* dentro da panóplia das reações penais”.²⁵¹ Como decorrência de o confisco alargado não guardar relação com o a “gravidade do crime” ou com a “culpa e periculosidade do sujeito”, mas ao mesmo tempo guardar proximidade com a prevenção, a natureza híbrida do confisco alargado é defendida.²⁵²

A premissa básica para distinguir perda alargada de natureza penal do restitutivo é a ligação do bem/valor confiscado e o crime pelo que foi condenado, o que leva a concluir que o confisco clássico do CP tem, e o alargado da Lei nº. 5/2002, art. 7º, não tem natureza penal.²⁵³ Não há como se chegar a outra conclusão, seja pela ausência de previsão legal como pena ou medida de segurança, não se submetendo ao regime de estabelecimentos destas, “não responde a exigências teleológica estritas das penas e as medidas de segurança, ainda que da sua aplicação possa resultar um efeito preventivo”, bem como não há discussão sobre a culpabilidade, não

²⁵⁰ FERREIRA MONTE esclarece a diferença entre efeitos acessórios das penas e penas acessórias, pois não sendo penas, não observam os pressupostos típicos das penas, “são simplesmente a consequência conatural da pena principal e, às vezes, de penas acessórias”. Já as segundas estão sujeitas aos requisitos legais (art. 40º e 71º do Código Penal Português). Finaliza o autor dizendo que os efeitos acessórios podem simplesmente cumprir função meramente preventiva, eventualmente até de dissuasão, ou não passarem de menor e conaturais efeitos práticos da aplicação da pena. Mas dependem sempre da aplicação da pena (principal ou acessória)”, MONTE, 2023, pp. 91-92.

²⁵¹ MONTE, 2023, p. 103. Ainda este autor vê o confisco clássico como “medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, que se dirige *in rem* contra a própria *res* e é alheia à punição do autor dos factos”, questiona se os princípios de natureza penal se aplicariam, pois não há presunção de culpa, que sequer é discutida. Mas, se caracterizar o perigo das vantagens, aproximando da medida de segurança, os princípios de justiça penal devem ser aplicados, *ob. cit.* p. 107.

²⁵² Neste sentido SÓLON LINHARES faz interessante contraponto a posição que entende a perda alargada como medida análoga à medida de segurança, pois existiria fins retributivos e não haveria a necessidade de prova de perigosidade do agente ou de reiteração criminosa. Afirma o autor que a natureza híbrida é defendida, na medida em que possui finalidades preventivas, salienta que a posição adotada em relação à natureza jurídica não se afasta de sua pretensão em “impedir um enriquecimento ilícito por parte do arguido”, LINHARES S. C., 2019, pp. 1786-1787.

²⁵³ MONTE, 2023, p. 108. Refletindo sobre os requisitos dos tipos de confisco FERREIRA MONTE questiona “Se o confisco do art. 110º tem a mesma natureza da do confisco alargado, que sentido faria adotar este se, com aquele, não se exige condenação, não se vincula o aplicador a um catálogo de crimes e até se permite a substituição dos instrumentos produzidos e vantagens originais por seu valor? apenas porque se poderia estender a outros ganhos? Talvez. Mas é exatamente porque se trata de um confisco de natureza penal, que não está subtraído aos princípios jurídico-penais e as garantias processual-penais, que faz sentido não exigir condenação, nem subordinar a um catálogo. Já quando se trata a medida como não penal, então faz todo o sentido limitar o seu uso a certos crimes - impondo-se um catálogo - e mediante condenação penal. Neste caso, compreende-se a posição do legislador de estender o confisco a vantagens não provenientes do crime objeto de condenação, mas presumivelmente advindas da atividade criminosa”. *Ob. Cit.* p. 108.

incidindo a proporcionalidade das penas, nem a pessoalidade, sendo aplicada, inclusive, em casos sem condenação (NCBC).²⁵⁴

Nos alinhamos à posição de FERREIRA MONTE no sentido de que a base da ilicitude do património incongruente é que sua origem de atividade criminosa existe “efeitos políticos-criminais relevantes (prevenção e dissuasão), mas não são seu fundamento”,²⁵⁵ concluindo que a perda ampliada “é uma consequência jurídica, não penal, não sancionatória, de reposição da licitude e corretiva do património, que, todavia, tem efeitos preventivos, atenta a relação desse com a atividade criminosas que se funda. Não sendo assim, ela corre risco de ser inconstitucional. E essa foi a opção do legislador português, que se concorde ou não com ela”.²⁵⁶

É possível entender que, em Portugal, foram admitidas duas formas de materializar o confisco de bens, uma que não exige condenação, mas pressupõe a ligação dos bens/patrimônio com o fato criminoso; a outra que exige a condenação prévia como requisito, sem, no entanto, requerer a ligação do patrimônio incongruente com esta condenação, que “não passa de uma medida *in rem*, dirigida aos bens e não ao agente, caso contrário, teria que se questionar sua validade constitucional”.²⁵⁷ Esse entendimento se alia ao modelo europeu, que pode ser caracterizado de cunho restaurativo, se constituindo em um “efeito civil do crime”.²⁵⁸

Embora se reconheça a presença de características que possam induzir ao entendimento da natureza penal da perda alargada, tais como visar a prevenção de crimes, depender de condenação penal prévia, ser prevista em lei penal, tramitar dentro do processo penal, é evidente

²⁵⁴ MONTE, 2023, p. 122. Este autor discorre sobre a possibilidade de caracterizar a natureza jurídica do confisco como “medida restauradora ou ordenadora do património conforme o direito”, não havendo, assim, natureza penal, afirmando que o “confisco surge despidido de quaisquer considerações relativas à culpa do agente ou à perigosidade dos bens, e sem finalidades preventivas”. Ainda, “se o confisco alargado tivesse seu fundamento na relação entre o património incongruente e o crime objeto de condenação, seria inconstitucional por 3 razões: por se inferir culpa a partir do património; por se inferir culpa do património incongruente a partir do crime pelo que existe condenação penal; e por se inferir a perigosidade dos bens a partir da incongruência do património (no caso de se pretender que ela fosse uma medida análoga à medida de segurança). A finalidade da medida só pode ser a da reposição do património na situação que teria se não tivesse sido ilicitamente obtido. É corretiva ou restauradora do património de acordo com o Direito”, MONTE, 2023, p. 126 e 127.

²⁵⁵ FERREIRA MONTE, 2023, cita ANA CEREZO DOMINGUEZ, A. C., p. 25; COSTA PINTO, C. Direito Processual Penal, Lisboa:AAFDL, 1998, p.3; CARVALHO, T. Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime, 2ª edição, 2008, p. 64; os quais salientam que não se podem confundir efeitos do instituto (pena ou confisco) com finalidade, pois embora tenham a finalidade de preventiva positiva, causam o efeito dissuasor.

²⁵⁶ MONTE, 2023, p. 128 e 131. Ainda, concordamos que não podemos ter que todas as medidas de prevenção criminal, sociais ou alternativas, tem natureza penal. Reafirma que o confisco alargado definido pelo legislador português não tem natureza puramente civil, pois se baseia numa condenação criminal e pressupõe uma atividade criminosa. Ao mesmo tem não tem natureza penal por não ser uma reação ao fato típico, “reage a ilicitude da obtenção do património”. Afirma que se o fundamento fosse a presunção da ligação com atividade criminosa, o confisco alargado seria inconstitucional, *ob. cit.* p. 131.

²⁵⁷ MONTE, 2023, p. 140.

²⁵⁸ BRAVO, 2022, pp. 536-537.

que não se trata de responsabilização penal, pois “não se prende ao juízo de censura ou de culpabilidade, em termos ético-jurídicos, objeto da sentença condenatória”.²⁵⁹

Pelo até aqui dito, percebemos dificuldades em estabelecermos posição uníssona a ser adotada, no entanto nos alinhamos à posição no sentido de que a perda alargada não tem natureza penal, sendo sua principal vocação ações de política criminal para o enfrentamento de ações criminosas complexas, admitindo a incidência de presunções, “impedindo o ciclo reditício – crime-investimento-crime-reinvestimento-crime”. Advertência importante é no sentido de se estar vigilantes com eventuais excessos, para não se restringir direitos e garantias de formar desarrazoada, estabelecendo limites objetivos a esta restrição.²⁶⁰ Trata-se, na verdade, de medida de medida restauradora de patrimônio da natureza administrativa *sui generis*.²⁶¹

Importante desde já consignarmos que, seja qual for natureza jurídica adotada, a observância de princípios de um Estado de Direito, tais com a legalidade, o devido processo legal, a presunção de inocência, a razoabilidade, a proibição do excesso, a proibição da proteção ineficiente, entre outros, estarão sempre presentes, e devem pautar as instâncias de poder estatal responsáveis pela *persecutio criminis*. No próximo capítulo abordaremos alguns desses princípios.

²⁵⁹ BARIN, 2023, p. 545. No mesmo sentido PEDRO CAEIRO, avaliando a perspectiva alemão, salienta que tanto o legislador quanto o Tribunal Constitucional daquele país tentem enquadrar o confisco alargado fora do direito penal, no entanto a doutrina dominante entende que tem natureza de pena, CAEIRO, 2011, p. 286.

²⁶⁰ LINHARES S. C., 2019, p. 1790.

²⁶¹ ERICO BARIN inspirado no Direito Alemão, com manifestação do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) que “não está em causa infringir um mal ao arguido, e sim privá-lo da vantagem obtida ilegitimamente”, como medida de prevenção e regramento da propriedade privada pelo Estado. Esta restauração de patrimônio tem a natureza administrativa *sui generis*, pois prejudicada por condenação criminal prévia, não havendo, no entanto, qualquer “relação direta com o crime”, com suporte também na argumentação do acórdão do Tribunal Constitucional português nº 392/2015, inferindo que trata-se de uma espécie de regulação do direito de propriedade pelo Estado, “sendo uma promoção de ordenação de bens adequada ao Direito”, BARIN, 2023, p. 572.

CAPÍTULO III – Presunções Jurídicas e Garantias Fundamentais Aplicáveis.

No contexto das ações de política criminal internacional, cuja estratégia de enfrentamento da criminalidade organizada econômica e transnacional tem focado no estrangulamento financeiros dessas organizações,²⁶² pois há o entendimento de que se deve evitar os efeitos colaterais da injeção de recursos espúrios na economia formal, bem como não permitir o reinvestimento na atividade criminosa, visando sempre à materialização da máxima de que “o crime não deve compensar”. Assim, a União Europeia concretizou sua estratégia na Decisão-Quadro 2001/500/JAI, que, entre outras questões, sugere aos Estado-membros a mitigação do ônus da prova relativamente à origem de bens de pessoas condenada, “sempre com a observância dos princípios jurídicos fundamentais”.²⁶³

A recomendação para inserção de formas modernas de gestão de prova, como a exigência da demonstração pelo investigado da origem de seu patrimônio/bens, já foi anteriormente prevista em outros documentos internacionais, tais como, as Convenções da ONU contra o Tráfico de Drogas de 1988 e contra o Crime Organizado de 2001. No âmbito do Conselho da Europa, foi prevista na Convenção de Varsóvia de 2005, com a ressalva de que seja compatível com o Direito interno. Embora a Decisão-Quadro 2001/500/JAI possa ser considerada um marco na definição da perda alargada, a Diretiva 2014/42/UE é quem busca harmonizar, no âmbito europeu, a temática, tendo sido aprimorada pela recente Diretiva 2024/1260/UE de 24 de abril.

Essa recomendação inserida nesses documentos internacionais foi e é criticada,²⁶⁴ por haver a possibilidade de conflito com a presunção de inocência, justamente por atribuir ao condenado a responsabilidade de demonstrar a licitude de seu patrimônio incongruente. No entanto, PEDRO CAEIRO menciona que não existe exigência internacional de abrandamento probatório para fins da perda alargada e justifica que os Estados “podem” impor o ônus

²⁶² BLANCO CORDERO, 2008, p. 70. Além da estratégia ser mais adequada ao tipo de criminalidade, cabe salientar que as demais formas de resposta estatal, em especial as penas privativas de liberdade não se mostram eficientes, e, em alguns casos, aumentam a insegurança e reproduzem comportamentos criminosos que se busca prevenir.

²⁶³ BARIN, 2023, p. 184. No mesmo sentido da Decisão-Quadro 2005/212/JAI e a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, de 12 de dezembro de 2000, que, em seu artigo 12º., facultou aos Estados “a possibilidade de exigir que um infrator faça prova da origem legítima de alegados produtos do crime ou de outros bens suscetíveis de perda, desde que tal seja consentâneo com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo judicial”. Além da questão do ônus prova, foi referida por essa Decisão-Quadro, a ineficiência das ferramentas vigentes, “notadamente ao nível da cooperação internacional, muito pela ausência de ferramentas legais”, BARIN, 2023, p. 188.

²⁶⁴ BLANCO CORDERO, 2008, p. 72. ISODORO CORDERO BLANCO salienta que existem previsões para que o confisco alcance todos os bens na posse/disposição de membro da organização criminosa, sem que seja necessária a demonstração da origem específica em determinado crime. Exemplifica o Código Penal Austríaco e Suíço, BLANCO CORDERO, 2008, p. 73.

probatório ao arguido quanto à licitude da origem de seu patrimônio. Ainda, ressalta o referido autor que somente é exigida a declaração de perda quando “o tribunal esteja plenamente persuadido, com base em fatos específicos, de que os bens em questão foram obtidos a partir de actividades criminosas semelhantes da pessoa condenada”.²⁶⁵

Percebemos que, também neste aspecto, as discussões em Portugal estão bem adiantadas em relação às do Brasil, embora seja inegável a influência jurídica e de política criminal dos instrumentos internacionais, cujos países são signatários. O enfrentamento a crimes graves e complexos criam desafios probatórios que justificam a utilização da presunção da ilicitude dos bens, visando afastar as dificuldades de demonstração da relação entre as condutas ilícitas e as vantagens, uma vez que é a comum a blindagem patrimonial, cujo objetivo principal é evitar responsabilização criminal. Precisamos concordar que as “regras da experiência demonstram, além disso, que a prática de crimes graves e lucrativos não representam um fato pontual e isolado na vida do delinquente, mas fazem parte de uma verdadeira carreira criminosa”.²⁶⁶

A utilização de presunções não implica a inversão do ônus da prova, pois é necessário demonstrar as premissas que dão sustentação ao fato base da presunção. Não basta à acusação apresentar hipótese fática, é necessário que se prove os fatos relacionados à existências de bens, à titularidade de bens e “ao descompasso entre o valor dos bens possuídos ou titularizados pelo acusado e os seus rendimentos lícitos. Meras alegações não são suficientes para que se repute provado o fato base que serve como fundamento fático da presunção de ilicitude dos bens. É necessário que sejam produzidas provas”.²⁶⁷

²⁶⁵ CAEIRO, 2011, p. 291. Sobre a diferença do *Standart* probatório entre a natureza penal e civil FRANK SALINGER afirma que a “moldura jurídica mais rígida é direcionada ao modelo penal, havendo a necessidade de observação dos “princípios da culpabilidade, presunção de inocência, da proibição de retroatividade e do princípio do *ne bis in idem*, bem como do direito fundamental à propriedade e ao trabalho.” Sendo os modelos Administrativos e Cíveis menos exigentes. (SALINGER, 2020, p. 191). Esta questão é fundamental para estabelecermos os limites e os contornos das presunções, tendo em vista a percepção explicitada no capítulo anterior de que a perda alargada não tem natureza penal.

²⁶⁶ CUNHA V. S., 2021, p. 802.

²⁶⁷ CUNHA V. S., 2021, pp. 800-802. Continua VITOR CUNHA sobre a dificuldade e complexidade probatório da acusação, o que desnatura totalmente a percepção de eventual inversão do ônus da prova: “Para que se considere provada a hipótese fática, deve o órgão acusador desempenhar acentuada e intensa atividade probatória. Primeiramente, deve provar a titularidade dos bens do acusado. Em um país de dimensões continentais não é tarefa simples identificar e provar o patrimônio de titularidade de um criminoso. Ademais, a depender da localização dos ativos, pode ser necessária a custosa e burocrática cooperação jurídica internacional para fazer prova da propriedade. Essas dificuldades apontadas, todavia, nem sequer se aproximam dos desafios probatórios relacionados à demonstração de que o criminoso tem o domínio ou o benefício, direto ou indireto, de bens. As regras de experiência evidenciam que os delitos lucrativos geralmente são acompanhados de estratégias sofisticadas de ocultação patrimonial, que envolvem desde o uso de pessoas “laranjas” até a constituição, no Brasil, de empresas de fachada e, no exterior, de empresas offshore. Mais recentemente, a popularização das criptomoedas incrementou sensivelmente os riscos de ocultação patrimonial, dada a facilidade para transacionar e o ainda incipiente controle regulatório estatal sobre esses ativos”.

Embora se note a tendência internacional em estimular aos Estados membros que introduzam medidas para mitigar o ônus da prova relativamente a origem de bens suscetíveis a perda alargada, exigindo que o infrator faça prova dessa origem, ressalta-se a presença de um processo equitativo,²⁶⁸ bem como que haja homenagem a princípios como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Esclarece JORGE GODINHO que não se estabeleceu o nível de prova para a demonstração da licitude do patrimônio, devendo “tornar inteligível os fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa”.²⁶⁹

Assim, a busca por maior eficiência no combate à criminalidade económica não pode atropelar direitos fundamentais conquistados à custa de muito sangue, suor e lágrimas. Verifica-se, na doutrina, sonoras críticas ao instituto, em especial, por supostamente desrespeitar a presunção de inocência e pela inversão do ônus da prova.²⁷⁰

3.1. Presunções no direito penal e no processo penal

Um ponto de grande relevância neste estudo está diretamente relacionado ao contraponto que se faz entre o alcance das presunções jurídicas e as garantias fundamentais, em especial a presunção de inocência, o ônus da prova e o direito ao silêncio. Cabe ressaltar que nos posicionamos no sentido de que a perda alargada não tem natureza penal, constituindo-se medida *sui generis*, enxertado no processo penal, que visa ao reestabelecimento da ordenação patrimonial, pelos fundamentos já consignados nesta investigação.

Ao se analisar esse contraponto, é fundamental se ter em mente as finalidades do processo penal democrático, quais sejam, “a protecção fundamental dos cidadãos, a descoberta da verdade material para adequada administração da justiça, a paz jurídica e, por último, a concordância prática entre cada um destes aspetos”.²⁷¹

²⁶⁸ Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho - Considerando 5: da “De acordo com a recomendação 19 constante do plano de acção de 2000 intitulado «Prevenção e controlo da criminalidade organizada: estratégia da União Europeia para o início do novo milénio», aprovado pelo Conselho em 27 de Março de 2000, deverá analisar-se a eventual necessidade de um instrumento que, tendo em conta as melhores práticas nos Estados-Membros, na plena observância dos princípios jurídicos fundamentais, introduza a possibilidade de mitigar, em sede de direito penal, civil ou fiscal, conforme os casos, o ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infracção relacionada com a criminalidade organizada”. Considerando 6: “De acordo com o artigo 12º. da Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional, de 12 de dezembro de 2000, relativo à perda e à apreensão, os Estados partes poderão considerar a possibilidade de exigir que um infrator faça prova da origem legítima de alegados produtos do crime ou de outros bens susceptíveis de perda, desde que tal seja consentâneo com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo judicial. Considerando 11: A presente decisão-quadro não impede os Estados-Membros de aplicarem os seus princípios fundamentais sobre o direito a um processo equitativo, em particular a presunção de inocência, os direitos de propriedade, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão noutros meios de comunicação social.

²⁶⁹ GODINHO, 2003, p. 1344.

²⁷⁰ SARAIVA & LOPES, 2022, p. 5.

²⁷¹ PITON, 2018, p. 8.

Assim, verifica-se a necessidade de equilíbrio na aplicação das definições legais quanto ao alcance das presunções jurídicas, em especial a de ser ilícito o patrimônio incongruente no âmbito da perda alargada.²⁷² ERICO BARIN comenta a preocupação em relação ao fato de a perda alargada ser desvinculada do crime do processo principal, podendo a gravidade do confisco ser maior que pena criminal, por não guardar proporcionalidade com o juízo da culpa, típico do confisco clássico, o que por isso mesmo, afasta a perda alargada das características de pena,²⁷³ o que supõe todo cuidado e parcimônia na sua aplicação, para que, na tentativa de superar obstáculos de justiça, não se cometam abusos.

A atividade jurisdicional, posto que realizada por seres humanos, está sujeita a erros, em especial em relação às provas, que na órbita penal pode ser excessivamente gravoso à parte. Para minimizar tais erros “é definindo o quanto de prova é necessário para se considerar provada uma hipótese fática. Quanto maior a exigência probatória, maior será a quantidade de culpados absolvidos; por outro lado, o rebaixamento da exigência probatória acarretará maior percentual de inocentes condenados”. Outra forma de minimizar os erros probatórios é utilizar presunções legais, que incidirão na dificuldade probatória, quando a lei autorizar que se tenha como verdade um fato desconhecido a partir de um fato conhecido”.²⁷⁴

A decisão legislativa pela presunção legal visa à garantia de “determinados valores em situações específicas”, podendo ser de natureza estritamente técnica, bem como, de ordem ideológica. Estes ligados a interesses, que não havendo prova em contrário, deve o Tribunal chancelar. Já os de ordem técnica buscam a efetividade da prestação jurisdicional, exatamente para evitar o *non liquet* e eventuais injustiças decorrentes da dificuldade da produção probatória de um “fato causador de uma determinada consequência jurídica”.²⁷⁵

²⁷² ERICO BARIN ao analisar a desvinculação da perda alargada com o juízo da culpa do processo principal acentuar riscos de injustiças, pois “pode gerar efeitos desastrosos a um (suposto) direito de propriedade da pessoa condenada, sequer se atendo a uma proporcionalidade entre o crime objeto da condenação, a pena aplicada pelo juízo da culpa e as reais vantagens angariadas da infração penal elucidada no processo penal (que permanecem atreladas à aplicação ordinária do correlato instrumento clássico de confisco (BARIN, 2023, p. 522). Continua o autor ressaltando o potencial lesivo da perda alargada, o que leva autores a considerar verdadeiras penas, “naqueles sentidos e limites” trabalhados por CLAUS ROXIN, bem como o próprio TEDH, no acórdão Welch x UK, considerou a *confiscation order* como pena, diante da análise conforme os critérios ENGEL, embora apenas naquele caso e para impedir o efeito retroativo. *Ob. Cit.* p. 523.

²⁷³ BARIN, 2023, p. 536.

²⁷⁴ CUNHA V. S., 2021, p. 794. PEDRO CAEIRO afirma que “a presunção legal relativa à proveniência dos bens e a natureza não penal (administrativa) do confisco alargado apontam no sentido de o instituto incorporar regras de prova autônomas, diversas das que regem o processo penal “comum”, onde a presunção de inocência impõe a prova dos elementos do crime (sc., da “culpabilidade”) para além da dúvida razoável.” Neste contexto, argumenta o autor, que o Ministério Público deve provar a existência de patrimônio incongruente e a existência da atividade criminosa, mas não como titular da ação penal, mas com representante do Estado (art. 219º, n. 1, da CRP), “o que não pode significar a prova de um crime para lá da dúvida razoável”, do contrário esvaziaria totalmente o instituto da perda alargada, CAEIRO, 2011, p. 316.

²⁷⁵ OLIVEIRA, 2011, pp. 13-20 *apud* CUNHA V. S., 2021, p. 795. Ressalta Vitor Cunha que para incidir a presunção o fato base precisa ser provado.

Para Jorge Godinho, o mecanismo de uso de presunções corresponde a um “sistema de verdade formal, que pode não corresponder à verdade material”, sendo aplicado, na maioria das vezes, com base em “probabilidades racionais, fundadas em regras de experiência, subsistindo, porém, risco de erro”. Salienta ser necessário distinguir entre a “base da presunção” e os “fatos presumidos”. Aquela é constituída por fatos — que devem ser provados e estão sujeitos ao contraditório — que servem de premissa à inferência dos fatos presumidos. Estes, por sua vez, são o resultado da indução ou do raciocínio proposto pelo legislador.²⁷⁶

As presunções judiciais (*hominis*) são estabelecidas pelo magistrado, a partir da análise das provas apresentadas no processo, baseando-se em inferências lógicas e na experiência. Derivam de uma relação empírica entre um fato conhecido e um fato desconhecido. Ao tratar do assunto, FRANK SALINGER diz que a perda alargada “facilita o confisco ao dispensar a exigência de verificação de um delito de origem concreto e permite ao juiz realizar uma análise probatória indireta”.²⁷⁷ Em julgado do Tribunal da Relação de Coimbra “a presunção judicial é admissível em processo penal e traduz-se em o tribunal, partindo de um facto certo, inferir, por dedução lógica, um facto desconhecido. As presunções de facto - judiciais, naturais ou *hominis* – fundam-se nas regras da experiência comum”. O mesmo Acórdão exige, ainda, a pluralidade de fatos base devidamente provados, devendo o tribunal fundamentar “como se chegou à inferência”.²⁷⁸

No que se refere à possibilidade de utilização de presunções em matéria penal e processual penal em Portugal, tanto o Tribunal Constitucional, quanto o Tribunal da Relação de Lisboa já se manifestaram sobre a questão. Este Tribunal consignou, assim como a presunção de inocência, as presunções judiciais são “princípio de prova”, constituindo-se soluções jurídicas destinadas a evitar os “estados de incerteza na convicção do julgador quanto à verificação dos fatos integrantes de um crime”. A incidência da presunção de inocência conduz à absolvição, pois a acusação não provou fatos desconstitutivos desta, ou seja, a culpa do arguido. Por outro lado, a presunção legal, “através da inferência lógico-dedutiva autoriza que se decida contra o arguido, superando a aplicação do *in dubio pro reo*, pois permite afirmar um

²⁷⁶ GODINHO, 2003, p. 1319.

²⁷⁷ SALINGER, 2020, p. 200. FRANK SALINGER admitindo a complexidade da perda alargada diz que o Tribunal Constitucional alemão não pronunciou sua constitucionalidade, considerando não violado os princípios da culpabilidade e presunção de inocência diante da natureza não penal do instituto. “Contudo, o Tribunal Constitucional ... determinou que a perda ampliada só é compatível com o direito de propriedade possível se o juiz, por meio de uma análise exaustiva de todos os meios de prova disponíveis, se convencer, sem restrições o “se” da origem delitiva do bem. Assim, lhe toca integrar a comprovação do delito em seu convencimento. Não basta, portanto, uma probabilidade preponderante da origem ilícita, tampouco meras presunções”. *ob. cit.* p. 201. No mesmo sentido CAEIRO, 2011, p. 285.

²⁷⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo: 347/10.8PATNV.C1. Relator: BELMIRO ANDRADE, Descritores: PROVAS PRESUNÇÃO JUDICIAL. Data do Acórdão: 09/05/2012, Votação: UNANIMIDADE.

facto desconhecido a partir de um facto conhecido, para além de qualquer dúvida razoável”. Bom exemplo citado por aquele Tribunal são os fatos e atos internos, como por exemplo a existência do dolo, que “frequentemente feita por inferência ou dedução lógica, partindo dos factos conhecidos que são os modos de execução dos tipos de crime, associados à capacidade de discernimento e à liberdade de vontade do autor desses factos e demais circunstâncias que contextualizam a prática do crime.”²⁷⁹

Já o Tribunal Constitucional, especificamente quanto ao art. 125º do CPP, frente aos dispositivos dos n.º 2 e 5 do art. 32º da CRP, manifestou que não há inconstitucionalidade na “interpretação de que a prova indiciária e a prova por presunções judiciais são admissíveis em direito penal e em direito processual penal”.²⁸⁰

Embora sem sustentação teórica aprofundada, existem entendimentos pela inconstitucionalidade da perda alargada por haver a inversão do ônus da prova e ferir a presunção de inocência.²⁸¹ Essa perspectiva considera, entre outras questões, que, sendo de natureza jurídica penal, caberia a acusação realizar toda e qualquer tipo de prova, inclusive da vinculação bens ou patrimônio incongruentes e a atividade criminosa. No capítulo anterior já discorremos e nos alinhamos à perspectiva da natureza jurídica de medida *sui generis* prejudicada por condenação penal. Do contrário, a nosso ver, haveria completa desnaturação do instituto, cujo objetivo principal, mas não o único, é justamente superar a dificuldade probatória oriunda da complexidade das estruturas utilizadas por organizações criminosas.²⁸²

Reconhecendo que o Tribunal Constitucional português já se pronunciou sobre a constitucionalidade da perda alargada, frente aos princípios da presunção de inocência e o direito ao silêncio, MANUEL MINAS insiste em tratar-se de medida inconstitucional, pois na sua visão, a natureza penal da perda, bem como sua inserção no processo penal “coloca o ônus

²⁷⁹ Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 101/17.6SULSB.L1-3, 18/05/22.

²⁸⁰ Tribunal Constitucional Português. Acórdão 521/2018 de 17 Out. 2018, Processo 321/2018.

²⁸¹ MAEDA, 2021, p. 90.

²⁸² Neste sentido PEDRO CAEIRO diz que “a presunção legal relativa à proveniência dos bens e a natureza não penal (administrativa) do confisco alargado apontam no sentido de o instituto incorporar regras de prova autónomas, diversas das que regem o processo penal “comum”, onde a presunção de inocência impõe a prova dos elementos do crime (sc., da “culpabilidade”) para além da dúvida razoável.” Neste contexto, argumenta o autor, que o Ministério Público deve provar a existência de patrimônio incongruente e a existência da atividade criminosa, mas não como titular da ação penal, mas com representante do Estado (art. 219º, n. 1, da CRP), “o que não pode significar a prova de um crime para lá da dúvida razoável”, do contrário esvaziaria totalmente o instituto da perda alargada, CAEIRO, 2011, p. 316. Também reconhecendo ser maculada a presunção de inocência, mas pelo fato do desenvolvimento simultâneo dos dois processos (de crime e de perda), pois, “se o cálculo do patrimônio incongruente, de origem ilícita, se faz antes da condenação, mesmo antes do julgamento, está-se indiretamente a assumir que há um patrimônio que decorre da prática de ilícitos-típicos e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal. Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação”, SOUZA, 2016, p. 12.

probatório do lado da parte errada.²⁸³ No mesmo sentido, JORGE GODINHO, ao finalizar sua avaliação sobre a Lei nº. 05/2002, posiciona-se pela inconstitucionalidade da perda alargada, apontando diversas violações, em especial à presunção de inocência e ao ônus da prova.²⁸⁴

JUAREZ SANTOS e JUNE SANTOS também entendem como inconstitucional, pois traria “uma contradição com o princípio da presunção de inocência e com a inversão do ônus da prova, pois subverte a lógica de mercado em que os bens são presumidamente lícitos”.²⁸⁵ Já AURY LOPES JÚNIOR afirma que deve existir uma causa que justifique e legitime a presunção de enriquecimento ilícito, ou seja, a incompatibilidade entre os rendimentos provenientes de atividades lícitas e o volume patrimonial total do condenado. Para afastar tal presunção, a lei atribui ao condenado o ônus de comprovar a origem lícita dos bens. Mas, em seguida, adverte que “essa presunção de ilicitude e a atribuição de carga probatória à defesa é manifestamente incompatível com a presunção inconstitucional de inocência”.²⁸⁶ Também há entendimento de que o confisco alargado seria expressão do chamado Direito Penal do inimigo, pois permitiria a “antecipação da pena e a inversão do ônus da prova”, o que macularia a presunção de inocência e a ampla defesa.²⁸⁷

Vale reforçar que as presunções jurídicas, tanto no Direito brasileiro como português,²⁸⁸ são suposições que a lei ou a jurisprudência fazem em relação a determinados fatos, funcionando como meio de provas. A partir, de um fato conhecido (fato base), permite-se inferir a existência de um fato desconhecido. Ou seja, são conclusões que a legislação ou a jurisprudência permitem tirar a partir de uma certa base fática, sem que a parte interessada precise provar diretamente o fato presumido. As presunções jurídicas podem ser classificadas

²⁸³ MINAS, 2017, p. 40. Ainda MANOEL MINAS afirma que a perda alargada é inconstitucional, pois restringe o “princípio da presunção da inocência, na sua vertente de regra de tratamento, uma vez que a medida não passa no teste da proporcionalidade, pelo que não se limita ao necessário para salvaguardar o direito à segurança, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição”, *ob. cit.*, p. 38.

²⁸⁴ GODINHO, 2003.

²⁸⁵ SANTOS & SANTOS, 2015, pp. 23-24.

²⁸⁶ AURY, 2020, p. 781.

²⁸⁷ CAVALCANTI, 2022. Sobre o confisco alargado previsto no art. 91-A do CPB, FERNANDA BUTA diz que “delimitação do alcance da condenação, à definição do *standart* probatório para configurar-se a incompatibilidade patrimonial, à inversão do ônus da prova, à falta de rito escolhido para a execução e para a garantia de execução do novo instrumento e à ausência de diretrizes sobre investigação patrimonial (em que momento, por quem)”, BUTA, 2021, p. 96. Em sentido contrário, ROBERTO VIEIRA entende que “não atenta contra a presunção de inocência, nem menoscaba princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal”, VIEIRA, 2019, p. 387. Também na defesa do confisco alargado FERNANDO ANDRADE diz que tecnicamente não há violação a presunção de inocência, nem inversão do ônus probatório, justamente pela carga probatória que tem o Ministério Público em demonstrar os fatos base da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente ANDRADE, 2020, p. 385.

²⁸⁸ Alguns exemplos de presunções legais na legislação brasileira podem ser encontradas no art. 302, do CPB que prevê o caso de flagrante presumido. Presunção de autoria. Presunção de Perigosidade. Presunção de legítima defesa diante do excesso. Presunção de culpa nos acidentes de trânsito quando envolve condutor embriagado art. 302 CTB. Presunção de culpa nas relações de consumo.

em relação a origem em legais e judiciais. As presunções legais são aquelas estabelecidas por lei e podem ser relativas ou absolutas, sendo que as presunções relativas (*iuris tantum*) que admitem prova em contrário,²⁸⁹ já as absolutas (*iure at iure*) não admitem prova em contrário.²⁹⁰

É importante notar que, no contexto da perda alargada, a presunção é do tipo legal relativa, de que bens incongruentes derivam de atividade criminosa, exigindo da acusação e do Ministério Público a apresentação de provas idôneas e suficientes para demonstrar os pressupostos (fatos-base da presunção), quais sejam a condenação criminal, a existência de patrimônio, a incongruência entre este as fontes lícitas. Realiza-se, assim, a denominada imputação patrimonial, que dará ensejo a reação defensiva para demonstrar a licitude da origem dos bens.²⁹¹

Desta forma, é claro o ônus probatório da acusação, que deve demonstrar os fatos necessários fundamentar a presunção legal quanto à ilicitude do patrimônio incongruente. Trata-se de presunção *iuris tantum*, possibilitando ao sujeito passivo desconstituir o que foi demonstrado pelo Ministério Público e afastar o confisco alargado. Contudo, a aplicação desta presunção gera inquietações acerca da compatibilidade com o princípio da presunção de inocência, com ônus da prova e com o direito ao silêncio, entre outros, especialmente quando a perda de bens pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁹²

3.2. Presunção de ilicitude e os Direitos e Garantias Fundamentais

O fenômeno da criminalidade organizada transnacional, como já foi reiteradamente frisado nesta investigação, impõe aos Estados a criarem mecanismos de enfrentamento mais robustos, que podem atingir eventuais direitos e garantias fundamentais, sendo uma tendência mundial o fortalecimento dos institutos de recuperação de ativos, pois a “criminalidade

²⁸⁹ A presunção de que bens incongruentes com os rendimentos lícitos têm origem criminosa, no contexto do confisco alargado, é um exemplo de presunção legal relativa, pois admite que o sujeito passivo do confisco poderá demonstrar a origem lícita de seus bens ou patrimônio. Neste sentido, SOUZA, 2016, p. 13.

²⁹⁰ VITOR CUNHA esclarece que a presunções relativas, embora baseadas em “lógica probabilísticas”, poderão ser desconstituídas por provas que definem outro rumo fático, diferente daquele lógico. “Será possível, dessa maneira, que a parte a quem a presunção prejudica produza provas que afastem as regras probabilísticas, ou seja, a presunção legal”. Afirmo o referido autor que a doutrina faz questão de destacar que a utilização da técnica da presunção não implica a inversão do ônus da prova”, devendo haver prova dos fatos base da presunção”, CUNHA V. S., 2021, p. 797.

²⁹¹ TIAGO ESSADO discorre sobre a reação defensiva à imputação patrimonial, salientando que o “acusado tem o direito de evitar a condenação, a imposição de pena e a perda de bens”, havendo assim a necessidade de se garantir o exercício do direito de defesa para que não se constitua procedimento da época em que eram os “confiscos feitos ao arrepiio da lei, com base no arbítrio”, ESSADO, 2014, p. 74.

²⁹² ERICO BARIN entende que “a Diretiva 2014/42/UE pareceu rechaçar, ao menos por via transversal, o entendimento de que há uma total inversão do ônus da prova em determinados procedimentos de perda alargada, como na prevista em Portugal. Isso porque, ao mencionar a “necessidade da determinação exata do patrimônio cuja perda deva ser decidida” (trecho do considerando n.º 30), a Diretiva 2014/42/UE soou obviar que ao Ministério Público há o ônus de apurar a dimensão do que pretende em decisão de perda alargada, notadamente por meio de investigação financeira idônea”, BARIN, 2023, p. 223.

econômica organizada, cujas peculiaridades tornam ineficazes os instrumentos clássicos dos quais se serve o Direito Penal – como a pena de prisão e até mesmo a perda “clássica”.²⁹³ A perda alargada como mecanismo de enfrentamento ao fenômeno criminal pode ser, também, fundamentado no direito à segurança previsto no n.º 1 do art. 27.º da Constituição da República Portuguesa e no art. 5º da Constituição da República Brasileira.²⁹⁴

A complexidade reside na necessidade do equilíbrio e concordância prática entre os princípios da segurança²⁹⁵ e dos direitos fundamentais para que, a pretexto de enfrentamento à

²⁹³ CARDOSO L. E., 2020, p. 10.

²⁹⁴ MINAS, 2017, p. 36.

²⁹⁵ A segurança como direito constitucionalmente protegido possui origens já no texto constitucional português de 1822, inspirada na revolução liberal francesa, consignou o trinômio liberdade-segurança-propriedade como “expressão inequívoca dos direitos e deveres individuais. Tornando-a numa assunção jus fundamental incontroversa. A Segurança torna-se assim o primeiro dos direitos individuais, ou se preferirmos atendendo ao seu trinômio relacional, a primeira das liberdades”, AZEVEDO, 2017, p. 198. A Constituição portuguesa de 1976 foi a responsável pela densidade axiológica do direito à segurança, passando a atuar como direito, liberdade e garantia, assumindo assim, sua posição de condição para que outros direitos fundamentais possam ser exercidos. É justamente neste texto constitucional que os conceitos de segurança e liberdade ganham um simbiose, na medida em que se interrelacionam, criando uma espécie de “interdependência, fazendo-no pressentir que um não existe sem o outro, mas que ao mesmo tempo, e em diversas situações, podem produzir mutuamente relações antinômicas”. A caracterização do direito à segurança como direito fundamental é uma decorrência lógica de sua condição como direito humano, sem a qual não há grupo social que se desenvolva e prospere. Ao ser incorporado em diplomas legais, especialmente supranacionais, passa a ter sua caracterização como Direito Fundamental, cuja carga axiológica e legal promove diversas consequências materiais. A diferença básica entre direitos humanos e direitos fundamentais é que estes são “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”, MIRANDA, 2016, p. 229. Dessa forma a Constituição de cada Estado representará as decisões políticas fundamentais que definirão os limites de atuação do Estado na materialização do bem comum, tendo a garantia da segurança a sua protetora de bens jurídicos e limitadora de atuação do Estado, possuindo o direito à segurança tanto a perspectiva de Direito Fundamental, tratando-se assim de “posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional”, BACELAR GOUVEIA, 2015, p. 161. Justamente nessa perspectiva que os direitos fundamentais passaram a ser consignados nos textos constitucionais, no século XX, decorrente da Revolução Constitucionalista e Liberal, pois se fazia necessário limitar o poder do Estado criando mecanismos de proteção do indivíduo, afim de que pudessem exercer com plenitude suas capacidades naturais, GOUVEIA, 2020, p. 290. A segurança, posto que de polissêmico sentido, não significa apenas a segurança da coletividade e das estruturas do estado, mas também outras aplicações, tais como a segurança do ponto de vista “do sujeito a ser protegido; dos bens a proteger e das estruturas que a asseguram”. Importante lembrar da perspectiva contratualista desenvolvida por Hobbes, Locke e Rousseau onde “a segurança deve ser encarada como dever do Estado, na garantia da Segurança Humana”, NHANOMBE, 2019, p. 8. Ainda, merece algumas observações a perspectiva da segurança como limite às garantias fundamentais, que se materializa no brocardo “remédios amargos para doenças fortes”, na medida em que haverá restrição de garantias fundamentais. O direito à segurança, na perspectiva de dever do Estado em prover um ambiente social adequado e seguro para o desenvolvimento humano em sociedade, garantindo inúmeros direitos fundamentais, impõe ao Estado a realização de ações materiais que possuem a inclinação de limitar determinados direitos fundamentais. A CRP previu dois preceitos fundamentais para que se possam restringir direitos fundamentais, quais sejam, nos casos expressamente previstos, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou nos interesses constitucionalmente protegidos”. Ainda, é necessário que as leis sejam gerais e abstratas, sempre prospectivas, e não podem “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18º, nº 3, CRP)”. Dessa forma incumbirá ao poder constituinte derivado decorrente legislar para que os ditames constitucionais possam ser concretizados, tanto no aspecto de implementar as garantias como no sentido de restringi-las, por meios de regras legais, “incumbe assim à lei ordinária uma tarefa de restrição dos direitos, liberdades e garantias, comprimindo o seu sentido constitucional, numa lógica que pode valer para todos os direitos fundamentais consagrados”, BACELAR GOUVEIA, 2020, pp. 317-318. Esta lógica, a prima facie paradoxal,

criminalidade, não se inverte a lógica democrática de direito dos Estados modernos. Por isso, a presunção legal, *juris tantum*, da presunção da ilicitude leva a alguns questionamentos quando confrontada com direitos fundamentais do arguido, em especial o direito ao silêncio, o ônus da prova e a presunção de inocência.²⁹⁶

Em Portugal, diferente do que ocorre no Brasil, em 2015, o Tribunal Constitucional já se posicionou quanto à constitucionalidade do confisco largado. E, hoje, quando já se passaram mais de 40 anos do Código Penal e 20 anos da Lei nº. 5/2002, ganha relevo a aferição de constitucionalidade, tanto do confisco sem condenação, quanto do confisco com condenação, buscando analisar sua conformidade com o princípio presunção de inocência (art. 32º, nº 2 da CRP), entre outros.²⁹⁷ Com a nova Diretiva de recuperação de ativos, que inova estabelecendo a nova modalidade de perda em art. 16º “Perda de riqueza injustificada associada a conduta criminosa”, teremos outras discussões principiológicas, que não serão objeto da presente investigação.

desafia o sistema democrático, pois impõe a necessidade de maturidade institucional e densidade representativa para que não se cometam excessos, restringindo demasiadamente liberdades, bem como há a necessidade de se evitar a proteção deficiente de bens jurídicos. As restrições dos direitos, liberdades e garantias tem três funções principais. A primeira é a “função adequadora” cuja finalidade é permitir que não haja sobreposição de direitos, e que ao se restringir um direito permitirá o exercício de outro, otimizando seus conteúdos. A segunda seria “função dirimente” a qual visa resolver eventual colisão de direitos, liberdades e garantias, evitando o exercício conflitante. A terceira função seria a “função comunitária” que visa regular a restrição de direitos, liberdades e garantias que eventualmente colidam com interesses comunitário que se precisa preservar, *ob. cit.*, p. 319. Os direitos liberdades e garantias não subsistem isolados, tem sua dimensão que defende os indivíduos, mas também devem ser analisados sob a perspectiva jurídica. Em outras palavras, fazem parte de um complexo sistema jurídico constitucional, havendo a necessidade de coexistir com outros valores e princípios, sobre os quais prevalecerão ao se identificar determinados pressupostos, podendo ter sua amplitude de aplicação restringida, MIRANDA, 2012, p. 409. Nesse contexto de coexistência entre princípios nos deparamos com a possibilidade de que, legalmente previsto, haja o limite de exercício de determinados direitos fundamentais, como a presunção de inocência. Um exemplo dessa possibilidade está previsto na CRP no art. 32º, no seu nº 8, que prevê como nula a prova produzida com abusiva intromissão na vida privada. Logo, se a intromissão obedecer a pressupostos e requisitos legais, a garantia da vida privada poderá sofrer limites, sempre preservando seu núcleo essencial, PINTO, 2007, p. 47. Qualquer ordenamento que previsse a máxima proteção aos direitos fundamentais imporá necessariamente “barreiras intransponíveis à descoberta da verdade, e em consequência, à realização da justiça”, CARDOSO R. F., 2016, p. 20. Neste contexto é necessário lembrar que “a liberdade não pode ser sacrificada a qualquer custo sob pena de não vivermos como cidadãos mas como escravos da nossa cognitividade securitária”, VALENTE M. M., 2013, p. 83. Assim, verifica-se que no Estado de Direito, considerado Democrático, a Constituição estabelece a possibilidade da implementação de direitos, que eventualmente poderão entrar em colisão, como por exemplo a segurança e a vida privada, a segurança e a liberdade. Mas os limites e o alcance dessa colisão serão sempre constitucionalmente previstos, com o objetivo de se construir “um espaço jurídico de liberdade adequado a gerar um espaço de segurança, assente na justiça como baluarte da democracia” VALENTE M. M., 2015, p. 107.

²⁹⁶ Outro direito que por vezes é citado como atingindo pela perda alargada é o direito de propriedade que não se abordará neste tópico pelo fato de ter sido esclarecida a finalidade da perda alargada no capítulo em que se tratou da natureza jurídica do instituto. Neste sentido ERICO BARIN afirma que “a perda alargada não viola o direito à propriedade privada. O confisco intenta repor o condenado à situação patrimonial anterior a uma suposta atividade criminosa, que nunca é título legítimo de aquisição de propriedade. O patrimônio posto em xeque pela pretensão de perda alargada não se confunde com a propriedade lícita cujo exercício, em Portugal e por todo lado, é garantia constitucional. Ou, noutros termos, o patrimônio incongruente e de fonte presumivelmente de atividade criminosa, de quem foi condenado por crime adstrito à criminalidade organizada ou económico-financeira, não se alberga naquela proteção constitucional” BARIN, 2023, p. 590.

²⁹⁷BRAVO, 2022, p. 291.

MANUEL MINAS ao discorrer sobre a proporcionalidade da perda alargada, entende ser adequada ao combate ao patrimônio ilícito, “visto que através dela conseguem efectivamente ser concretizadas as necessidades de prevenção da criminalidade económica e organizada”, no entanto, ao se referir a exigibilidade ressalva que o trâmite em processo autónomo tornaria a medida “menos lesiva”, alcançando os mesmos objetivos, sem, no entanto, “lesar de uma forma tão intensa o princípio da presunção da inocência”.²⁹⁸

Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, admitindo que a base da perda alargada é uma presunção relativa, também entende que há inversão do ônus da prova, a qual se aplica em momento que ainda vige a presunção de inocência. Ainda, continua o autor, o recurso da ação principal aproveita ao confisco alargado, o que não seria possível caso a perda se processasse em processo autónomo, afastando-o da natureza penal, gerando mais dúvidas sobre quais são as garantias do sujeito passivo nesse processo. Salienta que tal recurso não teria ensejo caso fosse aplicado após o trânsito em julgado da sentença principal.

Finaliza seu entendimento afirmando que a presunção de inocência não admite “burla de etiquetas, que consiste em relegar para formas de processo não penal, subtraídas à influência daquelas garantias (pelo menos à sua influência mais forte) medidas de carácter punitivo (embora acessório) que cumprem finalidades de prevenção geral positiva próprias do sistema penal”.²⁹⁹ No entanto, entendemos que no caso de trâmite extrapenal, certamente incidiria outro tipo recursal, em especial em homenagem ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, entre outros. Também entendendo que o objetivo da perda alargada é a aplicação de uma reação penal JORGE GODINHO considera violada a presunção de inocência pela presunção de ilicitude do patrimônio incongruente.³⁰⁰

Em outra forma de ver o fenómeno a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente tem natureza de presunção civil,³⁰¹ sendo legal e relativa, baseando-se em probabilidade lógica

²⁹⁸MINAS, 2017, p. 37.

²⁹⁹SILVA DIAS, 2010, p. 40.

³⁰⁰GODINHO, 2003, p. 1318.

³⁰¹MONTE, 2023, p. 122. Este autor discorre que há o modelo civilista do confisco, se aproximando da *action im rem*. Cita SALINGER, 2020, p. 190, para quem tal modelo de confisco ocorreria no processo civil, onde é permitida a inversão do ônus da prova e admite presunções. “De fato, uma regulamentação civilística de confisco da propriedade afigura-se apropriada para produzir efeitos por meio de presunções, afrouxamento do padrão probatório, inversão do ônus da prova ou de novos órgãos confiscatórios. Ela evitaria também tensões criadas com a inserção de regras civilísticas no direito penal”, *ob. cit.*, p. 195). No Direito alemão também foi inserida a possibilidade de confisco de bens de propriedade desconhecida, por meio de um “procedimento orientado por regras civis de padrão e de divisão de ônus probatório” (§437 StPO n.R.), cujo requerimento do Ministério Público deverá ser fundamentado na discrepância entre o patrimônio do investigado e seus rendimentos lícitos. Não havendo presunção probatória, nem inversão, pois deverá ser demonstrados os fundamentos do pedido. O procedimento não é uma norma legal de presunção, importando apenas uma facilitação do processo probatório, cujo convencimento do juízo se dará ao considerar as alegações da acusação e da defesa. Não há inversão do ônus

e regras de experiência admitidas por questões de política, “que concatena fatos conhecidos (a base da presunção: alguém é condenado por crime que usualmente gera vantagem econômica; esse alguém tem patrimônio; parte ou todo o patrimônio desse alguém é incongruente com seu rendimento lícito) com um desconhecido (o patrimônio incongruente é vantagem de atividade criminosa), afirmando a concatenação como supostamente verdadeira sem a necessidade de evidência, mas ressaltando a viabilidade da infirmação mediante produção de prova em contrário. É, em suma, uma figura tipicamente civil”.³⁰²

Importante salientar que, em Portugal, a presunção de ilicitude de que tratamos tem aplicação limitada no tempo, pois não será todo o patrimônio do arguido que será alcançado, mas sim aquele adquirido nos 5 anos antes da constituição como arguido ou tenha sido adquirido com rendimentos obtidos neste período (letras “b” e “c”, inciso I, art. 9º, da Lei 5/2002). No Brasil não há esta limitação temporal da presunção de ilicitude, o que merece crítica. Tal limitação visa minimizar os efeitos da perda alargada, criar certa segurança jurídica, bem como dar certa proporcionalidade à medida, para não onerar excessivamente o sujeito passivo na desconstituição da presunção.³⁰³

A presunção³⁰⁴ de inocência é um pilar do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em um princípio fundamental do processo penal, que garante que o acusado seja tratado

da prova, “porque a norma pressupõe um pedido de confisco fundamentado de parte do ministério público e não exige dos atingidos uma completa prova em contrário, mas apenas um abalo na prova”, SALINGER, 2020, p. 211. Na mesma linha RODRIGUES, 2023, p. 52, RIOS & PUJOL, 2016, p. 37.

³⁰²BARIN, 2023, p. 444.

³⁰³SOUZA, 2016, p. 13.

³⁰⁴ Na compreensão do alcance do princípio da presunção de inocência é importante entender o sentido técnico do termo presunção. Para tanto, nos valem os ensinamentos de ALEXANDRA VILELA que consignou “a presunção em sentido técnico define-se como sendo o mecanismo através do qual, a partir de um fato conhecido, se aceita um outro, desconhecido, sem que haja necessidade de recorrer a qualquer meio de prova. Há, na presunção, um fundamento lógico que repousa na ideia de probabilidade racional de que venha a acontecer o facto presumido, uma vez verificado o facto real. Em síntese, a presunção em sentido técnico caracteriza-se por três elementos: o facto base, o facto presumido e a relação lógica-causal entre os dois factos, de tal forma que o segundo deriva do primeiro em virtude de uma carga máxima de experiência.” VILELA, 2000, p. 81. A presunção decorre de raciocínios decorrentes das experiências, baseado em suposições aparentes, que autorizam determinada conclusão lógica. “Decorrem de raciocínio lógico dedutivo de indícios e circunstâncias, para concluir com suporte em experiências próprias sobre fatos similares”. NOZARI, 2018, p. 48. Quanto as classificações das presunções podem ser legais (decorrem da lei) ou judiciais (regras de experiência), *juris tantum* (admite prova em contrário) ou *iure et de iure* (não admite prova em contrário) VILELA, 2000, p. 81. Concluindo que a inocência não é uma presunção técnica, pois a regra de experiência leva a conclusão fática da maior probabilidade da condenação, bem como não definição legal da relação causa e efeito. Assim a presunção pode ser considerada uma verdade interina ou ficção jurídica, mas sempre decorrente de conquista histórica da liberdade de uma sociedade livre, sendo um princípio de fundamental, *ob cit.* p. 88. Sobre a questão NEREU GIACOMOLLI traz a reflexão de que o ser humano nasce inocente e assim permanece até que seja declarada sua culpa, após um processo penal devido, MALTA, 2014, p. 81, com todas as garantias da dignidade humana. Assim, não se trataria de uma “presunção”, mas de um “estado” de inocência na perspectiva de essência do ser, com características indubitadas, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente”, GIACOMOLLI, 2016, p. 114.

como inocente até que sua culpa seja provada por meio de um processo legal. Trata-se do primeiro fundamento para regras de tratamento endoprocessuais e extraprocessuais.

Na sociedade contemporânea,³⁰⁵ por muitos definida como “sociedade do risco”³⁰⁶, tal princípio tem sido alvo de relativizações, como uma das consequências do aumento de ameaças cotidianas de diversas matizes, ambientais, tecnológicas, alimentares, criminais, entre outros. Estas ameaças diante das vulnerabilidades das estruturas sociais do Estado, conjugadas com a baixa capacidade gerencial de atores públicos, geram um incremento significativo do nível de risco, o que faz com que aumente a demanda da população por providências estatais para mitigá-los. Importante lembrar que tais ameaças são, por vezes, potencializadas por meios de comunicação, considerados o “quarto poder”, que, sob justificativa de informar, acabam alienando.³⁰⁷

Nesse contexto, tentando enfrentar os riscos que o poder financeiro de organizações criminosas transnacionais representam, a solução apresenta tem sido utilizar o Direito Penal como solução, pois há incapacidade governamental em encontrar alternativas estratégicas para gestão adequada dos riscos, cujos pressupostos técnicos informam que as medidas de mitigação dos mesmos devem obedecer a uma gradação na implementação, partindo da menos complexa para mais complexa, da que gere menos impacto para a que gere maior impacto na vida das pessoas, especialmente quando se trata de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Trata-se de juízo de razoabilidade na gestão de riscos em matéria de segurança.

Ao longo da história houve a preponderância do sistema processual acusatório³⁰⁸ até a Idade Média, onde o que prevaleceu foi o inquisitório. Estes dois modelos, somados ao sistema misto, decorriam de escolhas políticas de cada época, sendo que a grande diferença entre eles era a gestão da prova, cujos desdobramentos ao se reconhecer o princípio da presunção de inocência são vários, tanto de natureza endoprocessual quanto extraprocessual.

³⁰⁵ Embora a origem do princípio da presunção de inocência seja uma reação social, burguesa liberal na essência, contra inúmeros arbítrios, prisões ilegais, condenações injustas, entre outras formas de atentado contra a dignidade humana.

³⁰⁶ BECK, 2010.

³⁰⁷ WINFRIED HASSEMER ao refletir sobre o confronto da garantia de liberdades com ações do Estado pretensamente destinadas ao combate ao crime escreve: “A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta, mediante a restrição de liberdades, constitui uma conhecida tática de Política Criminal populista, que não traz respostas aos problemas diários das pessoas frente a criminalidade de massas”, HESSEMER, 1993, p. 65.

³⁰⁸ No sistema acusatório as características básicas são a separação das funções de acusar, defender e julgar, acusado sujeito de direitos na busca da verdade, com contraditório e ampla defesa, imparcialidade do juiz e devido processo legal. O sistema inquisitório se caracteriza pela concentração das funções acusar, defender e julgar na mesma pessoa, sendo o acusado objeto de processo, sem direitos. Trata-se da fusão entre o sistema acusatório e o inquisitório, denominado sistema francês por decorrer das intervenções napoleônicas surgindo o Código de Instrução Criminal Francês, cuja característica distintiva é a existência de duas fases, uma inquisitiva outra acusatória LIMA R. B., 2014, p. 47.

Podemos afirmar que a presunção de inocência é mais do que uma garantia processual, trata-se da manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana. Ela reflete a opção do Estado por tratar o indivíduo como inocente até que uma condenação definitiva seja alcançada, com base em um processo justo. Esse princípio implica que o ônus da prova recai integralmente sobre o Estado, sendo proibido impor ao acusado a obrigação de demonstrar sua inocência, cabendo ao Estado demonstrar a culpabilidade do réu para além de qualquer dúvida razoável.

No regime democrático, as escolhas pela maioria não podem aniquilar garantias das minorias, necessitando existir mecanismos de proteção contra o abuso de poder estatal.³⁰⁹ As liberdades e garantias fornecem o alicerce de proteção, considerando sempre que “a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa do Estado”³¹⁰. Dessa forma, embora a democracia majoritária se dirija a determinadas ações, a minoria vencida permanece protegida. O acusado, na condição de pessoa humana, deve ter seus direitos fundamentais assegurados, independentemente de regulamentação interna em casa país.³¹¹ A utilização massiva do Direito Penal na tentativa de gerir riscos sociais, com inflação legislativa penal, o princípio da presunção de inocência tende a ser fragilizada, o que demanda a preocupação da comunidade jurídica nacional e internacional.

Este princípio recentemente foi objeto de Diretiva no âmbito da União Europeia³¹², sendo de observância obrigatória por Portugal, que já previa em sua Constituição no art. 32, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Já no Brasil a previsão deste princípio está na Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso LVII, que assegura que nenhum indivíduo seja tratado como culpado antes de decisão judicial definitiva.

Importante resgatar pontos históricos da presunção de inocência para compreender que sua carga axiológica e ética dependerá de questões culturais e sociais a que estiver submetida. Se era praticada no Direito Romano³¹³, nas práticas inquisitórias da idade média fora afastada,

³⁰⁹MAYA & LORENZONI, 2022, p. 370. No mesmo sentido VALENTE M. M., 2022, p. 194.

³¹⁰MAYA & LORENZONI, 2022, p. 371.

³¹¹MARQUES L. A., 2022, p. 48.

³¹² O fortalecimento presunção de inocência passa pela necessária harmonização legislativa que no âmbito da União Europeia, resultou na Diretiva 2016/343, embora seja correto afirmar que muitos países democráticos já preveem “que o ônus da prova esteja sob o encargo da acusação, a partir de uma decorrência da presunção de inocência”, WEDY, 2022, p. 575. Verifica-se que a presunção de inocência também informará regras de tratamento do suspeito, imputado, acusado ou arguido. Esta harmonização buscada pela Diretiva citada é fundamental para o fortalecimento do espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, especialmente no que se refere ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais e na cooperação policial.

³¹³ No direito romano, por influência do cristianismo, na verificação da situação de uma pessoa acusada, incidia a máxima do *in dubio pro reo*, como regra referente à valoração da prova. A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei, após um julgamento justo, pelos pares (“nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos ‘disseisiatur’, banido ‘utlagetur’ ou exilado ou, de algum modo, prejudicado ‘destruatur’, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra ‘nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae’”), GIACOMOLLI, 2016, p. 111.

a insuficiência de prova serviria para condenação a uma pena leve. Ou seja, um grande corolário da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, era desconsiderado, “a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (purgativo da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório”.³¹⁴

Como consequência surge a discussão em certa parcela da doutrina quanto à presunção de ilicitude do patrimônio incongruente. Alega-se que atribuir a defesa a tarefa de desconstituir a presunção seria atribuir a defesa o ônus da prova o que violaria a presunção de inocência. Esta perspectiva teria fundamento naqueles ordenamentos jurídicos que preveem a natureza jurídica da perda alargada como de natureza penal, o que, como vimos, não é a posição adotada em Portugal, majoritariamente, e não é a tendência no Brasil.³¹⁵

A preocupação da UE em reforçar alguns aspectos do princípio da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento no processo penal, é decorrente de Resolução³¹⁶ do Conselho na União Europeia que estabeleceu um Roteiro³¹⁷ para reforçar as garantias dos acusados ou suspeitos em processos penais. Tal procedimento faz parte da estratégia de harmonização das legislações dos Estados Membros visando facilitar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais e a cooperação policial, conforme art. 82º do Tratado de Funcionamento da União Europeia-TFUE.³¹⁸

Assim, a Diretiva UE 2016/343³¹⁹ buscou harmonizar as legislações dos Estados-membros quanto ao alcance do princípio da presunção de inocência. Inicia afirmando que “a presunção de inocência e o direito a um processo equitativo estão consagrados nos artigos 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»), no artigo 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), no artigo 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e no

³¹⁴ *Idem*.

³¹⁵ Para MANUEL MINAS o fato de procedimento da perda alargada tramitar em paralelo com a ação principal, fere a presunção de inocência em sua vertente subjetiva, pois haverá presunções de origem ilícita de patrimônio (crimes), antes do trânsito em julgado, MINAS, 2017, p. 36.

³¹⁶ Resolução do Conselho, de 30 de novembro de 2009, sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais. Acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32009G1204%2801%29>;

³¹⁷ “O Conselho Europeu sublinhou o caráter não exaustivo do Roteiro, tendo convidado a Comissão a examinar outros aspetos dos direitos processuais mínimos dos suspeitos e arguidos e a determinar se deveriam ser abordadas outras questões, por exemplo, a presunção de inocência, a fim de promover uma melhor cooperação neste domínio”. UE U. E., Diretiva 343, 2016, p. 2)

³¹⁸ A harmonização das legislações é fundamental para reforçar a confiança que dever existir entre os Estados Membros em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos e sua material aplicação no processo penal, estabelecendo garantias mínimas a serem observadas. Neste aspecto “é interessante notar que alguns EM não consagraram o princípio da presunção da inocência nas suas leis internas (por exemplo, Alemanha e Bélgica), tendo assim que o derivar de outros princípios constitucionais ou do art. 6.º/2 da CEDH. Também de recordar que o princípio encontra consagração expressa no art. 48.º/1 da CDFUE, OLIVEIRA, 2019, p. 153”.

³¹⁹ UE U. E., Diretiva 343, 2016.

artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem”, como que reforçando a ideia de que tais garantias já se encontram amplamente consolidada no plano internacional.

Além da preocupação em relação aos efeitos extraprocessuais decorrentes do princípio da presunção de inocência, especificamente sobre referências em público às referências públicas à culpa do investigado ou arguido, bem como sua apresentação em público, vedando o uso indiscriminado de algemas, uniformes prisionais, a Diretiva 2016/343 também incide no efeitos nos efeitos endoprocessuais principais, especialmente relacionada quanto ao ônus da prova, ao direito ao silêncio e ao direito de não se autoincriminar.³²⁰

Ao investigar o processo legislativo que deu origem à Lei nº. 5/2002, JORGE GODINHO se posiciona no mesmo sentido do parecer de FARIA COSTA, para a Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, de 1998, no sentido de que haveria contradição ao princípio da presunção de inocência. Essa Comissão consultou países europeus sobre a questão e colhe a informação que “alguns países elaboram sistemas que prevêm facilidades de prova, graças à introdução de certas presunções, indo por vezes até à inversão do ônus da prova”. Constatou, assim, que a tendência aponta para a necessidade de se estabelecer clara distinção entre o procedimento que visa apurar a culpabilidade e o que visa apurar a origem ilícita de bens, sendo que no primeiro “deve persistir o respeito rigoroso da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*”. Finaliza seu pensamento deixando claro que são dois procedimentos de natureza e finalidades distintas, um *ad personam* e o outro *ad rem*.³²¹ O autor ressalta que os debates legislativos par aprovação da Lei nº. 05/2002, ocorreram poucos dias após o atentado de 09/11 de 2001, sem que se pormenorizasse muitas questões, o projeto foi aprovado sem qualquer alteração do texto inicial.³²²

No contexto da perda alargada, a presunção de inocência não é violada pela presunção legal, relativa, de que bens incongruentes têm origem criminosa, pois, além da possibilidade de

³²⁰ Visando avaliar o quanto foi materializado pelos Estados Membros nas transposições da Diretiva UE 2016/343 a Agência Europeia para Direitos Fundamentais fez um relatório avaliativo constatando que há necessidade de observar a não exposição do suspeito ou arguido nas mídias como culpado. Também foi constatada a dificuldade de apresentação de provas, bem como a inclinação da atuação policial com base em perfis predeterminados. Por fim, se verificou que é praxe da atividade policial avisar das consequências negativas de permanecer em silêncio, buscando informações ilegítimas. Estas questões servem de alerta para que os Estados tomem providências internas, capacitando e promovendo mecanismos de correção (FRA, 2021). No contexto da harmonização dos ordenamentos jurídicos dos EMs, importante salientar que fora estabelecido que não incidirá esta Diretiva nos processos administrativos e cíveis, incluindo processos administrativos que se destinem a impor sanções. Ainda, não se aplica a diretiva “as ações judiciais e as vias de recurso que só são possíveis quando essa decisão tiver transitado em julgado, incluindo as ações propostas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (UE, Diretiva UE 2016/343 de 9 março de 2016, 2016, p. 2, considerando 11, 12 e 13). Por derradeiro salienta-se que a Diretiva tem aplicação direta no ordenamento interno, caso não tenha sido transposta no prazo adequado, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça Europeu, OLIVEIRA, 2019, p. 147.

³²¹ GODINHO, 2003, p. 1336.

³²² *Idem*, p. 1338.

o arguido apresentar prova em contrário, não há imputação de fato criminoso, não há aferição de culpabilidade jurídico-penal.³²³ Um aspecto que milita contra este argumento é em relação a presunção de inocência no aspecto “regra de tratamento”, pois embora a presunção da ilicitude não atribua fato novo criminoso, o arguido pode vir a ser tratado como culpado, afetando a imparcialidade do julgador, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.³²⁴

No entanto, haverá proteção do sujeito passivo da presunção pela “exigência fundamentada e não arbitrária de um nexó lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve se assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada”.³²⁵ Assim, a previsão da presunção, relativa, da ilicitude do patrimônio incongruente na perda alargada faz com que se “o legislador modifica o objeto da prova”, autorizando a decretação da perda de tais bens, quando precedido de condenação por crimes graves. Nesse contexto probatório, o Ministério Público tem o ônus de provar o que alega, “o que não significa que o nível de exigência probatório seja o mesmo utilizado para justificar uma condenação”.³²⁶

Após a condenação criminal faz-se necessário, segundo MARCELO SOUZA, decidir sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação, tais como o confisco de bens, entendendo assim “ser inapropriado estender a presunção de inocência, com o *standard* de prova que lhe é peculiar, para além do juízo de responsabilidade criminal, no que toca a questões tais como a fixação da pena e o confisco de bens”. Desse modo, a presunção de ilicitude, decorrente da condenação criminal e a existência de patrimônio incongruente, transfere à defesa a incumbência de demonstrar a origem lícita de seus bens.

Há exigência, por óbvio, de que a acusação demonstre os pressupostos base da presunção, bastando “que os elementos informativos colhidos na persecução penal - sejam eles “provas” indiretas, indiciárias, circunstanciais ou presunções” indiquem que, presumidamente o patrimônio do acusado tem origem ilícita. Ressalta MARCELO SOUZA que, “assim como o *standard* de prova exigido para que se considere presumivelmente ilícita parcela do patrimônio

³²³ ERICO BARIN ao analisar os fundamentos das decisões do TEDH e do Tribunal Constitucional português verifica que se posicionam “no sentido de que a perda alargada não é uma sanção penal”, e consequentemente não ferem o princípio da presunção de inocência e da culpa. Especialmente pelo fato de não haver aferição de culpa no confisco alargado BARIN, 2023, p. 531.

³²⁴ MINAS, 2017, p. 37.

³²⁵ BARIN, 2023, p. 284.

³²⁶ CUNHA V. S., 2021, p. 809. Neste sentido CLÁUDIO SOUZA diz que “O princípio da presunção de inocência, a nosso ver, aplica-se no âmbito do confisco alargado, dada a natureza jurídica punitiva e materialmente penal do referido instituto. Assim, deve o Ministério Público demonstrar o nexó ou liame entre o crime pelo qual o agente foi condenado e a atividade criminosa anterior, através de um balanço de probabilidades, e não uma total inversão do ônus da prova. A partir daí, cabe ao arguido afastar a presunção, a qual não é absoluta, pelos meios probatórios disponíveis, cumprindo ao juiz valorar a prova trazida aos autos, em conformidade com as regras da experiência e a persuasão racional ou livre convencimento motivado”, SOUZA, 2016, p. 20.

do condenado é reduzido para a acusação, também não se exige do arguido prova cabal, mas plausibilidade argumentativa”, afirmando que tanto a Constituição portuguesa como a brasileira permitem concluir que a presunção de inocência está ligada ao juízo de responsabilidade criminal, o que leva parte da doutrina, por entenderem de forma diversa o alcance desse princípio, a não considerarem “a aplicação da perda alargada não fere a presunção de inocência”.³²⁷

Ao avaliar a perda alargada frente ao princípio da presunção de inocência, PEDRO CAEIRO é categórico ao se posicionar que “não se trata de imputação de crimes: trata-se da determinação e confisco de um patrimônio com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador *quis* restringir às vantagens de provenientes de actividade criminosa, não violando a presunção de inocência”.³²⁸

A compatibilização entre a presunção de inocência e a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente passa pela adoção de critérios estritos de proporcionalidade e razoabilidade. O regime da perda alargada é legitimado com base na natureza relativa da presunção, na ampla liberdade de prova ao sujeito passivo da perda alargada, na condenação criminal prévia, e, em especial, nas garantias do devido processo legal e da ampla defesa.³²⁹

A relação entre as duas presunções - de inocência e de ilicitude – configura um dilema central do direito penal contemporâneo: a busca por eficiência no combate ao crime organizado

³²⁷SOUZA, 2016, p. 18. Ainda MARCELO SOUZA lembra que na CEDH limita a presunção de inocência e o seu *standard* de prova ao juízo de culpabilidade, autorizando que outros parâmetros probatórios sejam utilizados para decidir questões não afetas a culpabilidade. Afirma o autor que no caso “Phillips vs. United Kingdom, de 5-7-2001”, a corte relativizou a presunção de inocência, “uma vez que presunções de fato ou de direito operam em todo sistema de Direito criminal e não são proibidos, em princípio, pela Convenção, desde que os Estados permaneçam dentro de certos limites, levando em consideração a importância do que estiver em questão e mantendo os direitos da defesa”, decidindo que a perda alargada é compatível com a presunção de inocência, pois não se trata de nova acusação SOUZA, 2016, p. 18. Continua o autor mencionando na Alemanha, a partir de 1995, a solução dada foi a de flexibilizar a presunção de inocência em conformidade com o princípio da proporcionalidade, “tendo em consideração a necessidade de dispor de um instrumento de luta contra a criminalidade organizada”, minimizando as exigências probatórias, concluindo que “não há violação ao princípio do *in dubio pro reo* ao se adotar uma presunção para decretar o confisco de bens do arguido, uma vez que o *standard* probatório em tal procedimento é reduzido”, SOUZA, 2016, p. 20.

³²⁸CAEIRO, 2011, p. 320.

³²⁹JÚLIA GONÇALVES entende que o fato de o confisco alargado não estar vinculado a uma nova acusação, nem demonstração de comportamento criminoso, a presunção da ilicitude do patrimônio incongruente não gera “nova entrada no registo criminal do acusado ou qualquer nova acusação por tráfico de droga (no caso), não cabe lugar a presunção da inocência”, GONÇALVES, 2018, p. 53. A autora cita o caso *Van Offeren v. Netherland*, cujo conteúdo no sleva a concluir que a acusação deve demonstrar que o o condenado se beneficiou da prática criminosa objeto do processo ou de outras da mesma natureza, cabendo à defesa demonstrar que os valores em questão não tem origem relacionada aos delitos, declarando que [...] *the Court notes that, in a confiscation order procedure, the prosecution must establish a prima facie case that the convicted person has benefited from crime, i.e. from the offence(s) of which he has been found guilty and/or other offences of a similar nature. It is then for the convicted person to rebut the prosecution's case by proving, on the balance of probabilities, that the benefits in question were not obtained through such offences but have another origin not related to the offence(s) of which he was convicted or to any offence of a similar nature*”.

transnacional sem comprometer as bases do Estado de Direito. Em Portugal, o regime da perda alargada representa um esforço legítimo de enfrentamento ao crime organizado transnacional, mas sua aplicação requer vigilância constante para que não se desvirtue a presunção de inocência, pilar da justiça penal. A interpretação equilibrada e proporcional desses regimes é o caminho para preservar tanto os direitos fundamentais quanto a efetividade na repressão a práticas criminosas de alta complexidade.

Entendendo que há equívoco dogmático-processual em relacionar automaticamente a existência de presunções com a necessária inversão do ônus da prova, VITOR SOUZA CUNHA afirma, com suporte no TEDH no Caso Sun c. Rússia de 2009, que as presunções de fato e de direito precisam estar lastreadas em “provas suficientes do fato base, produzidas pelo Ministério Público. Diante da ausência dessas provas o Tribunal considerou violados direitos fundamentais do cidadão. Assim, percebe-se que não há necessária inversão do ônus da prova pela utilização das presunções na perda alargada, pois os requisitos e pressupostos precisam ser demonstrados.”³³⁰ Esse autor cita RAKITOVAN que diz “não se deve concluir que no confisco alargado há uma atribuição do ônus probatório para a defesa quando uma mera alegação de proveniência de ilicitude dos bens é feita”. Isso porque, se a acusação não demonstrar suficientemente os pressupostos fáticos do confisco alargado, a defesa nada precisa fazer. A novidade seria a diminuição do “*standard* probatório para a demonstração do fato base, sem impedir que os acusados produzissem provas para afastar a conclusão”.³³¹

³³⁰CUNHA V. S., 2021, p. 805. VITOR CUNHA em nota 51 assim consignou: “Também na doutrina brasileira, Badaró e Bottini ponderam que o art. 4.º da Lei 9.613/1998 fez com que vozes doutrinárias se levantassem na defesa de que teria havido inversão do ônus da prova. Os doutrinadores explicam que o referido dispositivo legal prevê, não uma regra de redistribuição do encargo probatório, mas um nível de exigência probatório menor para a decretação da medida cautelar. (Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019). *ob. cit.* p. 806.

³³¹CUNHA V. S., 2021, p. 806. Ainda VITOR CUNHA “o confisco alargado utiliza um *standard* probatório menos exigente para reverter a presunção de licitude da titularidade da propriedade. Como se utiliza uma presunção de ilicitude para afastar a presunção de regularidade do domínio dos bens, é necessário que o a prova da discrepância patrimonial seja baseada em evidências suficientes e que devem ser analisadas objetivamente, não se admitindo uma valoração probatória arbitrária”. Ainda o autor reconhecendo a inexistência de previsão legal, com suporte nos “requisitos políticos e metodológicos para a elaboração de *standards*, com fundamento em interpretação sistemática do ordenamento, e com o auxílio da análise da experiência comparada, que o *standard* probatório exigido no confisco alargado deve ser menor do que o necessário para a condenação pelo crime. Realmente, como a consequência do confisco alargado é a perda de patrimônio, e não o cerceamento da liberdade, não faz sentido defender que o *standard* probatório utilizado seja diferente daquele exigido para casos civis correlatos. Vale acrescentar que determinados processos civis lidam com interesses existenciais mais relevantes do que a mera discussão patrimonial. É o exemplo das ações civis de investigação de paternidade ou das ações civis públicas nas quais se discutem danos ambientais de grande monta. Não se mostra coerente e justificável que o nível de exigência probatória para a decretação do confisco alargado seja superior ao dos casos mencionados. Não se deve olvidar que um dos fundamentos políticos para a definição do *standard* probatório é a gravidade das consequências a serem suportadas no caso de erros ... O TEDH também possui firme entendimento de que é legítimo o rebaixamento do *standard* probatório para fins de demonstração do descompasso patrimonial necessário ao confisco alargado. No Caso Balsamo c. San Marino, julgado em 2020, a Corte reafirmou sua jurisprudência e entendeu que é legítimo o

Diferente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Tribunal Constitucional Português, já havia, em 2015,³³² enfrentado a constitucionalidade presunção legal estabelecida nos artigos 7º e 9º da Lei nº 5/2002 e concluído que esta não viola princípio da presunção de inocência. No mesmo sentido o TEDH³³³ entende que a existência da presunção legal da origem criminosa não ofende o art. 6º, nº 1 da CEDH, em razão da possibilidade de elisão da presunção.³³⁴ Este entendimento ganha mais força em terras lusitanas ao se considerar que o art. 9º, da Lei 5/2002, permite ao juiz considerar todo o conjunto probatório do processo principal.³³⁵

No âmbito português, no recurso que deu origem ao Acórdão 476/2015, na lição de ERICO BARIN, resumidamente se argumentou perante a Corte Constitucional que havia mácula a presunção de inocência, diante da presunção de pressupostos e da distribuição do ônus da prova, não respeitando o direito ao silêncio, de maneira a violar o art. 32º da Constituição Portuguesa, em especial por os bens terem sido adquiridos presumidamente com origens ilícitas anteriormente a condenação. O Tribunal enfrentou as questões valendo-se dos argumentos já expressados nos Acórdãos 101 e 392, ambos de 2015, considerando que a presunção legal da ilicitude do patrimônio incongruente não tem a finalidade de imputar a prática criminosa e respectiva sanção, mas tão somente privar de um patrimônio “restaurando a ordem patrimonial segundo o direito”.³³⁶ Isso decorre da posição, tanto do TEDH, em especial após a decisão no

uso do standard probatório civil (*preponderance of the evidence*) para decretação do confisco alargado”, *ob. cit.* p. 807-808.

³³² Acórdãos 101, 392 e 476, todos do ano de 2015.

³³³ Pontualmente no caso *Welth x Reino Unido* o TEDH entendeu pela não possibilidade de retroatividade da *confiscation order* atribuído ao caso específico a natureza penal da medida, mas em seguida no caso *PHILIPS x REINO UNIDO*, mudou e firmou o entendimento de que não se trata de medida penal.

³³⁴ (FRA, s.d.) Artigo 6 – Direito a um julgamento justo. 1- Na determinação de seus direitos e obrigações civis ou de qualquer acusação criminal contra ele, todos têm direito a uma audiência justa e pública dentro de um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei. O julgamento será pronunciado publicamente, mas a imprensa e o público podem ser excluídos de todo ou parte do julgamento no interesse da moral, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, onde os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes assim o exigirem, ou na medida estritamente necessária na opinião do tribunal em circunstâncias especiais onde a publicidade prejudicaria os interesses da justiça. 2- Toda pessoa acusada de um delito será presumida inocente até que a sua culpabilidade seja legalmente provada. 3- Toda pessoa acusada de um crime tem os seguintes direitos mínimos: a) ser informado prontamente, numa língua que compreenda e em pormenor, da natureza e da causa da acusação contra si; b) dispor de tempo e instalações adequadas para a preparação da sua defesa; c) defender-se pessoalmente ou por intermédio de advogado de sua escolha ou, se não tiver meios para pagar a assistência jurídica, que a receba gratuitamente quando os interesses da justiça o exigirem; d) interrogar ou fazer interrogar testemunhas de acusação e obter a comparência e o interrogatório de testemunhas em seu nome nas mesmas condições das testemunhas de acusação; e) ter a assistência gratuita de um intérprete caso não consiga entender ou falar o idioma usado no tribunal.

³³⁵ BARIN, 2023, p. 540.

³³⁶ *Ob. cit.*, p. 286). Ainda na lição de ERICO BARIN o Acórdão esclareceu a diferença da presunção existente na Lei nº 5/2002 e as presunções existentes nas leis que previam os crimes de enriquecimento ilícito e injustificado, objetos dos Acórdãos 179/12 e 377/15, pois nestes a presunção não elidida tinha a consequência de imputação criminal, sendo por isso declarada inconstitucional. Diferente do que ocorre na presunção da incongruência patrimonial do confisco alargado que não tem juízo de censura penal. Salienta o autor que fora da finalidade de

caso Phillips v. Reino Unido, quanto do Tribunal Constitucional português no sentido de “não atribuir à perda alargada a natureza jurídica de pena”.³³⁷

Analisando o posicionamento do TEDH, ISIDORO CORDERO BLANCO afirma que já houve diversos pronunciamentos no sentido da compatibilidade da perda alargada com a CEDH - Convenção Europeia de Direitos Humanos - geralmente em face do art. 6, número 2, cujo conteúdo prevê a presunção de inocência até à condenação. Importante citar que o confisco antimáfia italiana, por se tratar de uma medida preventiva e não uma sanção penal, afasta a incidência direta da presunção de inocência, justamente por não envolver juízo de culpabilidade e imputabilidade, admitindo-se, portanto, a presunção de origem ilícita sem afastar as garantias de defesa.³³⁸

Antes da linha jurisprudencial segura, o TEDH, no Caso *Welch v. the United Kingdom* (1986), ao analisar a modalidade de perda de bens então denominada *confiscation order*, entendeu que possuía características de pena, não podendo, portanto, retroagir.³³⁹ Já no caso *Phillips v. United Kingdom*, o TEDH alterou seu entendimento, considerando que a ordem de

prevenção, a perda alargada da Lei 5/2002, diferentemente do que ocorre na estrutura jurídica dos crimes de enriquecimento ilícito e enriquecimento injustificado, “transita ao largo de qualquer nova incriminação, de algum juízo de culpa... ou da transferência do ônus da prova ...”.

³³⁷BARIN, 2023, p. 435. “Aparentemente respaldando a escolha do legislador português por um “remédio forte”, o Tribunal Constitucional invocou a lição de que “as presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte”; presunções que exigem “um nexó lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada”. Vincando a lição aos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o Tribunal Constitucional asseverou que essas normas respeitam aquelas exigências, tendo o legislador, inclusive, inserido um marco temporal à possível incidência da perda de bens, brecha que se presta como alternativa à prova, pelo arguido, da licitude de rendimentos obtidos em período muito anterior ao do processo.

³³⁸BLANCO CORDERO, 2008, p. 76. Salienta o autor que houve posicionamento isolado no caso *Welch*, onde o TEDH se manifestou pela natureza penal da perda alargada. Mas, hoje em dia, “são unânimes” os posicionamentos que não se reveste de natureza penal. Ob. Cit. p. 92. ERICO BARIN diz que “tal panorama parece ter começado a consolidar-se com a jurisprudência formada a partir da decisão do Acórdão *Salabiaku versus France*, de 7 de outubro de 1988⁷³³, dando guarida à utilização de presunção em matéria de Direito Penal. Na verdade, o TEDH, na aludida decisão, não inovou, tampouco flexibilizou a exigência de acato à CEDH pelos sistemas penais da União Europeia, mas apenas reconheceu que presunções de fato ou de direito existem e são aplicadas em cada um dos sistemas legais – o que, claramente, a CEDH não veda; contudo, desde que as presunções mantenham-se dentro de certos e razoáveis limites e respeitem as garantias criminais aos acusados – “*it requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defense*” (BARIN, 2023, p. 245). Neste caso concreto o TEDH decidiu de forma unânime que o ilícito típico do art. 392, §1º, do Customs Code francês, “concretiza-se com o mero ato objetivo de portar mercadoria proibida ao passar pela alfândega, sem a necessidade de demonstração de dolo ou culpa do agente, sendo tal modelo de incriminação, com a utilização de presunção em favor da acusação, algo comum no sistema penal de vários países, não violando o princípio da presunção de inocência”. Ob. cit. Acórdão disponível em https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/03/SALABIAKU-v-FRANCE-ECHR- Judgment- _English_.pdf.

³³⁹BARIN, 2023, pp. 255-258.

confisco não constitui nova acusação penal, não violando a presunção de inocência, uma vez que o agente já havia sido condenado.³⁴⁰

Ao verificarmos a tendência tanto no âmbito das organizações internacionais, tribunais internacionais, tribunais constitucionais e doutrina, no sentido de entender a perda alargada como instituto não penal, que tramita enxertado em processo penal, sem que haja juízo de censura ético-penal de culpabilidade, não há risco de violar a presunção de inocência, cujo conteúdo lógico-jurídico é de proteção contra imputação criminal.

Este conjunto argumentativo vai ao encontro do entendimento, amplamente abordado neste estudo, consignado por ERICO BARIN, no sentido de que o juízo de culpa é discutido somente no processo penal e, consequentemente, a perda ampliada “não fere a presunção de inocência”, pois a condenação já a afastou. “Absolutamente nada é alterado quanto à garantia constitucional pela tramitação do procedimento em que o Estado pretende a geração de efeitos de confisco ampliado. A perda alargada não atinge o *nemo tenetur se detegere*”.³⁴¹

Pelo fato da perda alargada tratar-se de medida administrativa *sui generis*, não deveria necessariamente estar inserida no processo penal. Por não possuir natureza jurídica de pena, efeito de pena ou consequência acessória da condenação criminal, tampouco de sanção, não há risco de os princípios da presunção de inocência e da culpa, bem como à garantia do *nemo tenetur se detegere*, sendo possível defender a tramitação em processo autônomo.³⁴²

Complementando a argumentação, conforme destacado na fundamentação do Acórdão n.º 392/2015, do Tribunal Constitucional português, a presunção legal não impõe ônus excessivo para o condenado, pois a elisão da presunção é efetuada pela demonstração de fatos de seu conhecimento”.³⁴³

³⁴⁰*Ob. cit.*, p. 261. Continua o autor afirmando que o TEDH ressaltou que o princípio da presunção de inocência não colide com “a outra presunção, qual seja, de que o apurado patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos de condenado por determinado crime é proveniente de origem ilícita”, bem como que a carga probatória para a acusação não é absoluta, pois as presunções não são proibidas, “desde que os Estados respeitem determinados limites, levando sempre em conta a natureza da matéria em julgamento e os direitos de defesa”. Aqui, o TEDH, mais do que assentar não vedado pela CEDH o uso de presunções em âmbito criminal, tornou claro que a presunção de que se valeu a corte britânica (e que guarda similitude, em essência, com a do artigo 7º, nº 1, da Lei nº 5/2002) não teve espaço no julgamento da culpa de Phillips, incidindo ao depois, quando da investigação patrimonial que deu ensejo a *confiscation order* (em paralelo ao que ocorre com a liquidação do artigo 8.º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que se presta como o instrumento para a geração de efeitos da perda alargada portuguesa)” *Ob. cit.* p. 262.

³⁴²BARIN, 2023, p. 576. No mesmo sentido BLANCO CORDERO, 2008, p. 105.

³⁴³BARIN, 2023, p. 589. O mesmo autor consigna que o Tribunal Constitucional concluiu que “a presunção legal dos artigos 7º e 9º, nº 1, 2 e 3, da Lei nº 5/2002, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal”, tendo a Corte no Acórdão nº 476/2015 extrapolado a análise da constitucionalidade da perda alargada, dispondo que “o legislador não podia ser indiferente à evidência de que o nexo causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes

Discorrendo sobre a discussão da perda alargada em Portugal, ERICO BARIN conclui que a estratégia de enfrentamento ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro deu origem ao foco financeiro, fortalecendo os mecanismos de recuperação de ativos. Em especial, a inversão do ônus da prova na perda alargada foi prevista na Proposta de Lei nº 94/VIII, bem como na Resolução do Conselho de Ministros no 46/99,³⁴⁴ que no “item 89, intitulado a questão da inversão do ônus da prova”, refletiu as conclusões da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga”, que consignou a necessidade de atribuir aos investigados a incumbência de demonstrar a origem de seus bens, diante da dificuldade probatória. Importante consignar que foi advertido que isso deveria ocorrer “sempre sem prejuízo dos princípios constitucionais vigentes nos diversos Estados signatários dessas convenções”.

A presunção aplicada na perda alargada se diferencia daquela utilizada na aferição do enriquecimento ilícito,³⁴⁵ pois “não se presta ao reconhecimento da culpa do arguido ou, mesmo, à assunção por ele do cometimento de outros crimes, mas tão somente ao cálculo do *quantum* a ser confiscado”, bem como tem fundamento em condenação prévia e na existência de patrimônio inexplicável.³⁴⁶ Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS entende que esta presunção “não é a de que ele é culpado da prática do crime que é objeto do processo ou da prática de outros crimes difíceis de provar (isso sim, seria uma presunção de culpa)”, tratando-se somente de que o patrimônio incongruente é ilícito”.³⁴⁷

O Tribunal Constitucional português assentou que o fato da liquidação da perda alargada estar inserida no processo penal não a faz adquirir a natureza deste, pois “a liquidação não se funda num concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes”. A base está numa situação patrimonial incongruente, que por força de condenação em algum crime do catálogo, faz nascer a presunção da origem ilícita, sendo dever do Estado “impedir a

dificuldades de prova, o que é generalizadamente reconhecido”, cuja previsão da presunção legal “não resulta num ônus excessivo para o condenado”, uma vez que os fatos a serem esclarecidos na imputação patrimonial são de conhecimento pessoal do sujeito passivo, estando em “melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. *Ob. cit.* p. 288. No mesmo sentido no âmbito brasileiro, por sua natureza civil, considera inaplicável os princípios da transcendência da pena, da culpabilidade e da presunção de inocência, MELO, 2021, p. 31.

³⁴⁴ Resolução do Conselho de Ministros no 46/99, publicada no Diário da República n.º 122/1999, de 26 de maio de 1999, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/46-1999-316939>, consultado em 21/12/2024.

³⁴⁵SILVA DIAS, 2010, p. 40.

³⁴⁶BARIN, 2023, p. 442. ERICO BARIN arremata dizendo que “mesmo que o espectro da presunção que chancela a perda alargada seja sensivelmente menor daquela que ampara os crimes de enriquecimento ilícito ou injustificado, não se há como negar que dela resulta modalidade de inversão do ônus da prova. A própria legislação portuguesa discorre a respeito no artigo 350º, nº 1, do Código Civil, ao estabelecer que “quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”. *Ob. cit.* p. 443.

³⁴⁷SILVA DIAS, 2010, p. 41.

manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos”, buscando a concretude do brocardo base do enfrentamento financeiro do crime organizado. ERICO BARIN afirma que o Tribunal Constitucional “reiterou a sinalização da natureza jurídica da perda alargada” como medida que busca a verificação patrimonial incongruente e não um juízo ético jurídico sancionatório, tendo como um dos pressupostos a condenação pela prática de algum crime do catálogo, “não se aplicando, conseqüentemente, as normas constitucionais de presunção de inocência e do direito ao silêncio”. “a comprovação da origem lícita não se confunde com a autoincriminação”, pelo contrário, o condenado irá demonstrar a licitude da origem patrimonial.³⁴⁸

O Tribunal Constitucional Português esclareceu, nas palavras de ERICO BARIN, que a necessidade de demonstração pelo arguido da origem lícita do seu patrimônio não fere a presunção de inocência, pois foi garantida no processo crime onde se apurou a culpabilidade, tratando-se aqui apenas de efeitos patrimoniais. Também não fere o direito ao silêncio, “pois a ação tendente à justificação do patrimônio incongruente não enseja autoincriminação atinente ao ilícito típico imputado ao arguido no processo penal, que mantém íntegra sua estrutura acusatória”, bem como no processo de liquidação poderá utilizar todas as provas admitidas para exercer o contraditório e ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, assim o “Tribunal Constitucional julgou que a presunção legal estabelecida nos artigos 7º e 9º, nº 1, 2 e 3, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal”.³⁴⁹

Aquele Tribunal conclui que a perda alargada da lei 5/2002³⁵⁰ é “medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, constituindo-se “procedimento não penal enxertado num processo penal”, não incidindo a presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido³⁵¹, e após extensa fundamentação evidenciou “o rumo unívoco de variados instrumentos normativos de direito internacional e da

³⁴⁸BARIN, 2023, p. 287.

³⁴⁹BARIN, 2023, p. 283.

³⁵⁰CLÁUDIO SOUZA, critica o fato da Lei portuguesa prever o trâmite paralelo entre o processo criminal e o processo de perda, mas ressalta, em tom de elogio, que a Lei 5/2002 seguiu a tendência de separar o processo tendente ao confisco de bens daquele relativo à aferição da culpa do agente, uma vez que, neste último, por ainda inexistir juízo de culpabilidade e quebra de presunção de inocência, exige-se de maneira mais reforçada e evidente a observância dos princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa”, SOUZA, 2016, p. 12.

³⁵¹BARIN, 2023, p. 282. ERICO BARIN salienta que o Tribunal Constitucional ao referir sobre a constitucionalidade da perda alargada, salientou a similaridade com a confisco clássico e que a Lei nº5/2002 somente flexibilizou a prova da relação entre a vantagem e o crime, em homenagem às estratégias de enfrentamento ao crime organizado, mantendo a necessidade de demonstração dos requisitos dos art. 7º e 9º da referida Lei, ressaltando que o Tribunal Constitucional “reconhecendo a pertinência da moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos, nela assentou base de fundamento à sequência do apreço da consonância ou não com o texto da Constituição da República Portuguesa. Tivesse por infundada ou equivocada comentada política criminal, quiçá fulminaria *ab initio* a viabilidade da aplicação da perda alargada em Portugal” *Ob. cit.* 271.

União Europeia no sentido da flexibilização das regras afeitas ao ônus da prova em processo penal, ou, mesmo, da permissão de sua inversão, mas apenas no que tange à procedência dos bens ou patrimônio de pessoa condenada por crimes específicos, vinculados à criminalidade organizada”.³⁵²

Ainda, a Corte debruçou-se sobre uma análise comparativa com os ordenamentos jurídicos que adotaram a presunção da ilicitude do patrimônio incongruente que resulta “na inversão do ônus da prova, tornando o condenado detentor da carga probatória (dentro de pressupostos rígidos e com escapes, como, p. ex., a limitação temporal) quanto à origem lícita do patrimônio ou de bens”, como o ordenamento Espanhol, Italiano, Alemão e Reino Unido, cujos ordenamentos preveem a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, pretendendo o Tribunal Constitucional português, desta forma, “a clarificação do uso disseminado de presunções nas ferramentas legais de confisco ampliado engendradas na seara anticriminalidade organizada com fim de lucro”.³⁵³

No entendimento que a perda alargada pode se constituir em providência arbitrária ou desproporcional, tanto a Diretiva 2014/42/UE, quanto a recente Diretiva 2024/1260/UE, previram proteções aos sujeitos passivos, para possam usufruir de julgamentos equitativos e dispor de vias recursais adequadas à defesa de seus direitos. Percebe-se assim a necessária preocupação para que o Estado busque o equilíbrio entre a adequada política criminal e a ordem democrática constitucional consubstanciada pelas garantias fundamentais do cidadão.

Entre tais proteções, resumidamente, podem ser citadas: (i) fundamentação e comunicação de todas as decisões; (ii) provisoriedade do congelamento; (iii) Efetiva impugnação recursal; (iv) Assistência de advogado. Por fim, ressalta-se que a pessoa sujeita à perda alargada “deve ter a possibilidade de contestar as circunstâncias do caso, nomeadamente os fatos concretos e as provas disponíveis com base nos quais os bens em causa são considerados provenientes de comportamento criminoso.

Como decorrência lógica da presunção de inocência, o direito ao silêncio também causa desconforto na doutrina, tendo em vista que o sujeito passivo da perda alargada é instigado a se manifestar no procedimento de perda a fim de elidir a presunção de ilicitude. Importante lembrar que o direito ao silêncio é um dos efeitos endoprocessuais do princípio da presunção de inocência, referendado pela Diretiva UE 2016/343.

Esse direito está relacionado com o princípio *nemo tenetur se detegere*, que impede que o Estado force o acusado a colaborar ativamente na produção de provas que o incriminem. No

³⁵² BARIN, 2023, p. 275.

³⁵³ *Ob. cit.*, pp. 275-278).

âmbito da perda alargada, a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente pode induzir à conclusão de que tal direito estaria sendo maculado, na medida em que atribui ao acusado o ônus de desconstituir a presunção de ilicitude constituída pelos meios de prova apresentada pelo Ministério Público.

Ocorre que esta indução não se sustenta quando se analisa algumas questões, entre elas o fato de não estar obrigado a se pronunciar, há somente uma faculdade, podendo o Magistrado, diante das provas apresentadas, tanto no processo principal, quanto no incidente de perda, poderá acatar ou não alegação Ministerial. Ademais, o fato de o arguido demonstrar a licitude de seu patrimônio, não implica, necessariamente, produção de prova contra si. Por fim, ressaltasse novamente que não se trata de juízo acusatório, inexistindo juízo ético-moral de culpabilidade, mas tão somente a demonstração da legitimidade patrimonial, afastando a presunção *iuris tantum* da ilicitude, uma vez que a presunção recai sobre a origem dos bens e não sobre a culpa do arguido. O arguido tem a oportunidade de apresentar provas que demonstrem a origem lícita do patrimônio, mas não é obrigado a fazê-lo.

Outra questão que causa certa divergência doutrinária é quanto ao ônus do sujeito passivo da perda alargada de demonstrar a licitude de seu patrimônio, bem como para a acusação quanto aos fatos base da presunção de ilicitude. No processo penal, o ônus da prova sobre a culpabilidade recai sobre a acusação, que deve provar a culpa do réu. No entanto, as presunções legais podem alterar essa dinâmica, transferindo para o arguido o ônus de provar a inexistência do fato presumido. No caso da perda alargada, a presunção legal de que bens incongruentes têm origem criminosa pode ser interpretada como inversão do ônus da prova, obrigando o arguido a demonstrar a origem lícita de seus bens.³⁵⁴

Contudo, essa eventual inversão do ônus da prova não é pacífica, podendo ser compreendida como o ônus de desconstituir o que o Ministério Público apresentou de provas para constituir o fato base da presunção. Dito de outra forma, o Ministério deve apresentar provas idôneas e suficientes para demonstrar o fato base que leva à aplicação da presunção.

³⁵⁴ Interessante observar que na *common law* a presunção de inocência não está ligada à liberdade do indivíduo, mas sim à distribuição do ônus da prova, GIACOMOLLI, 2020, p. 10. JORGE GODINHO sobre a questão diz “em processo penal, se a acusação ou a defesa não carregarem para o processo o material probatório que sustenta a respectiva tese alegada em juízo, tal não acarreta necessariamente a sucumbência da respectiva posição, já que o tribunal tem o poder de desenvolver actividade probatória com vista a esclarecer a verdade material. Não se verifica em processo penal uma situação em que o não cumprimento do suposto ônus de provar um facto acarretaria em princípio a consequência de que o tribunal fundaria a sua decisão, sem mais, no facto contrário”. Esta perspectiva se alinha ao pensamento de FIGUEREDO DIAS havia apresentado em 1981, o processo penal tem interesses públicos superiores em questão, que ultrapassam a actividade probatória das partes, tornando este “ônus” de provar suas alegações até certa forma relativa, pois o magistrado pode demandar diligência na busca da verdade material. Na visão do autor o fato de se estabelecer uma presunção da ilicitude da origem de determinados bens pela Lei 5/2002, atribuindo “ao arguido o ônus da prova do contrário”, GODINHO, 2003, p. 1317.

Como consequência, cabe ao sujeito passivo demonstrar a licitude de seus bens, não em processo de inversão, mas sim no exercício de provar as suas alegações, quais sejam, licitude patrimonial.³⁵⁵ Na visão de JORGE GODINHO, o regime de presunção da Lei 5/2002 modificou o “regime de provas, criando um atalho processual-probatório para o confisco”, pois há suspeita de cometimento de outros crimes, de onde se origina o patrimônio incongruente, sem a necessidade de sua demonstração integral.³⁵⁶

Em relação ao ônus probatório, percebe-se que recai a acusação a produção de todos os elementos de prova necessários para poder surgir a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, não restando provada tais pressupostos, não haverá presunção, nem perda alargada. No entanto, uma vez demonstrado pelo Ministério Público, nasce a presunção que impõe ao acusado/condenado/arguido a incumbência de realizar a prova dos fatos desconstitutivos da presunção. Pode-se, assim, sustentar que não há propriamente inversão do ônus da prova, mas uma redistribuição conforme o fato a ser demonstrado. No entanto, a posição majoritária é que existe a inversão do ônus da prova, admitida diante da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, que é totalmente legítima diante da ausência de caráter penal desta presunção.

Seja qual for o entendimento, é claro que se faz necessário repensar a forma clássica de enfrentamento dos benefícios econômicos das organizações criminosas, especialmente ante a complexidade das operações econômicas e financeiras dessas estruturas criminais, buscando o equilíbrio entre a efetividade daquele enfrentamento e a garantia de direitos fundamentais em especial a ampla defesa e presunção de inocência.³⁵⁷

Neste sentido JÚLIA GONÇALVES aponta a distinção quanto a presunção de ilicitude na perda alargada, podendo ser uma verdadeira inversão do ônus da prova, “presumindo-se ter proveniência ilícita o patrimônio da pessoa condenada por algum (uns) dos crimes ligados à criminalidade organizada”, ou pode ser decorrente de provas apresentadas no Tribunal pela acusação para “demonstrar a pertinência dos pressupostos sob o qual se formará a presunção, seja, por exemplo, a demonstração da incongruência entre os rendimentos legalmente obtidos

³⁵⁵ Como estratégia de enfrentamento ao crime organizado transnacional a inversão do ônus da prova tem sido estimulada em diversos documentos internacionais, justamente pela complexidade das transações dessas organizações e a dificuldade, ou impossibilidade probatória. A possibilidade da inversão do ônus da prova está prevista na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988¹¹; na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2001 (Tratado de Palermo); e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 (Tratado de Mérida), CUNHA V. S., 2021, p. 789.

³⁵⁶ GODINHO, 2003, p. 1320.

³⁵⁷ RIOS & COSTA, 2020, pp. 29-30.

pelo indivíduo e a quantia dos valores e bens com que vive, seja ainda providenciar indícios de que tais bens foram adquiridos através da mesma actividade criminosa pelo qual foi condenado”. Verifica-se, assim, que a presunção de origem ilícita decorre, em última análise, do ônus probatório da acusação quanto aos fatos-base.³⁵⁸

Importa ressaltar que não há definição uniforme quanto ao regime de prova que o acusado deve adotar para afastar a presunção. PEDRO CAEIRO questiona se bastaria a contraprova ou se aplica as regras de Direito Civil relativas à prova em contrário (art. 350º, nº 2), se inclinando para essa última opção com fundamento numa “interpretação sistemática e teleológica do instituto”, pois, do contrário, a perda alargada se esvaziaria, tendo em vista que a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente justamente visa superar a incerteza inicial.³⁵⁹ Assim, bastaria a acusação demonstrar por provas ou indícios a ilicitude dos bens para operar a presunção, não existindo a inversão do ônus da prova, havendo somente a “mitigação de exigência probatória”, pois o *Standart* seria inferior ao exigido na aferição de culpabilidade.³⁶⁰

Entende-se que bastaria dúvida sobre fatos deve aproveitar ao acusado, mas “não qualquer dúvida do processo suscitada dentro da questão-de-direito”, sendo a correta solução mais técnica, não a que favoreça ao arguido, mas, o favorecerá na persistência de dúvida razoável.³⁶¹ Assim, pode-se concluir que, se o condenado, na contestação das provas do Ministério Público quanto a origem ilícita dos bens, conseguir ao menos criar a dúvida no juízo, tal presunção será afastada. Todavia, esse entendimento não é unânime, pois há quem entenda que em caso de dúvida no processamento da perda alargada operará em favor da sociedade mantendo viva a presunção de ilicitude.

³⁵⁸ GONÇALVES, 2018, p. 56.

³⁵⁹ CAEIRO, 2011, p. 319. CARDOSO afirma que “Em Portugal, a propósito, é relativamente consolidada a concepção de que a perda alargada, tal como prevista na Lei n. 5/2002, opera a partir da inversão do ônus da prova. A lei, portanto, imputa à defesa o ônus de comprovar a licitude da parcela do patrimônio do condenado em relação à qual o Ministério Público postula a decretação da perda alargada”, CARDOSO L. E., 2020, p. 16. CLÁUDIO SOUZA, se alinhando a inexistência da inversão do ônus da prova, diz que “cabe à acusação comprovar a ilicitude dos bens, direitos ou valores sujeitos ao confisco através de prova direta, ou por meio de certos indícios que indiretamente demonstram aquela ilicitude”, o que na verdade existe é a “mitigação de exigência probatória ou, em outros termos, a exigência de um *standard* probatório inferior àquele exigido para a formulação do juízo de culpabilidade de um acusado”, SOUZA, 2016, p. 17. CLÁUDIO SOUZA referindo que o ônus da prova esta umbilicalmente ligado a presunção de inocência afirma que a “doutrina majoritária portuguesa defende a constitucionalidade do instituto, arguindo que seu caráter não sancionatório faz não valer, nesta sede, a maior exigência constitucional da presunção de inocência e, ainda, que, em razão de a perda alargada já pressupor a existência de condenação criminal, estaria ultrapassada a presunção de inocência”. Não concorda o autor com o caráter não sancionatório da perda alargada, pois no seu entendimento é “efeito secundário não automático da condenação de caráter penal” *ob. cit.*, p. 17.

³⁶⁰ SOUZA, 2016, p. 17.

³⁶¹ DIAS J. d., 2004, pp. 215-216.

A presunção legal cumpre, portanto, a função de auxiliar na atividade probatória, sem, no entanto, desvirtuar os princípios do processo penal. O arguido tem o direito de apresentar provas que ilidam a presunção. Em suma, as presunções jurídicas, quando utilizadas de forma adequada e em conformidade com os princípios constitucionais, são instrumentos válidos no processo penal, auxiliando na busca pela verdade e na efetivação da justiça, sem que haja violação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

O núcleo desta presunção reside, na visão de ERICO BARIN, no que “cabimento e do *quantum* da perda alargada – e nunca relativamente à culpa do arguido”, assim a inversão do ônus da prova é a incumbência de ilidir a presunção. Para o referido autor há a inversão do ônus da prova, no entanto tal inversão não ocorre no processo penal, pois “a inversão do ônus da prova reside tão somente no procedimento de aplicação da perda alargada, vincando-se ao seu cabimento e montante, e após provado que o arguido por infração penal do catálogo, num processo penal, tem patrimônio incongruente com seu rendimento lícito. Ou seja, a inversão do ônus da prova não ocorre no processo penal e nem tem relação alguma com a culpa ou qualquer outra circunstância da acusação”.³⁶²

Na verdade, pode-se entender que não há verdadeira “inversão”, pois, se Ministério Público realizou a prova dos elementos que compõe os requisitos da perda alargada, surge ao arguido o ônus de realizar provas para desconstituir tal presunção, “não apenas criar dúvida a respeito: restando dúvida, deve aproveitar ao Estado”, podendo o juiz utilizar todo o conjunto probatório do processo, “inclusive com prerrogativa de produção ou complementação da prova, para chegar à decisão da perda alargada”.³⁶³

No caso brasileiro o art. 91-A do CPB não prevê expressamente a inversão do ônus da prova,³⁶⁴ mas ao atribuir ao condenado a responsabilidade de demonstrar a origem lícita de seu

³⁶² BARIN, 2023, p. 590.

³⁶³ (ARIN, 2023, p. 589. VITOR CUNHA reforça a necessidade do Ministério Público faça prova do fato base, bem como que “a alegação de inversão do ônus da prova, segundo será demonstrado, decorre de incompreensão quanto aos conceitos jurídicos de presunção legal e de standard probatório”, CUNHA V. S., 2021, p. 784. Neste sentido JÚLIA GONÇALVES diz que “logo, fica aqui claro que a prognose de uma eventual origem criminosa dos bens em questão deve sempre assentar numa apropriada prova do patrimônio existente na esfera do arguido, e não numa mera presunção de que eles existem e que são produtos provenientes de crime. O tribunal tem que levar em consideração as explicações oferecidas que possam justificar uma proveniência lícita dos bens. A presunção da inocência não é um princípio absoluto, na medida em que existem, e são válidas, presunções legais ou de facto em toda e qualquer estrutura penal, não sendo, a princípio, contrárias a Convenção. Aliás, utilizada dentro dos seus limites, permite tornar mais eficaz o instituto da perda”, GONÇALVES, 2018, p. 54.

³⁶⁴ LUIZ CARDOSO afirma que no Brasil a “inversão do ônus da prova não é assim tão óbvia, o que se deve, inicialmente, ao tortuoso caminho legislativo percorrido pela perda alargada até a sua chegada ao Código Penal e à Lei de Drogas e, ademais, a esse duplo regime confiscatório, em que se verifica que a disciplina constante em uma lei conflita com aquela presente na outra. CARDOSO, 2020, p. 16. Ainda, diz que “verifica-se que a perda alargada disciplinada no Código Penal é operacionalizada a partir da inversão do ônus da prova em desfavor da defesa. Em suma, sob o aspecto probatório, o que distingue os regimes da perda alargada no Código Penal e na

patrimônio, com presunção sobre fatos pretéritos e dispensando a demonstração da ligação dos bens com a atividade criminosa, RODRIGOS RIOS e LUIZ PUJOL entendem tratar-se de uma forma de responsabilidade penal objetiva. Pelo fato da presunção ser baseado em fato constitutivo autorizativo do confisco - origem criminosa ou desconhecida – este fato precisa ser demonstrado.³⁶⁵ Neste sentido, SÓLON LINHARES sugere, ainda, que a presunção da ilicitude do patrimônio incongruente tenha que ser lastreada por “algum indício objetivo” da prática de outras atividades criminosas, mesmo que com provas indiretas, pois, na visão doutor, as presunções são decorrência de exercício mental, sem suporte fático. Defende este autor a adoção de *Standart* “bastante mais provável” a existência de outros delitos, para definição da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, e que seja levado em conta somente esta incongruência como fundamento para decidir a perda alargada, o que nos parece razoável e recomendável, nas palavras do autor “o crime não deve compensar, más também não a qualquer preço”.³⁶⁶

Refletindo sobre a questão probatória do pressuposto “atividade criminosa”, PEDRO CAEIRO afirma que, partindo da premissa de que tal expressão não constitui crime em sentido estrito, há um aparente paradoxo: “parece que há menor exigência probatória da expressão “actividade criminosa” em relação ao conceito de “crime” não se reflecte tanto sobre o objecto da prova (aquilo que deve ser provado) como sobre o estalão de prova (o grau de persuasão requerido). Neste sentido, provar a actividade criminosa não significa provar, para lá da dúvida razoável, cada ilícito-típico nos seus contornos precisos de espécie, tempo e lugar (como seria necessário para proferir uma condenação), mas sim um conjunto de circunstâncias (indícios) que dão preponderância à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género, que equivale à prova “*by preponderance of the evidence*” ou “*on the balance of probabilities*” vigente nos sistemas de *common law*”. Havendo dúvida quanto a preponderância, “de maneira a que nenhuma das versões se mostre mais provável”, não será decretada a perda de bens.³⁶⁷

Merece destaque, a esta altura, a sempre presente preocupação dos diplomas internacionais em prescreverem a necessidade de os Estados preservarem os direitos e as

Lei de Drogas é, fundamentalmente, a existência, nesta última, do § 1º – excluído da regulamentação daquele diploma –, que demanda a comprovação de requisitos além daqueles disciplinados no caput dos artigos 91-A do Código Penal e 63-F da Lei n. 11.343/06”, CARDOSO, 2020, p. 21. ROBERTO VIEIRA discorrendo na perspectiva processual brasileira diz que “por obedecer a distribuição ordinária do ônus da prova prevista em nosso sistema processual penal, o confisco alargado, na forma como foi regulamentado pela Lei nº 13.694/2019, não atenta contra a presunção de inocência, nem menoscaba princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal”, VIEIRA, 2019, p. 30.

³⁶⁵ RIOS & PUJOL, 2016, p. 111.

³⁶⁶ DUARTE A. P., 2013, pp. 1790-1791.

³⁶⁷ CAEIRO, 2011, pp. 317-318.

garantias fundamentais. Exemplo disso é o art. 8º da Diretiva 42, de 2014, cujo conteúdo estabelece a necessidade de defesa técnica, exercendo o contraditório sobre os fatos e provas que fundamentam a presunção da origem criminosa do patrimônio incongruente, previsão recursal e “julgamento equitativo”. A Diretiva 2014/42/UE também se alinha a este entendimento, pois no seu Considerando nº 38 estabelece a necessidade dos Estados parte observarem os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, “na interpretação que lhe é dada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.³⁶⁸

Da mesma forma, a nova Diretiva relativa à recuperação de bens, 2024/1260 do Parlamento e do Conselho, no Considerando “46”, reconhece que “as decisões de apreensão e de perda afetam consideravelmente os direitos dos suspeitos e arguidos”, havendo a necessidade da previsão de garantias específicas e recursal, “a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais, ..., em consonância com o direito a um tribunal imparcial, o direito à ação e a presunção de inocência, consagrados nos artigos 47º e 48º da Carta. Ainda, no “51”, prevê expressamente a observância da Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência.

Importante destacar na finalidade do confisco e sua natureza não penal, que busca a reordenação patrimonial e impedir o reinvestimento no crime. Assim, a presunção de ilicitude vai operar baseada em vários fatos, tais como a condenação por crime grave e a existência de patrimônio inexplicável. Sendo prudente que o convencimento do magistrado quanto a origem ilícita tenha que ser bem fundamentada, sem, contudo, exigir comprovação direta de conexão entre o patrimônio e fatos específicos,³⁶⁹ o que desnaturaria o instituto, cujo objetivo é justamente enfrentar crimes complexos nos quais tal demonstração se mostra inviável. Trata-se de medida com nítido caráter *in rem*, diferentemente da condenação penal, que possui natureza *in personam* — distinção que contribui para a recorrente confusão conceitual.³⁷⁰

³⁶⁸ ARAS, 2020, p. 381.

³⁶⁹ SÓLON LINHARES lembra que a Diretiva 2014/42/EU admite a perda alargada sem que haja desproporção patrimonial, o que indica a necessidade de demonstração da ligação do patrimônio com a prática criminosa, dizendo “Uma solução viável, notadamente por atender a razoabilidade, seria exigir a prática de uma atividade criminosa anterior através do standard (*balance of probability standard*) probatório da prevalência das evidências e não de uma prova acima de qualquer dúvida razoável. Assim, seria possível que o Tribunal entendesse que o imóvel que o arguido detém direta ou indiretamente tem bem mais probabilidade ser de atividades ilícitas do que lícitas”, DUARTE A. P., 2013, p. 1792.

³⁷⁰ Sobre a questão JOHN VERVAELE diz que “*las instancias CEDH no han conseguido siempre frenar la sustitución de la aproximación "ad personam" por una aproximación "in rem" en la lucha procedimental contra los bienes o patrimonios utilizados u obtenidos mediante infracciones. Hace ya tiempo que se debería haber*

Ainda, alinha-se ao entendimento de PAULO TROIS NETO, para quem não se pode “ontologizar conceitos, como se sua construção não tivesse um caráter instrumental”, frisando que no Brasil, embora certas nuances em outro país,³⁷¹ a aplicação do confisco alargado não se exige, necessariamente, a inversão do ônus da prova. Isso porque o *quantum* confiscável é aferido pela aplicação de um “conceito normativo, situado no plano do direito material, que define essa incongruência, aliada à prática não ocasional de crimes lucrativos dotados de uma certa gravidade, como *elemento do suporte fático* da medida”, não se exigindo, assim, a prova direta da origem ilícita dos bens.³⁷²

Verificamos, assim, uma espécie de mudança do paradigma probatório em relação a ilicitude patrimonial conexa a atividade criminal dos ilícitos relacionados no rol, no caso português, ou na faixa de pena no caso brasileiro, especialmente quando praticado de forma transnacional, pois “diante de novas estruturas criminais há de se pensar em novas formas de exercício punitivo do Estado, respeitados os padrões normativos em matéria de garantias fundamentais”,³⁷³ materializado na complexidade das transações financeiras e mecanismos de ocultação patrimonial, blindagem patrimonial, pulverização, se torna praticamente impossível realizar a prova da origem ilícita dos bens de forma direta.

A sistemática processual penal, diante deste fenômeno social-criminal, se adaptou e passou a exigir que se demonstre a incongruência do patrimônio daquele indivíduo condenado por crimes graves e as suas fontes lícitas de recurso. Esta presunção, *juris tantum*, é uma decorrência lógica da situação fática, uma vez que o condenado não possuindo ocupação lícita, ou renda compatível com seu patrimônio, logicamente adquiriu seu patrimônio por meio de práticas criminosas. Ao se verificar que a pena alargada não tem natureza penal, podendo ser considerada materialmente administrativa restaurativa de patrimônio, tem total conformidade constitucional, não sendo aplicáveis as garantias processuais criminais previstas na Constituição, havendo a incidência de princípios mais abrangentes, tais como o devido processo

trazado una frontera mínima respecto del elemento subjetivo, de manera que, en caso de inversión de la carga de la prueba, el interesado pueda hacer plausible (lo cual no quiere decir demostrar) que, razonablemente, él no habría podido impedir el hecho (obligación de esfuerzo ligado a las obligaciones de cuidado). De este modo, se rehabilitaría de nuevo la presunción de inocencia, como procede en caso de sanciones punitivas”, VERVAELE, 1998, p. 75.

³⁷¹ Nos países europeus é comum a permissão legal para o uso de presunções no convencimento judicial sobre a origem ilícita de um determinado bem ou valor, com apoio na Diretiva 2014/42/UE. No Considerando nº 21 desse ato normativo, diz-se que podem os Estados-membros “estipular que seja suficiente que o órgão jurisdicional considere, levando em conta as distintas probabilidades, ou possa presumir razoavelmente, que é substancialmente mais provável que o bem tenha origem em atividades delitivas do que em outras atividades”.

³⁷² TROIS NETO, 2021, p. 37.

³⁷³ ARAÚJO, 2019, p. 100.

legal, Estado de Direito, proporcionalidade, processo equitativo, conforme previsto nas Diretivas regentes.³⁷⁴

No entanto, entendemos que existem pontos a serem aprimorados na dogmática da perda alargada, fato que nos leva a concordar com observações feitas por ANDRÉ PITON no sentido de há necessidade do legislador melhor delimitar pontos essenciais, como a natureza jurídica do instituto, bem como “o *standard* probatório exigido para a decretação poderia ser mais alto, possuindo, por exemplo, marcos temporais e financeiros bem delimitados e uma lista taxativa prevendo apenas crimes econômicos, o que certamente promoveria maior robustez ao dispositivo”³⁷⁵

³⁷⁴ BRAVO, 2022, pp. 540-541.

³⁷⁵ PITON, 2018, p. 16.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação teve como objetivo analisar a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente como fundamento para a perda alargada de bens de indivíduos condenados por crimes graves, no contexto dos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, enfocando seus pressupostos e suas implicações para os direitos e garantias fundamentais. O estudo buscou avaliar o nível de harmonização dos sistemas jurídicos desses países, para que haja um adequado reconhecimento mútuo das decisões judiciais relativas à recuperação de ativos.

Após definirmos a equivalência entre os termos “confisco” e “perda” no âmbito da recuperação de ativos, realizamos uma análise histórica do confisco de bens, desde suas origens na Idade Média, até sua evolução e consolidação no âmbito do direito penal contemporâneo, em especial em instrumentos internacionais como as resoluções da ONU e as diretivas da UE.

Traçamos um caminho para contextualizar a perda alargada, situando seu nascimento e desenvolvimento. Conceituamos tal instituto e nos filiamos à corrente que entende por sua natureza não penal, pelo fato de não ter finalidade preventiva, não apurar a culpabilidade do condenado, não guardar proporcionalidade com crime pelo qual foi condenado, não se submeter aos critérios de aplicação das penas e não ser prevista como pena, tanto no ordenamento jurídico português, brasileiro e europeu.

Em Portugal, predomina a interpretação de que o instituto não possui natureza penal, afastando-se do conceito estrito de pena. Essa interpretação, corroborada pelo Tribunal Constitucional português e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, busca equilibrar a eficiência da persecução penal com a proteção dos direitos fundamentais. No Brasil, ainda não há consenso sobre a natureza jurídica do instituto, com debates pendentes sobre seu enquadramento como efeito extrapenal da condenação ou como medida penal autônoma, havendo tendência no sentido de acompanhar o entendimento das Cortes europeias.

Demonstrou-se que a principal vocação da presunção de ilicitude do patrimônio incongruente é de política criminal, funcionando como mecanismo de enfrentamento e superação de padrões probatórios inatingíveis, dada a complexidade das transações comerciais e financeiras da criminalidade organizada.³⁷⁶ A possibilidade da incidência da presunção é

³⁷⁶ GERSON ROSA e HAMILTON HENRIQUES resgatam importantes lições de grandes juristas, trazendo suas perspectivas sobre a interface da política criminal com a dogmática penal. Segundo esses autores o “legado da Escola Moderna Alemã, cujo gênio de Von Liszt, nos ampliou os horizontes da Ciência do Direito Penal. Diante de uma nova e complexa estrutura, resultante da fusão de disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas, compondo a *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do Direito Penal) onde essa visão totalizante e interdisciplinar possibilita ao estudioso uma visão mais ampla e ao mesmo tempo profunda dos fenômenos

fundamentada pelo arcabouço probatório que o Ministério Público deve apresentar nos autos relativos aos fatos base. Assim, além dessa atividade probatória da acusação, devem ser garantidos todos os direitos processuais do sujeito passivo da perda alargada, como assistência técnica por advogado, direito ao contraditório e possibilidade recursal, sempre no âmbito de um julgamento equitativo.

O foco da perda alargada deve ser o ganho financeiro decorrente de crimes graves, tais como o tráfico internacional de seres humanos, de armas e drogas, o terrorismo, entre outros. Não se trata de medida destinada a crimes comuns, cometidos invariavelmente por pessoas individuais, mas sim o objetivo é atingir a espinha dorsal da criminalidade organizada, qual seja, seu lucro vultoso.

Uma reflexão que se impõe é o motivo pelo qual os requisitos da perda alargada são mais complexos do que os requisitos do confisco clássico ou do não baseado em condenação. Isso está relacionada justamente com a desnecessidade de haver vínculo entre o patrimônio demonstrado como incongruente com o fato criminoso grave, pelo qual o sujeito passivo do confisco foi condenado. Dessa forma, o confisco alargado, por um lado, opera mediante presunção de ilicitude, mas, por outro, exige, entre outros pressupostos, a existência de condenação por crime grave.

É preciso perguntar também por que a comunidade internacional, que ao longo de muitas décadas lutou por conquistas humanitárias, que limitavam o poder do Estado garantindo Diretos e Garantias individuais, agora instrumentaliza esses Estados com ferramenta tão discutível quanto o confisco largado. Uma maneira de responder a essa pergunta é considerar que a comunidade internacional está inclinada a fortalecer um “Estado de Polícia”, limitando

criminais, a partir de elementos centrais da ideia do Direito como fenômeno observável: o homem e a sociedade. Do estudo das Ciências Penais a partir daquela heterogeneidade reclamada por Liszt, temos a política criminal, a dogmática penal e a criminologia, todas com autonomia científica, porém interligadas entre si”...“Enquanto a dogmática penal ocupa-se da interpretação, sistematização e desenvolvimento dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do direito penal, a política criminal corresponde à que deve ser implementada no combate à criminalidade, sendo, portanto, o aspecto do controle penal relacionado com o poder que o Estado tem de definir um conflito social como criminal. Neste sentido, Franz von Liszt sistematizou e preocupou-se com os limites da Política Criminal, afirmando ser o Direito Penal sua barreira intransponível, vez que a estrutura essencial do Direito Penal como instrumento formal de controle social, diga-se o mais formalizado de todos, protegendo o cidadão de surpresas e arbítrios do Estado. Nota-se, com isso, que a política criminal é a ciência destinada à orientação do Direito Penal (dogmática penal), a quem incumbe “filtrar” as tendências político-criminais, criar, reformar e extinguir as normas penais, limitando tais tendências (Princípio da Legalidade) a fim de se evitar arbitrariedades por parte do Estado.... Na atualidade, Claus Roxin contrariando as lições de Liszt, nega a existência de qualquer “barreira” entre a política criminal e a dogmática penal, e defende a construção de um sistema onde a política criminal adentra livremente a dogmática penal.... A única “barreira” proposta por Roxin, para na aplicação dos princípios constitucionais, refletindo o Estado Democrático de Direitos, ou seja, o espelhamento do plano ontológico (plano do ser). Assim, somente as diretrizes político-criminais harmonizadas com os valores constitucionais poderão ingressar no Direito Penal. Dito de outra forma, a política criminal somente poderá transpor a “barreira” da dogmática penal quando estiver em consonância com o estabelecido valores constitucionais”, ROSA & HENRIQUES, pp. 5-7.

direitos e garantias fundamentais, sob argumento securitário. Por outro lado, pode-se observar que tal medida atende à necessidade sentida pela comunidade internacional de conter a expansão da criminalidade organizada transnacional, cujos tentáculos de poder, derivados do poderio econômico, são capazes de influenciar políticas sociais, sistemas econômicos regulares e regimes democráticos, por meio da violência, da corrupção, da lavagem de dinheiro no sistema de mescla, do financiamento eleitoral e do terrorista.

Essa percepção internacional é influenciada por uma série de fatores, especialmente num contexto de sociedade de riscos,³⁷⁷ que pauta o direito penal sob diversos aspectos, restando a certeza de que “não é possível pensar que o mesmo processo penal que sirva ao direito penal clássico seja adequado ao direito penal contemporâneo” na medida em que a criminalidade se organiza em mecanismos complexos que exige atuação diferenciada do Estado, com observância aos direitos fundamentais. Isso porque os mecanismos clássicos de enfrentamento ao crime são pensados em relação aos crimes comuns, exigindo sua atualização. Tal atualização se dá, entre outras coisas, pela presunção de ilicitude do patrimônio incongruente na perda alargada de bens.³⁷⁸

Esse contexto leva a comunidade internacional, por meio da ONU e da UE, a entender que o momento sociocultural atual fragiliza a posição do Estado diante da criminalidade organizada transnacional. Ela se aproveitou da abertura das fronteiras comerciais, financeiras e de livre circulação de pessoas, para estruturar seus negócios ilícitos, se beneficiando de complexos mecanismos de corrupção e de ocultação de bens e valores, muito facilitados por operações realizadas pela internet, com auxílio de inteligência artificial e o sigilo das criptomoedas e outros ativos financeiros eletrônicos.

Essa fragilidade autoriza se pensar em outros mecanismos de enfrentamento, que por vezes, possam tocar em direitos e garantias consagrados. Trata-se de uma dogmática adaptada

³⁷⁷ FIGUEREDO DIAS pontuando a necessidade da ampliação da atuação do Direito Penal diante dos desafios da “sociedade do risco”, que necessidade de uma “nova dogmática jurídico-penal”, classificando a atual como “minimalista” na atuação na defesa de bens jurídicos, mas propõe atuação “promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária”, DIAS J. d., 2001, p. 45. Ainda, o mesmo autor ao refletir sobre a dogmático penal e a sociedade de riscos, no contexto de defesa humana frente a degradação ambiental e genética, afirma que o modo de produção legislativa penal é “inadequado a uma criminalidade organizada por senhores do crime, que ultrapassam já de muito a figuração clássica do *White-collar criminal* para se aproximarem do cenário catastrófico, imaginado por Ziegler, de donos de um crime organizado instalado à escala planetária, como fase última do capitalismo, que põe em sério risco a própria democracia e faz assim recriar uma ruptura civilizacional”, DIAS J. d., 2001, p. 44. No mesmo sentido da necessidade de se repensar a dogmática penal SILVA SÁNCHEZ, ao discorrer sobre a dogmática penal no âmbito da criminalidade na globalização, propõe que se mudou o modelo de delito que era referência a construção dogmática, propondo divisão na parte geral do direito penal para acompanhar o crime moderno transnacional, SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 84 s.s.

³⁷⁸ ESSADO, 2014, p. 29.

aos fenômenos criminais atuais, que exigem estudo dogmático e aplicação pontuais, com a consciência do perigo para as conquistas libertárias dos sistemas democráticos e de direito.

Dentro dessa nova forma de pensar, o enfrentamento realizado pelo Estado, por meio da perda alargada, a *prima facie*, pode causar certa inquietude, especialmente pela existência da presunção de ilicitude relativa ao patrimônio, que se demonstrou incongruente, de indivíduo condenado por crime grave. No entanto, é importante ressaltar que as garantias processuais e constitucionais não devam servir de escudo para o malfeito. Tais garantias têm seu fundamento, entre outros, na proteção do indivíduo frente ao poder persecutório estatal, o que foi devidamente exercido no âmbito do processo condenatório.³⁷⁹

Essa presunção de ilicitude, que tanto gera controvérsias, tem como pressuposto uma condenação por crime, de catálogo (português) ou com pena superior a seis anos (brasileiro). Assim, verifica-se que, durante o processo, a culpa foi apurada, com todas as garantias processuais, tais como a presunção de inocência, o ônus da prova, o contraditório, a ampla defesa e o *neo tenetur se detegere*. Nesse conjunto de atos processuais o direcionamento da prova era o fato típico, ilícito e culpável, imputado a determinada pessoa. A presunção não se é destinada a uma pessoa, ou a um fato, mas a uma “coisa”, um bem, um patrimônio, presumidamente ilícito. Tal presunção tem cabimento diante de alguns pressupostos, dentre os quais está o exaurimento da culpa pela condenação.

Discute-se se devem existir outros elementos para reforçar essa presunção, como o pertencimento a uma organização criminosa ou indícios da origem ilícita dos bens. Isso poderia desnaturar a perda alargada, pois haveria a obrigatoriedade de outra ação penal. O Ministério Público instauraria um procedimento específico e seguiria os preceitos do confisco clássico, eliminando a nova ferramenta.

O grande desafio é compatibilizar dois valores importantes: a eficiência do sistema de justiça criminal e o garantismo. Com diz ANTONIO SCARANCE FERNANDES,³⁸⁰ “não se concebe um processo eficiente sem garantismo”. Sobre essa questão TIAGO ESSADO pontua que o grande desafio é justamente o equilíbrio entre os respeito aos direitos fundamentais e a efetividade da ação estatal para enfrentar fenômenos criminais que abalam a paz social. Para

³⁷⁹ MARIA ANTUNES refletindo sobre a tutela estatal, admitindo que em circunstâncias pontuais é necessário limitar direitos fundamentais, em prol da administração da justiça, diz que “o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material. Assim, e vendo agora as coisas sob um outro prisma, em certas circunstâncias, para que os interesses assinalados se concretizem, necessário se torna pôr em causa direitos fundamentais das pessoas”, ANTUNES, 1988, p. 23.

³⁸⁰ FERNANDES, 2010, p. 19 *apud* ESSADO, 2014, p. 31.

isso, ele defende a necessidade de “um novo método de pensamento do processualista e do profissional do foro”, entendendo o processo como um “instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”,³⁸¹ não perdendo de vista os objetivos políticos, sociais e jurídicos da comunidade.³⁸²

Nesta perspectiva enfrentamos questões relativas a direitos e liberdades fundamentais, especialmente a presunção de inocência e suas consequências. Concluímos que, embora não haja nenhuma mácula, é necessário observar todos os direitos processuais e recursais disponíveis, conforme recomendam as próprias Diretivas da UE. Destacou-se a tensão entre a eficiência da persecução penal³⁸³ e a proteção dos direitos fundamentais. A presunção de ilicitude do patrimônio incongruente, embora seja um mecanismo eficaz para descapitalizar organizações criminosas, deve ser aplicada com critérios claros e delimitados. A utilização de presunções jurídicas não pode comprometer o devido processo legal, sendo essencial garantir a possibilidade de contraditório e ampla defesa aos acusados.³⁸⁴

Percebemos que a temática não é pacífica e merece contínua investigação, ao passo que nos parece irreversível a tendência mundial³⁸⁵ em flexibilizar a questão probatória da relação entre as vantagens e o crime, materializando a presunção de ilicitude, baseada em fatos e pressupostos bases, estes sim cabalmente demonstrados.

Para conceituar a perda alargada, recorremos aos normativos portugueses, brasileiros, europeus, à doutrina e à jurisprudência, o que nos permitiu concluir que se trata de uma medida

³⁸¹ DINAMARCO, 2009, pp. 365-366 *apud* ESSADO, 2014, p. 33.

³⁸² ESSADO, 2014, p. 32.

³⁸³ CLAUDIO SOUZA refletindo sobre a eficiência do processo adverte que “se, por um lado, a perda alargada revela-se como instrumento bastante efetivo e adequado ao combate à criminalidade moderna, por outro, a busca desenfreada de eficácia a todo custo no combate ao crime pode minar as bases democráticas do Estado de Direito, em detrimento dos direitos, liberdades e garantias individuais. Além disso, a legitimidade e a validade ética das normas penais dependem da sua compatibilidade com os princípios e regras do Estado Democrático de Direito, de tal maneira a se buscar uma solução razoável e equilibrada no caso concreto, SOUZA, 2016, p. 234.

³⁸⁴ Pertinente a advertência que GERSON ROSA e HAMILTON HENRIQUE fazem quanto a mudança de modelos probatórios, com “respostas penais identificadas em alguns discursos penais e criminológicos, que durante a história da humanidade mantiveram-se como mecanismo de reação frente aos perigos da criminalidade grave, justificando-se, na atualidade, por alguns fatores como o incremento comunicacional, construídos a partir de fenômenos sociais mais amplos da sociedade, em especial aqueles que o campo jornalístico cria como esferas do sistema de justiça amplamente cristalizados no modelo social contemporâneo”. Alertam que a flexibilização da dogmática penal pode ser difícil de controlar, pois as justificativas baseadas na prevenção podem pôr em causa direitos e garantias fundamentais, ROSA & HENRIQUES, p. 4.

³⁸⁵ BARIN, 2023, p. 107. Continua ERICO BARIN “A concretização dessa tendência, intensificada desde as últimas duas décadas do século passado, mais do que qualquer antipatia ao confisco por seu percurso histórico, já dito, tem dado margem à crítica de que os Estados, desorganizados em relação à criminalidade organizada, escolhem enfrentá-la com o uso de mecanismos violadores de direitos fundamentais. Daí que, amiúde, na busca de uma linha média entre “agir com força demais” ou “não agir”, a conjugação das expressões “remédios fortes para patologias graves” e “remédios fortes devem ser administrados com cuidado parâmetro aos Estados de Direito na ampliação dos meios legais de confisco. Até porque, disso não se escapa, não há a opção da leniência com a criminalidade organizada com fim de lucro (e suas atividades empresariais e transfronteiriças), em virtude dos danos que causa às sociedades, aos próprios Estados e às relações internacionais”, BARIN, 2023, p. 108.

de natureza restaurativa de patrimônio, sem natureza penal, que se baseia na presunção de ilicitude de um patrimônio incongruente. Tal presunção, de natureza relativa, decorre da demonstração de fatos base. Além da condenação criminal já mencionada, é necessário a demonstrar a existência de patrimônio no domínio do acusado, e que suas fontes lícitas de recursos não justifiquem seu patrimônio, de modo que exista um quantum incongruente sobre o qual incidirá a presunção relativa de ilicitude. Esse patrimônio incongruente não pode ser relacionado ao crime pelo qual o acusado foi condenado, pois se assim for, haverá a incidência do confisco clássico.

A investigação demonstrou que, apesar da perda alargada de bens ser essencial no enfrentamento do crime organizado transnacional e ser plenamente compatíveis com as constituições dos países estudados, ela exige limites claros para evitar abusos e garantir a proteção dos direitos fundamentais. Isso porque se verificou que a evolução dogmática do instituto o transformou, de um mecanismo punitivo arbitrário, em uma ferramenta normativa moderna, vinculada a padrões de proporcionalidade e legalidade. A mesma lógica de modernização aplicada à criminalidade leve, com a incidência de diversos mecanismos despenalizantes que relativizam a obrigatoriedade da ação penal pública, deve ser aplicada ao fenômeno da criminalidade complexa, com a incidência de mecanismos penais e processuais diferenciados, tais como a presunção de ilicitude do patrimônio incongruente. “Essa distinção deve estar em conformidade com princípios constitucionais, visando ao equilíbrio necessário entre o garantismo e a eficiência”.³⁸⁶

O estudo comparativo entre Portugal e Brasil revelou tanto similaridades quanto diferenças nos modelos adotados. Ambos os ordenamentos reconhecem a perda alargada como uma ferramenta estratégica no enfrentamento ao crime organizado e a crimes graves.³⁸⁷ Contudo, enquanto Portugal adota um rol taxativo de crimes que ensejam a aplicação do instituto, o Brasil define a perda alargada com base na gravidade dos crimes, medida pela quantidade da pena privativa de liberdade. Além disso, o ordenamento português estabelece um prazo de cinco anos para a avaliação do patrimônio incongruente, aspecto que não é previsto na

³⁸⁶ ANTONIO SCARANCE FERNANDES. define que “o paradigma do Direito Penal clássico é o homicídio de um autor individual” e que o “paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças)” *apud* ESSADO, 2014, p. 28.

³⁸⁷ FRANCISCA LIMA contesta o argumento de que a perda alargada serviria como forma de desestímulo da atividade criminal, em especial da econômica organizada, pois não existe, ou são raros, “estudos acerca da psicologia comportamental envolvendo esse tipo de repressão, bem como a falta de dados quantitativos, e até o impacto econômico ou criminológico que demonstrem um efeito direto da ação confiscatória do Estado como fundamental para um determinado resultado ou diminuição de crimes, o que é um *déficit* de países que já implementaram o confisco alargado a mais tempo em seus ordenamentos, LIMA F. S., 2023, p. 116.

legislação brasileira. Em ambos os países, não se exige que os crimes da ação principal tenham como resultado vantagens financeiras, o que, em tese, permitiria a inclusão de outras modalidades criminosas que não se enquadram na finalidade da perda alargada.

Em Portugal, a legislação apresenta um modelo mais consolidado, influenciado pela harmonização normativa da União Europeia e pelo amadurecimento de sua jurisprudência, tanto do Tribunal Constitucional português quanto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No Brasil, por outro lado, o instituto ainda carece de um aprofundamento doutrinário e de interpretação jurisprudencial, constituindo um campo em desenvolvimento desde a introdução do artigo 91-A no Código Penal em 2019.

Os desafios apontados ao longo do trabalho incluem a necessidade de harmonização legislativa entre os dois países, especialmente para fins de cooperação jurídica internacional. A disparidade entre os pressupostos e os requisitos legais para a aplicação da perda alargada pode comprometer a eficiência da cooperação penal, sobretudo ao que se refere ao enfrentamento ao crime organizado transnacional. Desse modo, é imperativo que medidas sejam adotadas para aproximar os regimes jurídicos, respeitando-se as especificidades de cada ordenamento, mas garantindo-se a efetividade do reconhecimento mútuo de decisões judiciais.

Em termos de recomendações, a pesquisa sugere a necessidade de aprofundar o debate dogmático e legislativo sobre a perda alargada. No âmbito brasileiro, é urgente promover a uniformização jurisprudencial e consolidar a interpretação da natureza jurídica do instituto, a fim de garantir segurança jurídica e previsibilidade em sua aplicação. Além disso, é essencial fomentar a cooperação internacional, especialmente entre Brasil e Portugal, para assegurar que ambos os países compartilhem de ferramentas eficazes no enfrentamento do crime organizado, alinhadas às diretrizes de organismos internacionais.

Este trabalho não apenas buscou compreender os contornos jurídicos e dogmáticos do instituto, como também propor caminhos para sua aplicação mais justa e eficaz em Portugal e no Brasil. Foi possível identificar alguns pontos que poderiam ser objeto de alteração legislativa para maior harmonização das legislações.

No caso brasileiro poderíamos apontar a necessidade de se prever recorte temporal no qual a presunção de ilicitude incidiria, harmonizando-se com o português, bem como que houvesse a previsão de outras formas de perda alargada, como a relativa a terceiros, a não baseada em condenação e a da riqueza inexplicável, conforme previsto na recente Diretiva 2024/1260/UE.

Uma observação que valeria para ambos os países seria no sentido de deixar expresso que o crime principal deve ter aptidão para gerar lucro, impedindo assim que se desvirtue a

finalidade da perda alargada. Além disso, em ambos os países, a produção probatória referente à liberdade e ao patrimônio tramitam concomitantemente no mesmo processo, o que pode gerar certa mácula na isenção do magistrado, bem como levar o arguido a produzir elementos de prova relativa à questão patrimonial, que serão utilizados pelo Ministério Público na apuração a culpabilidade criminal. Por isso, seria a necessidade da “reação defensiva a essa imputação patrimonial”, sob pena de incidir a presunção da ilicitude,³⁸⁸ tramitar em processo distinto, um de natureza penal (culpa), ou de natureza civil (patrimônio).

Além disso, a definição expressa da natureza jurídica e do regime probatório quanto à presunção de ilicitude do patrimônio incongruente daria maior previsibilidade e, ao mesmo tempo, facilitaria o reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Certamente diminuiriam as controvérsias e talvez a cooperação policial e a jurídica internacional seria facilitada,³⁸⁹ podendo ser adotados os critérios já consolidados pelo TEDH.

Com a adoção dessas medidas, espera-se ampliar a harmonização dos sistemas jurídicos, tendo em vista que ambos se valem da presunção de ilicitude do patrimônio à descoberto como fundamento principal da perda alargada. A consequência imediata seria a ampliação da cooperação entre Brasil e Portugal, promovendo uma abordagem mais eficaz, equilibrada e respeitosa aos direitos fundamentais no enfrentamento ao crime organizado transnacional.

Por fim, conclui-se que a perda alargada é um instituto indispensável no combate ao crime organizado transnacional, especialmente em uma era de globalização e avanços tecnológicos que ampliam as vulnerabilidades sociais e econômicas. No entanto, a implementação da perda alargada deve ser guiada por princípios que conciliem eficiência e respeito aos direitos fundamentais, contribuindo para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.³⁹⁰

³⁸⁸ ESSADO, 2014, p. 74. No mesmo sentido BLANCO CORDERO entende que a perda alargada deveria tratar em procedimento separado, de caráter assessorio e independente do processo penal, BLANCO CORDERO, 2008, p. 105. FRANK SALINGER, entende que o confisco alargado, deve tramitar na órbita penal, pois a “competência e a experiência dos órgãos de persecução penal em localizar, quantificar e bloquear proveitos dos crimes”. SALINGER, 2020, p. 196.

³⁸⁹ SARAIVA e LOPES sobre o confisco alargado brasileiro diz que o legislador deveria detalhar mais o instituto, em especial quanto a sua natureza jurídica, bem como entende que “o standard probatório exigido para a decretação poderia ser mais alto”, com critérios temporais e financeiros mais bem definidos, além da previsão taxativa de aplicação a crimes econômicos, o que certamente promoveria maior robustez ao dispositivo”, SARAIVA & LOPES, 2022, p. 16.

³⁹⁰ ANDRÉ PITON menciona que “não é possível falar de um verdadeiro processo penal democrático – seja nacional, seja europeu – se não tivermos em linha de conta que toda a descoberta da verdade material há de ter em igualmente em consideração a necessária proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. E se não aceitarmos, nessa exata medida, que a articulação entre uma e outra finalidade, na busca pela concordância prática capaz de garantir a paz jurídica e social, impõe incontornavelmente limitações àquela descoberta, pois que ela não poderá fazer-se a todo o custo”, PITON, 2018, p. 383.

Referências Bibliográficas

(s.d.).

ALBUQUERQUE, C. P. (2011). Conferência de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Jorge de Figueredo Dias. **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias** [org.] Delegação da Comarca de Viseu da Ordem dos Advogados, Câmara Municipal de Viseu, Conse. Vizeu: Coimbra.

ALBUQUERQUE, P. P. (2021). **Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Lisboa: UCE.

ALMEIDA, F. M. (2022). **A criminalidade Organizada, uma ameaça à democracia**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica. Escola do Porto. Orientador Pedro Miguel Fernandes Freitas. Porto.

ALMEIDA, P. C. (2021). **A criminalidade organizada transnacional**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. Orientador: Manuel Monteiro Guedes Valente. Lisboa.

ANDRADE, F. R. (2020). **A Persecução Patrimonial e o Confisco Alargado**. Disponível em: Ministério Público Federal . Fonte: <http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/publicacoes>.

ANTUNES, M. J. (1988). **Direito Processual Penal. Lições do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

ARAS, V. (2020). **O Confisco alargado, sua natureza jurídica e sua aplicação imediata**. Em E. CAMBI, F. MARINELA, & D. S. SILVA, Pacote anticrime: volume I (pp. 372-391). Curitiba: Escola Superior do Ministério Público do Paraná.

ARAÚJO, M. d. (2019). **Reflexões sobre a implementação do confisco alargado no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa.

AURY, L. J. (2020). **Direito Processual Penal** (10 ed.). São Paulo: Saraiva.

AZEVEDO, S. (2017). **A segurança como direito, liberdade e garantia**:. Revista de Direito e segurança 10, pp. 197-224.

BARIN, E. F. (2023). **A natureza jurídica da perda alargada**. Tese de doutoramento em Direito na Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Paulo Manuel de Sousa Mendes. Lisboa.

BECCARIA, C. (2011). **Dos delitos de da penas**. (J. C. Cretella, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.

BECK, U. (2010). **A sociedade do risco. Rumo a uma outra modernidade.** (S. Nascimento, Trad.) São Paulo: Ed. 34.

BITENCOURT, C. R. (2008). **Tratado de Direito Penal Tratado de direito penal. Parte Geral.** v. 1. 13ª ed. atual. São Paulo: Saraiva.

BITENCOURT, C. R. (2021). **Confisco de bens travestido de efeito da condenação.** Em Reforma penal da Lei Anticrime: Lei n. 13.964/2019 (p. 344). São Paulo: Saraiva Educação.

BITENCOURT, C. R. (2021). **Reforma penal da Lei Anticrime: Lei n. 13.964/2019.** São Paulo: Saraiva Educação.

BLANCO CORDERO, I. (2008). **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia.** Em L. M. PUENTE ABA, M. ZAPICO BARBEITO, & L. RODRÍGUEZ MORO, Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal. (pp. 69-106). Granada: Editorial Colmares.

BOTTINI, P. C. (2010). **Crimes de perigo abstrato.** Revista dos Tribunais, pp. 21-31.

Brasil - STF - **ADPF 347, ADPF 347** (Supremo Tribunal Federal 2023).

BRASIL, **ADPF 347** (Supremo Tribunal Federal 2023).

BRASIL, R. F. (1988). **Constituição Federal. Brasília:** Congresso Nacional.

BRASIL, R. F. (1988). **Constituição Federal. Brasília:** Congresso Nacional.

BRAVO, J. d. (2022). **O estatuto constitucional do confisco: reflexões exploratórias.** Em N. Martins, & J. C. Coord., O confisco não baseado numa condenação 40 anos depois do código penal e 20 anos depois da lei nº 5/2002, o crime continua a compensar? (pp. 527-569). Coimbra: Almedina.

BRUNO, A. (2009). **Direito Penal. Parte Geral.** tomo 3º: pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense.

BUTA, F. L. (2021). **Confisco alargado de bens: inclusão dos déficits da regulação dos riscos da esfera penal.** (Vol. 3). Brasília: Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal.

CAEIRO, P. (Abr-Jun de 2011). **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditício.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, pp. 267-321.

CARDOSO, L. E. (maio/ago de 2020). **A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal.

CARDOSO, R. F. (2016). **As buscas e a sua admissibilidade: problemas emergentes .** Dissertação de Mestrado. COIMBRA.

CASSELLA, S. D. (2020). **A Perspectiva Americana Sobre Recuperação de Produtos de crime em Processos Criminais e Processos Não Baseados em Condenação**. Em A. TEIXEIRA, *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: Confisco Alargado e confisco sem Condenação*. São Paulo: Macial Pons.

CASTRO, A. V. (2023). **O confisco moderno na sociedade da transparência: a sua natureza, o seu fundamento, um descafeinado e conta**. Em N. Martins, & J. C. Correia, *O Confisco não Baseado numa Condenação, 40 anos depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei nº 5/2002* (pp. 45-76). Coimbra: Amedina.

CAVALCANTI, R. (2022). **Lavagem de capitais: combate à criminalidade econômica e a preservação dos direitos fundamentais**. Natal: Polimatia.

Constituição Política do Império do Brasil de 1824. (s.d.).

CORDEIRO, M. D. (2015). **Enfrentamento integrado e globalizado da criminalidade organizada transnacional**. São Paulo: Sucesso.

CORRÊA JÚNIOR, A. (2006). **Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM.

CORREA, J. C. (julho de 1999). **Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio e nas telecomunicações?** Revista do Ministério Público, pp. 60-61.

CORREA, J. C. (2012). **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM.

CUNHA, J. M. (2012). **Perda de bens a favor do Estado. Artigos 7.o - 12.o da Lei n.o 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

CUNHA, V. S. (maio de 2021). **O Confisco Alargado no Processo Penal Brasileiro: uma análise de suas regras probatórias**. Revista eletrônica de Direito Processual - REDP, 22, pp. 782-814.

DIAS, A. S. (2010). **Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito**. Em I. d. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, 2.º Congresso de Investigação Criminal (pp. 23-47). Lisboa: Almedina.

DIAS, J. d. (1993). **Direito Penal Português. As consequências Jurídicas do Crime**. Aequitas.

DIAS, J. d. (1997). **Criminologia - o homem, o delinquente e a sociedade**. Coimbra: Coimbra.

DIAS, J. d. (2001). **O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco"**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, pp. 39-65.

DIAS, J. d. (2004). **Clássicos Jurídicos Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra.

DIAS, J. d. (s.d.). **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Revista da ordem dos Advogados.

DINAMARCO, C. R. (2009). **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros Editores.

DOMÍNGUEZ, A. I. (2004). **Análisis Jurídico-Penal De La Figura Del Comiso**. Granada: Comares.

DORES, A. P. (2010). **Prisões de Portugal**. Fonte: Associação portuguesa de sociologia: https://aps.pt/wp-content/uploads/2017/08/DPR462db67b30d50_1.pdf

DUARTE, A. P. (2013). **Crime e Confisco: O confisco alargado como o mínimo necessário na luta contra o crime organizado**. Dissertação de Mestrado de Direito Criminal na Universidade Católica Portuguesa. Centro Regional do Porto. Escola de Direito. Porto.

DUARTE, J. N. (2023). **A história do confisco no antigo direito português**. Em J. C. Coord.: Norberto Martins, O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois do código penal e 20 anos depois da Lei nº 5/2002, o crime continua compensar? (pp. 17- 46). Coimbra: Almedina.

ESSADO, T. C. (2014). **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

ESTRADA CONTRERAS, J. J., & VASCONCELOS, V. G. (2020). **Confisco, medidas cautelares patrimoniais, pretensão civil cumulada e garantias processuais penais**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, pp. 527-538.

FARIA, B. C. (2022). Perda Alargada de Bens no Sistema penal Português. **As singularidades do Confisco Previsto na Lei Nº 5/2002: uma "Non-Conviction Based Confiscation" Dirigida à Perda do Valor do Património Incongruente**. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, A. S. (2010). **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FOUCAULT, M. (1987). **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Original em francês: Surveiller et punir. Petrópolis: Vozes.

FRA, A. E. (s.d.). Fonte: <https://fra.europa.eu/en/law-reference/european-convention-human-rights-article-6>;

GIACOMOLLI, N. J. (2016). **O devido processo penal. abordagem conforme a CF e o Pacto San José da Costa Rica**. Atlas.

GIACOMOLLI, N. J. (2020). **Prisões, liberdade e cautelares pessoais: nova formação a partir de 2020**. São Paulo: Marcial Pons. ISBN 978-65-86696-01-1.

GODINHO, J. A. (2003). **Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei 5/2002 de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º)**. Liber discipulorum para Jorge de Figueredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1322-23.

GOFFMAN, E. (1961). **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva.

GONÇALVES, J. D. (2018). **Crime e Confisco: O confisco alargado como o mínimo necessário na luta contra o crime organizado**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito de Coimbra . Coimbra.

GOUVEIA, J. B. (2015). **Direitos fundamentais**. Em J. BACELAR GOUVEIA, Enciclopédia de direito e segurança. Almedina.

GOUVEIA, J. B. (2020). **Direito da segurança**. Cidadania, soberania e cosmopolitismo. Almedina.

GRECO, R. (2022). **Código Penal Comentado**. 15. ed. São Paulo: Atlas .

HASSEMER, W. (1995). **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL, pp. 42-50.

HASSEMER, W. (2006). **Processo penal e direitos fundamentais**. Revista DelRey Jurídica, ano 8, n. 6, pp. 71-75.

HESSEMAR, W. (1993). **Três temas de direito penal**. (C. E. Vasconcelos, Trad.) Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

INHCHAUSTI, F. G. (2007). **El Decomiso Transfronterizo de Bienes**. Madri: Colex.

KINDHAUSER, U. (2020). **Dogmática penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Marcial Pons.

LIMA, F. S. (2023). **Confisco Alargado de Bens análise crítica e comparada sob a perspectiva da ausência de um Processo Penal Patrimonial Brasileiro**. São Paulo: Dialética.

LIMA, R. B. (2014). **Manual de processo penal**. Juspodivm.

LIMA, V. d. (Jan de 2012). **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. Revista do Ministério Público do RS, pp. 201-234.

LINHARES, S. C. (2019). **Confisco alargado de bens: um medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

LINHARES, S. C. (2019). **Os limites do confisco alargado**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, pp. 1731-1803.

MAEDA, G. K. (2021). **O confisco alargado à luz da teoria geral das tutelas cautelares no processo penal brasileiro**. Em N. J. GIACOMOLLI, C. L. MENDES, & F. GIACOMILLI, Processo Penal Contemporâneo em debate (Lei anticrime) (p. 206). São Paulo: Tirant lo Blanch.

MARQUES, F. (2000). **Tratado de Direito Penal**. Vol. 3. Campinas : Millennium.

MARQUES, L. A. (2022). **A internacionalização do direito de defesa e a necessidade de sofisticação do processo penal brasileiro**. Em V. AUTORES, *Direito e liberdade: estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*. São Paulo: Almedina.

MARTINS, L. (Jul-set de 2007). **Luta Contra o Tráfico de Droga: necessidades de investigação e sistema garantístico**”. Revista do Ministério Público, ano 28, Jul-Set, 2007, n.o 111, p. 50.

MATOS, M. J. (2014). **A perda de bens da Lei nº 5/2002 a sua problemática natureza jurídica**. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Porto.

Maugeri, A. M. (s.d.). **Relazione Introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato**», em. *Em Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. ed. Anna Maria.

MAYA, A. M., & LORENZONI, P. C. (2022). **Natureza e conteúdo do direito à segurança: uma aproximação a partir da jurisprudência do tribunal constitucional brasileiro e da corte interamericana de direitos humanos**. Em V. AUTORES, *Segurança e liberdade: estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomoli* (pp. 367 - 387). São Paulo: Almedina.

MELO, C. S. (2021). **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 Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia.

MELO, C. S. (2021). **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 Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia.

MENDES, G. F., BOTTINI, P. C., & PACELLI, E. (2011). **Direito Penal Contemporâneo**. Série IDP. Brasília: Gen.

MINAS, M. P. (2017). **O confisco alargado no ordenamento jurídico português**. Dissertação de Mestrado em Direito forense. Universidade Católica Portuguesa. Lisboa.

MIRANDA, J. (2012). **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5º ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MIRANDA, J. (2016). **Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Vol 1. Universidade Católica Editora.

MIRANDA, J. (2016). **Curso de direito constitucional. Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais.** Vol 1. . LISBOA: Universidade Católica editora.

MONTE, M. F. (Novembro de 2022). **O confisco alargado em processo penal. Comentário jurisprudencial a partir do Acórdão nº 498/2019 do Tribunal Constitucional.** Católica Law Review, VI(3), pp. 153-170.

MONTE, M. F. (2023). **O confisco é uma pena? Em N. Martins, & J. C. Correa., O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois do código penal e 20 anos depois da lei nº 5/2002, o crime continua a compensar?** (pp. 77-143). Coimbra: Almedina.

NHANOMBE, A. (2019). **A Segurança: dever do Estado (Contrato social).** Revista de direito e segurança.

NOGUEIRA, O. (2012). 1824. **Constituições Brasileiras**, vol. I. (S. Federal, Ed.) Brasília.

NUNES, D. R. (2023). **Reflexões sobre a necessidade, ou não, da substituição, no direito português. do confisco "alargado" do património incongruente pelo confisco "alargado" em espécie previsto na diretiva 2014/42/UE.** Em C. N. Martins, & J. C. Correia, O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois do código penal e 20 anos depois da Lei nº 5/2002, o crime continua compensar? (pp. 331-365). Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, C. A. (2011). **Presunções e ficções no direito probatório.** Revista de Processo, pp. 13-20.

ONU, O. d. (1988). **Convenção de Viena sobre tráficos de entorpecentes.** Convenção de Viena de 1988.

OLIVEIRA, A. A. Y. (2019). **As diretivas de garantias processuais da união europeia, em especila a diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento europeu e do Conselho de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgame.** Revistas de Estudios Europeos, pp. 144-163.

PERREIRA, E. d. (2020). **Fundamentos teórico-conceituais do crime organizado.** Em M. M. (Coord.), Criminalidade organizada transnacional - corpus deicti II (pp. 17-54). Coimbra: Almedina.

PINTO, A. L. (2007). **As buscas não domiciliárias direito processual penal português.** Revista do Ministério Público 109, pp. 23-56.

PITON, A. P. (2018). **Anatomia de um processo penal europeu.** Tese de Doutoramento apresentada à Universidade do Minho .

RAMOS, C. B., SOUZA, R. O., & ESTRELA, T. A. (2018). **Direito Penal do Inimigo: para além da constitucionalidade do Direito Penal.** Em M. M. VALENTE, Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI (pp. 121-144). Lisboa: Legit Edições.

- RIOS, R. S., & COSTA, V. C. (2020). **Confisco alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na lei 13.964/2019 ("lei anticrime")**. Em A. TEIXEIRA, Perdas das vantagens do crime no direito penal confisco alargado e confisco sem condenação (p. 258). São Paulo: Marcial Pons.
- RIOS, R. S., & PUJOL, L. G. (2016). **Confisco Alargado: Reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 123-158.
- RODRIGUES, H. R. (2023). **Tipologias substantivas de confisco das vantagens: os diferentes caminhos para garantir que o crime não compensa**. Em C. N. Martins, & J. C. Correia, O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois do código penal e 20 anos depois da lei nº 5/2002, o crime continua a compensar? Coimbra: Almedina.
- ROSA, G. F., & HENRIQUES, H. B. (s.d.). **Expansionismo penal e crise do modelo liberal: o renascimento do positivismo criminológico**. Acesso em 02 de setembro de 2024, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2eab75e37ee14b3>
- SALINGER, F. (2020). **Questões Fundamentais do Confisco de Bens**. Em A. TEIXEIRA, Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons.
- SANTOS, J. C., & SANTOS, J. C. (dez de 2015). **Reflexões sobre o confisco alargado**. Boletim IBCCrim, pp. 23-24 .
- SARAIVA, A. d., & LOPES, D. K. (2022). **Confisco Alargado: Constitucionalidade à luz do combate aos crimes econômicos**. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação da Universidade Potiguar como requisito parcial para obtenção do título de bacharelem Direito. Natal, RN, BR: Universidade Potiguar.
- SARLET, I. W. (2004). **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 60-122.
- SILVA DIAS, A. (2010). **Criminalidade organizada e combater ao lucro ilícito**. Em M. F. Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes., 2º Congresso de Investigação Criminal (pp. 23-47). Almedina.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2002). **A expansão do direito pena: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. (L. O. Rocha, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SOUZA, C. M. (2016). **A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 233-271.

TROIS NETO, P. M. (2021). **Proposições para interpretações do Confisco Alargado do Código Brasileiro. Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, 177, pp. 19-44.

UE, U. E. (2016). **Carta de direitos fundamentais da união europeia.** Fonte: em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>

UE, U. E. (9 de Março de 2016). Diretiva 343. **Diretiva 2016/343/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 março de 2016.** Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=NL>.

UE, U. E. (24 de Abril de 2024). Diretiva 1260. **Diretiva 2024/1260/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial da União Europeia.**

UE, U. E.-P. (2021). **A inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais.** Fonte: <https://www.europarl.europa.eu/porta/en>.

VALENTE, M. M. (2005). **Revistas e buscas. Que viagem queremos fazer?** I congresso de Processo Penal. Coimbra: Almedina.

VALENTE, M. M. (2013). **Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo.** Sistema Penal & Violência, pp. 73-92.

VALENTE, M. M. (2015). **Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 105-120.

VALENTE, M. M. (2017). **Criminalidade Organizada: Tópico juscriminológico supranacional.** Em E. d. PEREIRA, M. M. VALENTE, & G. C. WERNER, Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência. Almedina Brasil.

VALENTE, M. M. (2020). **Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em ‘apuração’.** Em A. Teixeira, Perda das vantagens do crime no direito penal: confisca largado e confisco sem condenação. Pp 35-72. (pp. 35-72). São Paulo: Marçal Pons.

VALENTE, M. M. (2020). **Viagem ao fenómeno da criminalidade organizada transnacional: análise crítica em jeito de apresentação.** Em M. M. (Coord.), Criminalidade organizada Transnacional - Corpus delicti II (pp. 9-15). Coimbra: Almedina.

VALENTE, M. M. (2022). **Garantia e defesa dos direitos e liberdades fundamentais: o contributo das ciências policiais.** Revista Brasileira de Ciências Policiais, pp. 223-249.

- VALENTE, M. M. (2022). **O saber científico como o "nomoç" de afirmação do modelo constitucional democrático de polícia.** Em *Polícia(s) no Portugal Contemporâneo* (pp. 53-71). Lisboa.
- VALENTE, M. M. (2022). **Teoria Geral do Direito Policial.** Coimbra: Almedina.
- VAZ DE CASTRO, A. (2023). **O confisco moderno na sociedade da transparência: a sua natureza, o seu fundamento, um descafeinado e conta.** Em N. Martins, & J. C. Correia, *O Confisco não Baseado numa Condenação, 40 anos depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei nº 5/2002* (pp. 45-76). Coimbra: Amedina.
- VAZ DE CASTRO, A. J. (Dez de 2021). **A indentificação da natureza penal de uma consequência jurídica no direito português. O confisco das vantagens do facto ilícito-típico como ponto de partida e ponto de chegada.** Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico- Criminais, orientada pelo Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal.
- VERVAELE, J. A. (1998). **Las sanciones de confiscación: un intruso en el Derecho Penal?** (Praxis, Ed.) *Revista Penal*. Utrech University, 67-80.
- VIEIRA, R. D. (2019). **Confisco Alargado de Bens Análise de Direito Comparado.** Salvador: Juspodivum.
- VILELA, A. (2000). **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra Editora.
- WEDY, M. T. (2022). **Ônus da prova e vedações probatórias.** Em V. autores, *Segurança e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli* (pp. 575-588). São Paulo: Almedina.
- ZAFFARONI, E. R. (2001). **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan.
- ZAFFARONI, E. R., & PIERANGELI, J. H. (2004). **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais.