

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

SÓLON CÍCERO LINHARES

CONFISCO ALARGADO DE BENS:
UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DE
RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PROVENIENTES DE PRÁTICAS ILÍCITAS

CURITIBA

2016

SÓLON CÍCERO LINHARES

**CONFISCO ALARGADO DE BENS:
UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DE
RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PROVENIENTES DE PRÁTICAS ILÍCITAS**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

Orientador: Profº Dr. Rodrigo Sánchez Rios (PUC/PR)

Curitiba
2016

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

L755c Linhares, Sólon Cícero
2016 Confisco alargado de bens : uma reflexão crítica sobre a política criminal de recuperação de ativos provenientes de práticas ilícitas / Sólon Cícero Linhares ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2016.

244 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016

Inclui bibliografia

1. Direito penal econômico. 2. Confisco de bens. 3. Corrupção. 4. Direito. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

SÓLON CÍCERO LINHARES
CONFISCO ALARGADO DE BENS:
UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DE
RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PROVENIENTES DE PRÁTICAS ILÍCITAS

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Presidente: Profº Dr. Rodrigo Sánchez Rios (Orientador)

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profº Dr. André Luís Callegari (Convidado)

Universidade Vale do Rio dos Sinos – Unisinos

Profº Dr. Paulo Cesar Busato (Convidado)

Universidade Federal do Paraná

Profº Dr. Sérgio Fernando Moro (Convidado)

Universidade Federal do Paraná

Profº Dr. Luís Alexandre Carta Winter (Membro PPGD)

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profº Dr. Wladimir Passos de Freitas (Membro PPGD)

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 22 de janeiro de 2016.

À minha família, **Deborah, Pietra e Eduardo**, incentivo ininterrupto e infindável, até em pensamento ou mesmo dormindo vocês me alentam. Amo esta família acima e mais que tudo.

Aos **meus pais** que sempre me apoiaram na busca do conhecimento, por vezes me mostrando o melhor caminho e outras, deixando que eu, sozinho, os trilhasse.

Aos meus irmãos, **Luiz Júnior e Gerusa**, exemplos de profissionais, que de alguma forma sempre estiveram me assistindo nesta jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. **Rodrigo Sánchez Rios**, primeiramente por ter aceitado este desafio. Agradeço imensamente por ter se debruçado por inteiro na pesquisa, não medindo esforços, por incontáveis vezes, seja pessoalmente ou via eletrônica, para me trazer serenidade, segurança e norte para o deslinde desta pesquisa, mostrando-se um verdadeiro amigo, a quem devo, eternamente, minha formação acadêmica e de docência na área penal.

Aos membros da banca de defesa, professores **André Callegari, Paulo Busato e Sérgio Moro**, convidados externos que prontamente se dispuseram a avaliar o conteúdo desta pesquisa. Aos professores **Luis Alexandre e Vladimir**, os quais tenho a honra de ombrear nesta instituição de ensino, no curso de graduação. Busco sempre me espelhar nestes mestres porque demonstram, sistematicamente, que a pesquisa científica é a única forma de se alcançar a verdadeira produção do conhecimento.

Ao Decano do Curso de Direito, Professor e amigo **Eduardo Agostinho**, pelas incontáveis aulas sobre o contexto criminal e a análise econômica do direito.

Ao meu querido amigo e grande cunhado, Prof^o **Pasqualino Lamorte**, pelo apoio permanente e incondicional.

Aos **professores do PPGD/PUCPR**, pelos ensinamentos repassados durante as brilhantes aulas ao longo do curso e um agradecimento especial ao seu Coordenador, **Professor Oksandro Osdival Gonçalves** e à **CAPES** pelo apoio e incentivo às pesquisas do PPGD/PUCPR.

Aos colegas do curso de doutorado pela luta diuturna no alcance das metas estabelecidas pelo programa do PPGD/PUCPR e às secretarias do PPGD/PUC/PR, **Eva e Daiane**, a quem devo pela paciência e conhecimento profundo sobre as normativas internas do programa, sempre auxiliando e se mostrando voluntárias para a consecução dos nossos objetivos.

À PUC/PR pela bolsa docente, sem a qual não teria a possibilidade de realizar esta pesquisa. Obrigado por me receber, já na graduação em que também tive bolsa de estudos e agora, na pós-graduação *strictu senso*.

À Coordenadora do Curso de Direito, Professora **Simara Duarte**, profissional da mais alta qualidade. Obrigado por sempre adequar e compatibilizar as minhas aulas do doutoramento com as aulas da graduação.

Ao Professor **Antonio Kosikoswki Jr**, o qual tive o grande privilégio de conhecer nesta instituição de ensino. Pessoa voluntária, de profundo saber técnico científico-jurídico, que ao saber da minha angústia, antes da quinta etapa do processo seletivo para ingresso no programa da PUCPR, buscou, com serenidade, segurança e conhecimento, orientar-me da melhor maneira possível, resultando no sucesso na aprovação.

Ao **Dr. Rosalvo Ferreira Franco**, Superintendente Regional da Polícia Federal no Paraná por apoiar incondicionalmente esta pesquisa. À Corregedora da PF **Dra. Rosicléya** e ao **Dr. Flúvio**, profissionais pelos quais tenho a honra de trabalhar no enfrentamento do crime organizado, meu muito obrigado. Ao amigo Agente Federal **Marcos Koren**, pelo auxílio nos estudos, especialmente pelo envio de obras de assuntos relacionados ao confisco, quando dá sua estada como Adido-Adjunto nos Estados Unidos.

Aos Diretores do Curso Luiz Carlos, **Henrique Arns**, pelo apoio incondicional nesta jornada e ao Prof^o **Sérgio S. Staut**, por acreditar que seria possível lecionar neste brilhante curso e apostou nas minhas aulas.

Aos **Professores Ademar Nitschke e Bernardo Strobel**, amigos e colegas de PUC/PR, os quais me auxiliaram na leitura atenta do texto, adequando às novas normas da língua portuguesa.

Ao amigo-irmão **Alexei Muziol** pelas incontáveis vezes que me ajudou, seja no dia do acidente em que fui vítima, seja nos dias de recuperação física e psicológica.

In Memoriam, a minha querida **Claudete Gomes de Matos**, exemplo de mulher guerreira que deixou saudades há exatos 48 dias - como queria que você estivesse aqui vivenciando o resultado desta pesquisa - e ao meu concunhado e amigo do peito, **Kelston Ulbricht Gomes**, que faleceu ao meu lado em um trágico acidente de veículo, quando eu ainda estava no início desta pesquisa. Obrigado por, espiritualmente, me dar forças para não desistir.

Estribado no pensamento filosófico de Santo Tomás de Aquino, de que os príncipes são obrigados a devolver o que tiram de seus súditos para a preservação do bem da coletividade "*Principes ejus in medio illius, quasi lupi rapientes praedam*" (Ezech. XXII, 27), o **Padre Antonio Vieira**, escreveu o Sermão do Bom Ladrão, em 1655.

... "*Antigamente os que assistiam ao lado dos príncipes chamavam-se laterones. E depois, corrompendo-se este vocábulo, como afirma Marco Varro, chamaram-se latrones. E que seria se assim como se corrompeu o vocábulo, se corrompessem também os que o mesmo vocábulo significa? O que só digo e sei, por teologia certa, é que em qualquer parte do mundo se pode verificar o que Isaías diz dos príncipes de Jerusalém: Principes tui socii rorum: os teus príncipes são companheiros dos ladrões. E por que? São companheiros dos ladrões, porque os dissimulam; são companheiros dos ladrões, porque os consentem; **são companheiros dos ladrões, porque lhes dão os postos e poderes**; são companheiros dos ladrões, porque talvez os defendem; e são finalmente seus companheiros, porque os acompanham e hão de acompanhar ao inferno, onde os mesmos ladrões os levam consigo*"...

... "*O ladrão que furta para comer, não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, **são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera.***

(...) *os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o **governo das províncias, ou a administração das cidades**, os quais já com manha, já com força, roubam e **despojam os povos**. - Os outros ladrões roubam um homem: **estes roubam cidades e reinos**; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: **estes furtam e enforcam**" ...*

RESUMO

Os delitos praticados no marco de organizações criminosas têm se revestido de uma característica elementar: a busca pelo lucro e pelo fácil enriquecimento. Este capital ilícito é, via de regra, reinserido na economia formal comprometendo, assim, a integridade do sistema financeiro mundial. Fala-se, então, em criminalidade reditícia ou de *profitto*. Diante destes contornos, é possível concluir, a pena privativa de liberdade, isoladamente, não é instrumento hábil a inibir ou desestimular estas práticas. A análise econômica do Direito, enquanto disciplina metodológica, demonstra que os seres humanos respondem a incentivos, sejam eles positivos ou negativos e, sob tal contexto, esta criminalidade não poderia ser combatida tão somente por intermédio de mecanismos voltados a obstar a consumação da ação típica praticada. Ao revés, é necessário privar o sujeito dos ganhos auferidos a partir destas práticas delituosas: o delinquente econômico deve pautar-se pela máxima de que o crime, efetivamente, não compensa. O aparato estatal brasileiro voltado às medidas sancionatórias de caráter patrimonial, máxime as dispostas no artigo 91, da lei penal substantiva, contudo, não se revela suficiente para esta finalidade. É por efeito desta conjuntura que surge a discussão acerca do confisco alargado. Medida de cunho processual penal de natureza essencialmente preventiva, marcada por um forte viés político-criminal, o confisco alargado visa despojar do delinquente todos os bens sob sua posse direta ou indireta, desde que, observados os requisitos legais objetivos previamente e taxativamente delimitados, se possam presumir como de origem delitiva. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido tratar-se de um instrumento eficaz, pragmático e que, não obstante agressivo, amolda-se aos preceitos fundamentais balizadores do *ius puniendi* estatal, quando bem definidos os critérios objetivos para sua implementação. Destarte, o presente estudo teve por finalidade avaliar sua verdadeira natureza, e o “se” e o “como” este instituto poderia vir a ser implementado no ordenamento jurídico brasileiro sem, com isso, vulnerar os princípios constitucionais de garantia e os postulados basilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Criminalidade Reditícia. Delito de *profitto*. Confisco Alargado. Prevenção. Presunção de ilicitude.

RESUMEN

Los crímenes cometidos en el marco de las organizaciones criminales se han recubierto con una característica fundamental: el afán de ganancia y el hacerse rico rápidamente. Este capital ilícito es, en regla general, reinsertado en la economía formal, poniendo en peligro la integridad del sistema financiero mundial. Se habla entonces de *reditícia* o el crimen de *profitto*. Teniendo en cuenta estos contornos, se puede concluir, la privación de libertad por sí sola no es un instrumento eficaz para inhibir o desalentar estas prácticas. El análisis económico del derecho, como una disciplina metodológica, demuestra que los seres humanos responden a los incentivos, ya sean positivo o negativo y, en este contexto, este crimen no podía ser estudiado únicamente a través de mecanismos orientados para prevenir la consumación de la acción típica practicada. Al revés, hay que privar al tema de las ganancias derivadas de estas actividades criminales: los criminales económicos deben guiarse por la máxima de que el crimen no paga efectivamente. El aparato estatal brasileño orientado a medidas sancionadoras son de carácter patrimonial, considerando lo exigido por el artículo 91, de la ley penal sustantiva, sin embargo, no parece suficiente para este propósito. Es por efecto de esta situación en que surge la discusión sobre el decomiso ampliado. Medida de carácter de proceso penal esencialmente preventiva, marcado por un fuerte lado político-criminal, el decomiso ampliado tiene la intención de privar al infractor de todos los activos de su propiedad, directa o indirecta, desde que, observados los requisitos legales objetivos previamente definidos y exhaustivamente se puedan asumir como de origen delictiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que se trata de una herramienta eficaz y pragmática que, a pesar de agresiva, se ajusta a los preceptos fundamentales, balizadores, *ius puniendi* del estado, cuando bien definidos los criterios objetivos para su aplicación. Así, este estudio tuvo como objetivo evaluar su verdadera naturaleza, y el "si" y "cómo" este instituto podría ser implementado en el sistema jurídico brasileño sin que ello deje vulnerables los principios constitucionales de garantía y los postulados basilares del Estado democrático de Derecho.

Palabras clave: Crimen *Reditícia*. Delito de *Profitto*. Decomiso ampliado. Prevención. Presunción de ilegalidad.

RIASSUNTO

I delitti praticati nell'ambito di organizzazioni criminose sono caratterizzati da un fattore elementare: la ricerca di lucro e l'arricchimento facile. Questo capitale illecito è di regola reinserito nell'economia formale, compromettendo in tal modo il sistema finanziario mondiale. Si parla pertanto di criminalità redditizia o di *profitto*. Considerati i lineamenti di questa realtà, è possibile concludere che la pena come privazione di libertà non è di per sé uno strumento in grado di inibire o disincentivare queste pratiche. L'analisi economica del Diritto, come disciplina metodologica, dimostra che gli esseri umani rispondono ad incentivi, siano essi positivi o negativi; motivo per cui non si può riuscire a sconfiggere questa criminalità solo attraverso meccanismi volti semplicemente ad ostacolare il consumo dell'azione tipica praticata. Al contrario, è necessario privare il soggetto dei guadagni provenienti da queste pratiche delittuose: il delinquente economico deve arrivare alla conclusione che effettivamente non vale la pena compiere il crimine. L'apparato statale brasiliano, caratterizzato da misure sanzionatorie di carattere patrimoniale, specie quelle disposte dall'articolo 91 della legge penale sostantiva, non si rivela comunque sufficiente al raggiungimento di questo obiettivo. E' da questa congiuntura che nasce la discussione sull'estensione dei poteri di confisca. Misura di carattere processuale penale di natura essenzialmente preventiva, con una forte connotazione politico-criminale, la confisca allargata ha come obiettivo quello di spogliare il delinquente di tutti i beni di sua proprietà, diretta o indiretta, fintanto che, una volta osservati i requisiti legali obiettivi, preventivamente ed esaurientemente definiti, siano ritenuti di origine delittuosa. Il Tribunale Europeo dei Diritti dell'Uomo lo considera uno strumento efficace, pragmatico e che, nonostante sia ritenuto aggressivo, rispetta i precetti fondamentali dello *ius punendi* statale, quando vengono ben definiti i criteri obiettivi per la sua implementazione. Perciò il presente studio si è proposto di valutare la sua vera natura, il "se" e il "come" questo istituto potrebbe essere migliorato nell'ordinamento giuridico brasiliano senza per questo rendere vulnerabili i principi costituzionali di garanzia e i postulati di base dello Stato Democratico di Diritto.

Parole chiave: Criminalità Reddizita. Delitto di *Profitto*. Confisca Allargata. Prevenzione. Presunzione di Illegalità.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED - Análise Econômica do Direito

AGU – Advocacia Geral da União

BIG OIL – Utilizado para se referir as cinco ou seis maiores empresas de petróleo e gás de capital aberto do mundo, também conhecido como *supermajors*/grandes companhias petrolíferas

CED – Código de Extinção de Domínio

CF – Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

COAF - Controle de Atividades Financeiras

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

EUA – Estados Unidos da América

GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional

GPML – Sigla em inglês que se refere ao programa mundial contra a lavagem de dinheiro.

JUNK BOND - Títulos de alto risco.

L.O. – Lei Orgânica

MJ – Ministério da Justiça

OEA – Organização dos Estados Americanos

PIB – Produto Interno Bruto

RIF – Relatório de Inteligência Financeira

SEC - *Securities and Exchange Commission*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Européia

UIF – Unidade de Inteligência Financeira

Sumário

1.	INTRODUÇÃO	14
2.	A ESPECIALIZAÇÃO DO CRIME A PARTIR DAS FALHAS DO MODELO ECONÔMICO ...	24
3.	ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CRIMES DO “COLARINHO BRANCO”	35
4.	UMA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ATRAVÉS DA DENSIDADE JURÍDICA DO ADÁGIO “O CRIME NÃO COMPENSA” E O PREJUÍZO A ECONOMIA FORMAL E AO DESENVOLVIMENTO.	54
4.1	O PREJUÍZO À ECONOMIA FORMAL E AO DESENVOLVIMENTO.....	64
4.2	. POLÍTICA PREVENTIVA – O DIAGNÓSTICO PROPOSTO POR WINFRIED HASSEMER NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA	74
5.	A PERDA DE BENS EM FAVOR DO ESTADO. UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA PERSPECTIVA DA CRIMINALIDADE REDITÍCIA	86
5.1	MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REAIS NO DIREITO BRASILEIRO	94
5.1.1	<i>Do Sequestro</i>	100
5.1.2.	<i>Da Hipoteca Legal</i>	106
5.1.3.	<i>Arresto</i>	109
5.2.	OUTRAS HIPÓTESES DE PERDA DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	110
5.3.	A PROPOSTA DA EXTINÇÃO DE DOMÍNIO	114
5.4.	PESQUISA EMPÍRICA – ANÁLISE PRÁTICA DO USO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS E DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES EM CASOS DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE CAPITAIS.	132
6.	O CONFISCO NA EXPERIÊNCIA COMPARATIVA	141
6.1	<i>Os instrumentos de recuperação de ativos na normativa geral europeia – a evolução do confisco nas diretivas internacionais</i>	143
6.2	<i>O Confisco de Bens na realidade normativa de Portugal</i>	150
6.3.	<i>O Confisco de Bens na realidade normativa da Alemanha</i>	155
6.4	<i>O Confisco de Bens na realidade normativa da Espanha</i>	158
6.5	<i>O Confisco de Bens na realidade normativa da Itália</i>	162
6.6	<i>O Confisco de Bens na realidade normativa de outros países da U.E.</i>	165
7.	A INEFICÁCIA DO MODELO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DE PADRÕES: O CONFISCO ALARGADO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PROVENIENTES DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA – UMA PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	173
7.1.	A NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO ALARGADO E SUA EFICÁCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CRIMINALIDADE REDITÍCIA.....	175
7.2.	DA COMPATIBILIDADE DO CONFISCO ALARGADO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	185
7.3	DA PROPOSTA “ <i>LEGE FERENDA</i> ” DE CONFISCO ALARGADO.....	204
8.	CONCLUSÃO	214

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal sempre tutelou bens de conteúdo econômico, seja a propriedade ou o patrimônio. A atualização dos meios de interação e vivência social, assim como a modificação dos parâmetros que embasavam a intervenção do Estado na atividade econômica, todavia, trouxeram consigo a necessidade de criminalização de condutas até então atípicas¹. Este cenário é retratado na reflexão de BAJO FERNÁNDEZ, ao concluir: uma carta política, quando elaborada no seio de um regime democrático de direito, inevitavelmente, se depara com dois limites: “*a impossibilidade de renunciar aos interesses gerais que exigem uma certa intervenção estatal (pleno emprego, política fiscal, estabilidade monetária, proteção ao meio ambiente, etc)*”, impedindo retornar a um liberalismo puro. E em outro vértice a “*impossibilidade de admitir um sistema econômico de planificação total, centralizada e imperativa, que impedisse qualquer iniciativa empresarial autônoma. Neste amplo contexto constitucional tem de atuar o direito penal econômico[...]*”²

Ocorre que atualmente, o lucro e o seu reinvestimento em novos delitos têm revelado que o crime se tornou reditício³ e esta característica é o principal mobil das infrações penais econômicas⁴, - é dizer: as organizações criminosas internacionais mantêm negócios altamente lucrativos, a exemplo do tráfico de drogas, da corrupção pública e privada, exploração sexual de crianças e adolescentes, terrorismo e, mais recentemente, o tráfico ilegal de imigrantes⁵.

Assim, antes da execução do delito, na fase da *cogitatio* e *conatus remotus*, o lucro tem um papel fundamental e decisório pois integra a dinâmica da probabilidade de ganho com os riscos de perda e, por esta razão, na ponderação de OLIVARES⁶,

¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação*. Revista dos Tribunais. Ano 89, volume 775, maio de 2000, pg. 432-448.

² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*. Hacia un derecho penal económico europeo. Libro homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 1995. p. 65.

³ Pedro CAEIRO, no direito português, utilizou a expressão REDITÍCIO em *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013. Cf. Antonio BALSAMO, da expressão PROFITTO, utilizado no direito italiano em *il Sistema Delle Misure Patrimonial Antimafia Tra Dimensione Internazionale e Normativa Interna*. Giuffrè Editore, 2010. p. 21 *et seq*

⁴ CORREIA, João Conde. *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*. INCM. 2012. pg. 85.

⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia*. Criminalidad Organizad, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008. p. 70.

⁶ OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Sobre la Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia en la Receptación Civil*. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 12-r2, p. r2:1 – r2:20 (2010).

as medidas de perda de bens tornaram-se “*arma primordial de la política criminal de nuestro tiempo*”.

Entretanto a lei penal adjetiva dispõe apenas de instrumentos clássicos para o enfrentamento da criminalidade organizada, dedicada a crimes econômicos e financeiros. Poder-se-ia aventar insuficiências 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.

O lucro, em um pensamento clássico, seria obtido através do produto e proveito do crime. Para contemplar esta problemática, seriam adequadas as medidas clássicas: sequestro, hipoteca legal, arresto, perda do instrumento do delito e a recente medida⁷ de alienação antecipada constante da lei de lavagens de capitais, todas vinculadas a uma sentença penal condenatória transitada em julgado⁸.

Entretanto, resulta transparente que o lucro proveniente de outros delitos, de difícil comprovação pelo Estado, é o motor ativo desta nova criminalidade⁹ e, infelizmente, muitos Estados – dentre eles o Brasil – não dispõe de instrumentos processuais penais legítimos para obstaculizar estas práticas, seja quando vislumbradas sob um viés pré delitivo, de política-criminal, seja sob um viés pós delitivo, de repressão e recuperação dos bens e valores desviados.

Em um mundo globalizado¹⁰, em que a informação e o mercado financeiro são os elementos centrais que assim o caracteriza como global, certamente o crime também adquire nova roupagem, revestindo-se de *modus operandi* e efeitos, não limitados por barreiras territoriais, sejam elas regionais ou nacionais.

Deste modo, o crime ultrapassa as fronteiras e busca, acima de tudo, os mercados em que possa realocar o “*profitto*”, especialmente quando estudados os

⁷ Lei 9.613/1998, com alterações promovidas pela Lei 12.683/2012.

⁸ MARQUES, Paulo Silva. **O confisco ampliado no Direito Penal Português**. Lusíada. Direito. Lisboa, nº 10. 2012. pg. 293-317.

⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **El patrimonio criminal**. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la politiza criminal Europea en matéria de confiscación, Madrid, Dickinson, 2008. p. 15.

¹⁰ Neste contexto, a globalização é entendida nos termos trazido por COSTA, José Faria. **O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico** – Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009. p. 95. “*quando se fala em globalização, os primeiros segmentos da realidade que afloram ao nosso espírito prendem-se, indelivelmente, com o mercado financeiro e ainda com a informação. Em primeiro lugar, a tecnologia (informática) que permitiu, através de um hardware, cada vez mais barato, que a informação circulasse em tempo real e se espalhasse em rede à qual potencialmente “todos” os cidadãos do mundo podem ter acesso. Em segundo lugar, a própria natureza volátil das matérias que se consideram, seja o mercado financeiro, seja a própria informação*”.

aparatos formais dos Estados-Nacionais¹¹ no âmbito da prevenção. Constata-se a insuficiência de mecanismos administrativos de fiscalização, mas principalmente, a fragilidade do sistema penal sob o qual seriam eventualmente processados. Trata-se de verdadeira análise de ponderação entre os meios, os fins, e suas possíveis consequências.

Parafraseando recente estudo¹², diante de uma “nova” sociedade, desenvolve-se uma criminalidade “nova”. Segundo TEUBNER¹³, “*a globalización es un fenómeno multidimensional que involucra diversos dominios de actividad e interaccion, incluyendo los dominios económicos, políticos, tecnológicos, militares e jurídicos ...*”

Por certo que cada uma destas categorias desenvolve seus específicos padrões de relações e atividades¹⁴. Não surpreende, no tocante à categoria jurídica, o rompimento com a fórmula tradicional de produzir o direito, ou seja, a fonte do direito tradicional, entendido como monopólio exclusivo dos Estados Nacionais, é alternada com a globalização, pois a sociedade civil também passa a ser fonte da produção de normas,¹⁵ responsáveis pela elaboração de um direito chamado global¹⁶.

Portanto, quando se pensa em criminalidade econômico-financeira, através de atividades criminais complexas, a pedra angular regente da discussão nos Estados

11 COSTA, José Faria. **O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico** – Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009. p. 97.

12 RODRIGUES, Anabela Miranda. **Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. Direito Penal Econômico e Europeu**: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009. p. 159.

13 TEUBNER, Gunther. Saskia Sassen e Stephen Krasner. **Estado, Soberanía y Globalización**. Nuevo Pensamiento Jurídico. Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Bogota. Colômbia. 2010. p. 35.

14 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio afirma: “*la sociedad actual, una sociedad de riesgos según las más modernas formulaciones sociológicas, presenta lados sombríos, usos desviados del progreso. La libre circulación de capitales, necesaria como fator de favorecimiento de las inversiones productivas; la disponibilidad de diversas fórmulas jurídicas para la fluidez de la vida económica; la agilización de las transacciones económicas constituyen nuevos riesgos de la sociedad actual, toda vez que pueden ser torticeramente aprovechados para la legitimación u ocultación de capitales procedentes del delito, para la consolidación de situaciones patrimoniales ilícitas, y la alimentación de organizaciones criminales capaces de desestabilizar el mercado financier, frente a las cuales debe actuarse enérgicamente através de una adecuada cooperación internacional entre Estados. Este nível de criminalidad es el más preocupante, y, paradójicamente, las legislaciones nacionales suelen mostrarse insuficientes frente a él*” em: **El patrimonio criminal**. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la política criminal Europea en matéria de confiscación, Madrid, Dickinson, 2008. p. 16.

15 Gunther TEUBNER elenca alguns exemplos de setores que demandam a normatização de suas atividades que não podem ser supridas pelo Estado: “*los regimes legales internos de las empresas multinacionales; el derecho laboral internacional, donde las empresas y los sindicatos de trabajadores son creadores de normas por excelência; la estandarización técnica y la autorregulación profesional han desarrollado tendencias hacia la coordinación en todo el mundo con una mínima intervencion de la política oficial internacional; el discurso de los derechos humanos se ha globalizado y esta presionando por su propio derecho, no solo como producto de una fuente distinta a los Estados, sino en contra de éstos; las telecomunicaciones com internet también están luchando por su propio regimen jurídico global; lo mismo ocurre en el campo de la ecología y de los deportes, donde se está discutiendo el surgimiento de una lex sportiva internation*”. TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 39.

16 *Ibidem*, p. 36.

Nacionais, é a elaboração de normas direcionadas a neutralizar o rendimento ou a ganância do delito, seja mediante a construção de espaços penais comuns¹⁷, na efetivação do princípio do reconhecimento mútuo¹⁸ das decisões dos Estados Nacionais, ou ainda na instituição de medidas de perda de bens em favor do Estado¹⁹.

Lamentavelmente, os estudiosos do direito penal em nível global, acabaram por deixar em segundo plano o estudo da perda de bens. Segundo AGUADO²⁰, basta uma consulta em “*cualquier manual de Derecho Penal para comprobar que la cita y el comentario sobre esta institución apenas sobrepasan la reproducción literal de los preceptos penales que lo regulan*”.

Por certo que a mudança de foco deve andar *pari passu* às recomendações da política criminal internacional, notadamente à reação penal, vale dizer: não se deve mais ficar adstrito somente à aplicação do preceito secundário da norma penal incriminadora, há necessidade de ir além e, neste contexto, nasce um forte movimento de realinhamento – o alvo agora é a recuperação de ativos através da privação econômica²¹, aliada sempre a privação da liberdade, concretizando o vetusto adágio popular: o crime não compensa.

Assim, a justificativa da aplicação do direito penal, antes alocado nas intervenções ético-preventiva e retributiva, só resultarão em pleno contento social se os delinquentes também experimentarem a perda de seus bens, seja porque o patrimônio é proveniente do crime ou porque presumíveis serem originados de uma “carreira criminoso”²².

17 TIEDEMANN, Klau. *Manual de Derecho Penal Económico*. Parte Geral y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 40.

18 MARTÍN, Joaquim Delgado. *O Princípio de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales*. La Ordem de Detención Europea y los Procedimientos de Entrega entre los Estados-Membros de la Unión Europea. Derecho Penal Supranacional y Cooperacion Jurídica Internacional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 293.

19 CUNHA, José M. Damião da. *Perda de Bens a Favor do Estado*. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Volume III. Coimbra Editora. 2009. p. 127.

20 AGUADO, Javier-Alberto Zaragoza. *La Nueva regulación del Decomiso de Bienes em el Código Penal y em el Derecho Comparado*. Combate al Lavado de Activo desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú. Org. Isidora Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga e Javier Zaragoza Aguado. 2014. p. 336.

21 Sobre a nova política criminal internacional contra a criminalidade dos poderosos, Cf. BLANCO. CORDERO, Isidoro. *Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia*. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008. p. 70. “*En los últimos años se ha evidenciado que una de las sanciones más eficaces contra este tipo de delincuencia es el comiso, lá privación de los beneficios obtenidos de sus actividades delictivas y su asignación al Estado. Ahora bien, la configuración clásica del comiso plantea dificultades de aplicación práctica, sobre todo de carácter probatorio. Por eso, se está dando a esta consecuencia del delito una configuración más moderna, que pretende facilitar la prueba del origen delictivo de los bienes. El prototipo de esta configuración más moderna es el denominado – comiso ampliado (confisca allargata, extended forfeiture, erweiterte Verfall)*”.

22 CUNHA, José M. Damião da. *Perda de Bens... Op. cit.*, p. 126.

Neste sentido, a UE, através das decisões-quadro elaboradas pelo Conselho Europeu, desde a década de noventa,²³ já vem se aproximando do instrumento de confisco como medida apta ao combate à criminalidade econômico-financeira.

Desta maneira, a normativa internacional de prevenção vê no confisco alargado de bens, três resultados positivos - juntamente à pena privativa de liberdade -, os quais passam a integrar os principais elementos de repressão e prevenção ao crime reditício ou de *profitto*²⁴. O primeiro resultado adequado é acentuar as prevenções gerais e especiais através da constatação que o delito não compensa. O segundo efeito produzido com a medida de confisco está em evitar que o capital produzido pela delinquência organizada seja novamente reinvestido em outras modalidades de crime, evitando o ciclo *investimento-crime-ganho-reinvestimento-crime-ganho*. O terceiro corolário do confisco está em impedir ou reduzir os riscos da concorrência desleal²⁵ no mercado, isto é, a medida visa sufocar o investimento e a realocação de dinheiro sujo em mercados formais²⁶. Há estudos²⁷ reflexivos a respeito da falta de uma concorrência sadia no mercado, a qual é um dos elementos propulsores do crescimento da inflação, já que este fenômeno não é estritamente econômico ou monetário, mas sim primordialmente um fenômeno político.

O direito penal, portanto, além de pretender a punição do sujeito pelo descumprimento das regras, previamente estabelecidas pelo Estado, deve ter outro foco: desestimular os sujeitos ativos da prática criminosa. Obviamente esta assertiva irá demandar outras indagações não restritas à temática jurídico-formal.

Uma consequência torna-se evidente: as novas políticas criminais²⁸ de enfrentamento dos delitos praticados no marco de uma organização criminosa, partem da premissa do caráter imprescindível da elaboração de mecanismos jurídicos alicerçados na eficácia do confisco de bens os quais estejam na posse de um sujeito

23 DEL ARCOM, Andrés Palomo. *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*. Origen y desarrollo de la asistencia judicial penal en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII. Origen. 2013. p. 52.

24 Crime Reditício – expressão utilizada no direito português; Delitos de Profitto – utilizada no direito italiano. São espécies de crimes que se identificam pela motivação na sua consecução, ou seja, são categorias delituosas que visam lucro e o seu reinvestimento ilegal em mercados formais.

25 Não se trata do crime previsto na lei 9.279/1996. O termo se refere, ao longo da pesquisa, àquela concorrência injusta, provocada pelo aporte de dinheiro oriundo de atividades ilícitas em mercados formais tumultuando a economia.

26 CORREIA, João Conde. *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*. INCM. 2012. pg. 85.

27 FERGUSON, Niall. *A Grande Degeneração*. A decadência do mundo ocidental. Tradução Janaína Marcoantonio. São Paulo: Editora Planeta, 2013. p. 12.

28 OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Sobre la Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia en la Receptación Civil*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 12-r2, p. r2:1 – r2:20 (2010).

condenado por um determinado crime. Essa modalidade delitiva, por óbvio, deve tender a obtenção de lucro, ampliando-se o alcance para todos os bens que estão na posse deste sujeito, porque presumíveis serem de origem de outras atividades criminosas. Um raciocínio diverso, estaria adstrito a uma família delitiva motivada por fatores psicológicos e egoísticos (leia-se, por exemplo, um homicídio passional), mas distante de uma *ratio* eminentemente lucrativa. Aparentemente, nesta última assertiva, os mecanismos penais tradicionais conferem uma resposta satisfatória.

Tendo este como objetivo central, a presente pesquisa, no primeiro capítulo, irá analisar o atrelamento entre o modelo econômico adotado e sua repercussão na configuração das modalidades criminosas. Há uma relação indissociável entre o modo de produção e as práticas delituosas²⁹.

Assim, a pesquisa procurou demonstrar que a especialização dos delitos econômicos se dá, essencialmente, a partir das falhas do modelo econômico. Através da passagem do modelo econômico de bem-estar social para o modelo neoliberal, pretende-se elucidar ao leitor, que o crime reúne contornos peculiares, em especial aos modelos, formas e organização de seus protagonistas.

Criou-se um capitalismo de compadrio³⁰, de laços³¹, que associados às práticas fraudulentas por agentes privados no mercado financeiro em razão de uma autoregulação inserida no marco de políticas liberais desaguando em uma sociedade “desigual”³².

29 RIOS, Rodrigo Sánchez. *Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação*. Revista dos Tribunais. Ano 89, volume 775, maio de 2000, pg. 432-448.

³⁰ O termo compadrio remete a nepotismo. Etimologicamente, nepotismo deriva do latim *nepos, nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. “A igreja católica, historicamente teve um grande poder de mercado e quando este poder não era conquistado por meio da superioridade da mensagem da Igreja, era obtido pelo uso da força. Repressão, intolerância contra hereges e, finalmente, a Inquisição – tudo isso tinha objetivo de evitar a concorrência. Foram precisamente essas barreiras de entrada que permitiram que os papas gozassem e muitas vezes abusassem de um poder imenso, que permitia que colocassem seus filhos e aliados em posições influentes, independentemente do mérito. Este problema não existia nas igrejas protestantes, que são menores e tentam concorrer agressivamente entre si, havendo pouco espaço para favoritismo. Nessas igrejas, a nomeação do pastor ou tesoureiro errado pode facilmente resultar no desaparecimento de uma congregação. Não há margem para erros. O mesmo vale para as empresas. Num mercado verdadeiramente competitivo, não há espaço para corruptos. O espaço surge quando há folga, ou seja, quando uma empresa consegue dominar o mercado. Assim, a corrupção é outro custo importante do monopólio”. Cf. ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo*: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 35.

³¹ Sérgio Lazzarini define capitalismo de laços como “o modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública”. LAZZARINI, Sérgio G. (Sérgio Giovanetti). *Capitalismo de Laços*: Os donos do Brasil e suas conexões. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4.

³² STIGLITZ, Joseph E. *El precio de la desigualdade*. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita. Traducción de Alejandro Pradera. Nuevo Prólogo Actualizado. Taurus. 2013. p. 27 *et seq.*

É importante ressaltar que as relações oriundas deste modelo de compadrio ou de laços (acrescentadas das fraudes escandalosas), promovem falhas ou distorções de mercado, obrigando que projetos ou decisões de investimentos públicos sejam direcionados por contatos espúrios e critérios políticos irregulares, prejudicando, desta forma, uma concorrência saudável no mercado.

Outro ponto negativo provocado por este tipo de relação “incestuosa” é a facilidade para a formação de cartéis entre agentes privados, que resulta em falta de competição entre os atores, proporcionando um ambiente propício para a corrupção sistêmica³³.

Uma leitura atenta deste capítulo poderá exigir um aprofundamento sobre a legitimidade ou não dessas relações indevidas entre agentes privados e públicos, mas entendemos que focalizar as dimensões do denominado “lobby” ultrapassam os desideratos desta pesquisa³⁴

Portanto, a criminalidade organizada econômica, neste contexto, não se dedica a delitos *powerless*³⁵ ou os chamados delitos de ruas, senão para a consecução de crimes *powerfull*, os conhecidos crimes de natureza econômico-financeira, sendo o lucro e a concorrência desleal entre os atores os principais combustíveis para o funcionamento das práticas criminosas.

Em um segundo momento, a pesquisa inclina-se para o estudo da perspectiva da análise econômica do direito, pretendendo demonstrar que o crime não deve compensar, isto é, o delinquente econômico, antes de realizar sua conduta, deve mudar o conceito pela qual a mesma se reveste.

³³ VANUCCI, Alberto. **La corruzione in Italia**: cause, dimensioni, effetti, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). *La legge anticorruzione*. Torino, Giappichelli, 2013, p. 46. Cf. “*a corrupção sistêmica se distingue das demais por três elementos centrais: a) todas ou quase todas às atividades são praticadas dentro de uma organização privada com trânsito em bens ou valores de interesse público, as quais estão ligadas entre seus atores pelo recebimento ou pagamento de propina; b) a maioria dos funcionários públicos que compõe esta organização conhecem e sabem que o pagamento das propinas faz parte das “regras do jogo”, integrando uma atividade rotineira; c) os agentes privados estão dispostos a fazer parte desta rede de suborno e distribuição de lucros”*”.

³⁴ A respeito vide PONS, Noël. **La corruption des Élités**. Expertise, lobbyng, conflits d’intérêts. Odile Jacob, Paris, 2012, p. 19 et seq

³⁵ Para um aprofundamento sobre o tema delitos de *powerless* e *powerfull*, Cf., RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **La Corrupción Pública como parte de la Criminalidad de los Poderosos**. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR. 2012. Segundo Javier *powerfull* são delitos que tem regulação legal insuficientemente assentada ou que a dogmática se encontra em fase de elaboração, de estudo. A seu turno, delitos de *powerless* são os crimes do modelo clássico do Direito Penal, daquela dogmática já assentada, pacífica. Daí que se produza uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que serve de referência a construção dogmática: em lugar do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de constatar atos de corrupção realizados por uma empresa privada ou pública ou em detrimento desta. Nesta senda, recentemente trazendo a lição de Roxin a respeito de uma maior intensidade do controle social e dos mecanismos invasivos de investigação, vide SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Prefácio*, a obra *Corrupção. Combate transnacional, compliance e investigação Criminal de Hayashi*, Felipe Eduardo Hideo. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 5.

A análise econômica do direito, enquanto metodologia para pesquisa torna possível esta percepção, em especial quando a reflexão está na mudança do senso comum, uma vez que as pessoas respondem a incentivos.

Desta forma, a proposta demonstra que o meio para retirar a percepção de vantagem transmitida mediante um estilo de vida criminoso - *criminal lifestyle* - voltado à delinquência econômica não pode estar restrita apenas a uma resposta jurídica negativa representada pela imposição de uma pena corporal. Para mais, é necessário proceder também ao confisco de bens, mesmo aqueles cuja procedência ilícita seja presumível.

Ainda neste tópico, a pesquisa evidencia o prejuízo causado pelos delitos econômicos à economia formal e ao desenvolvimento, notadamente quando as organizações criminosas atuam na concorrência desleal, afetando assim o próprio mercado e o sistema como um todo.

Em seguida, procura-se demonstrar que o diagnóstico da prevenção geral e especial ainda é uma solução viável, substancialmente porque corrobora com a perspectiva da análise econômica do direito, vale dizer: considerando que o ser humano responde a incentivos, no momento que um delinquente pratica um crime econômico, seus bens podem ser objeto de confisco alargado ou ampliado, incidindo como instrumento de prevenção especial positiva.

Doutro lado, sob o viés da prevenção geral positiva, outros se verão desestimulados à prática de delitos econômico-financeiros ao constatar que o risco de perder seus bens é maior que os eventuais benefícios auferidos com a realização da conduta proibida.

Na quarta etapa do trabalho, o estudo direciona-se para a perda de bens em favor do Estado, notadamente quando se cometem crimes conhecidos por reditícios, ou seja, aqueles que envolvem um ciclo de obtenção de lucro com o crime e o seu reinvestimento em novas modalidades de delitivas.

Dedica-se esta etapa a demonstrar que as medidas clássicas do processo penal são importantes no que se refere a garantir o provimento judicial final, bem como as outras formas de perdas de bens previstas no direito brasileiro, dentre elas as elencadas na reforma da Lei 9.613/1998, mas que, contudo, não são eficazes quando a reflexão alcança os novos instrumentos da política criminal internacional de enfrentamento à criminalidade econômica organizada.

Na sequência, o estudo tem como foco a proposta de lei nº 856/2015, encaminhado à Presidência da República, em 18 de março de 2015, em conjunto pela Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e Ministério da Justiça no conhecido “pacote anticorrupção”, dentre elas a proposta de extinção civil de domínio.

Além de outros aspectos, pretendeu-se demonstrar que a ação civil pública de extinção de domínio não traz elementos jurídicos aptos para inibir casos de bens presumíveis de atividades ilícitas. As razões para tal assertiva serão devidamente exploradas ao desenvolver deste estudo.

O passo seguinte está na demonstração, através de uma pesquisa empírica na Justiça Federal de Curitiba/PR, que independentemente do modelo de perda de bens que um Estado detenha, se não existir uma efetiva cooperação jurídica e policial, todo o esforço não terá eficácia desejada, seja do ponto de vista jurídico, econômico ou social, já que a criminalidade organizada, há tempos, não encontra mais fronteiras.

No quinto capítulo, a pesquisa revela as modalidades de confisco na experiência comparativa, propondo uma análise dos modelos e legislações em Portugal, Alemanha, Espanha, Itália e outros países que compõe a UE, analisando brevemente o confisco alargado do Reino Unido, Bélgica, Suíça e Países Baixos.

Derradeiramente, no capítulo seis, a pesquisa procurou demonstrar a ineficácia do modelo brasileiro de combate à criminalidade econômica/reditícia e a necessidade de se reformular conceitos, reforçando o entendimento de que o confisco alargado é um instrumento eficaz na recuperação de ativos.

Para tanto, a pesquisa faz uma análise sobre a natureza jurídica do confisco alargado, incursionando suas concepções penais, civis e administrativas.

Em seguida, a investigação do estudo entra no ponto mais sensível: a compatibilidade do confisco alargado com os princípios da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e “*nemo tenetur se detegere*”.

Nesse contexto, como norte para o desenvolvimento da pesquisa, utilizamos os níveis de ponderação de Robert Alexy, inclusive a sua nova fórmula de peso.

Concluimos, pois, que a proposta que se apresenta é perfeitamente compatível com a estrutura principiológica pátria, seja pela natureza jurídica do confisco proposto, ou pelos elementos de ponderação, em especial quando há colisão entre dois princípios fundamentais.

Finalmente, a pesquisa propõe elementos para um modelo de lei com o objetivo de instituir o confisco alargado ou ampliado no Direito brasileiro.

Na conclusão, preferiu-se adotar o modelo de artigos, enumerando tópico a tópico os resultados que se chegou.

2. A ESPECIALIZAÇÃO DO CRIME A PARTIR DAS FALHAS DO MODELO ECONÔMICO.

A criminalidade econômica não é um fenômeno recente, já que está “constantemente ligada à evolução da economia em si e em direta vinculação com o modelo econômico adotado politicamente”³⁶.

Portanto, sem o efetivo conhecimento dos elementos centrais que integram os aspectos econômicos e suas eventuais falhas, não se chegaria a uma compreensão adequada dos fenômenos políticos e das instituições formais pela qual uma sociedade se governa. Como bem pontuou BONAVIDES³⁷, citando Burdeau, “reputa-se pacífico o entendimento de cientistas políticos que não precisam ser marxistas, para reconhecer no fator econômico o fato fundamental de politização da sociedade”.

Assim, é essencial para a compreensão dos delitos econômico-financeiros uma breve análise dos recentes modelos econômicos³⁸.

A partir do marco histórico, elementos e categorias que integram o Estado de bem-estar social, torna-se mais perceptível o real impacto na economia e nas contemporâneas configurações da criminalidade mundial, ambas decorrentes desta nova forma de estruturação econômico-social do Estado.

Ponto de partida para o estudo do Estado de bem-estar social³⁹ é a Segunda Guerra Mundial⁴⁰. É neste período que a América do Norte surge como grande potência por ser o principal sujeito nas novas relações econômicas, geopolíticas e

36 RIOS, Rodrigo Sánchez. *Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação*. Revista dos Tribunais. Ano 89, volume 775, maio de 2000, pg. 432-448.

37 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição, revista e atualizada - 2ª tiragem. Malheiros Editores. 1995. p. 48. Ver Georges Burdeau. *Méthode de la Science Politique*, p. 141.

38 WOLKMER, Antonio Carlos. In *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 124, de maneira didática demonstra a evolução histórica e os principais elementos que compõe os modelos econômicos do século XX: “com o colapso do capitalismo nos anos 20 e 30, o Liberalismo entrou em crise e, por algum tempo, deixou de ser colocado em prática. Entretanto, ressurgiu com formulação política e econômica na década de 70, consolidando-se com as mudanças dos anos 80 na Inglaterra e nos Estados Unidos (o chamado Neoliberalismo). Na verdade, a retomada do Liberalismo ocorreu através da Escola Austríaca (fundada por Ludwig Von Mises) entre as duas guerras mundiais, sendo uma resposta ideológica à crise econômica do Estado Intervencionista, ao programa do Keynesianismo, às tendências socialistas e ao poder significativo do sindicalismo... O Neoliberalismo luta contra o capitalismo sujeito às influências do sindicalismo (o chamado Estado de bem-estar social).

39 Trata-se de um modelo assistencial que remonta à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919. Na presente pesquisa, optou-se pelo marco histórico da Segunda Guerra Mundial devido a sucessão cronológica dos eventos históricos mencionados no texto.

40 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.8.

sociais internacionais⁴¹.

Logo, ao final da Segunda Guerra Mundial, aqueles Estados até então considerados potências econômicas, viram-se submergidos por uma nova realidade. Os EUA, especialmente pelo apoio militar direto e comércio de armamento bélico, tornaram-se credores de vários atores envolvidos nesta conjuntura e, por esta razão, os americanos saíram fortalecidos no pós-guerra.

Pode-se afirmar, neste contexto, que ao término da guerra inicia-se a polarização dos poderes, um sistema de equilíbrio conhecido como “Guerra Fria”, marcado especialmente pelos dois modos de produção - comunismo x capitalismo⁴².

Diante disso, os EUA se organizam para dar grande mobilidade ao capital e resgatar os indicadores essenciais do modelo liberal, seja através de políticas nacionais ou através de relações comerciais e de política internacional. O plano *Marshall de julho de 1947*, como um dos primeiros grandes símbolos, foi instituído principalmente para reconstrução dos países europeus.

Deste modo, o capitalismo do pós-guerra teve um espantoso crescimento – praticamente ininterrupto, entre o final da Segunda Guerra Mundial e a crise do petróleo, esta última ocorrida na década de 1970⁴³, é dizer: a partir da década de 70 que o capital realmente começa a enfrentar seus primeiros desafios econômicos fundamentais, como o custo gerado pelo gasto com as forças armadas em guerras mal direcionadas e de longa distância, a desconstrução das maiores empresas e indústrias do país e a agudização da globalização, proporcionando uma maior concorrência dos países asiáticos⁴⁴.

Neste momento histórico, as idéias do economista John Maynard KEYNES⁴⁵,

⁴¹ GONÇALVES, Williams. *Relações Internacionais*. CEDEP – Centro Brasileiro de Documentação e Estudos da Bacia do Prata. 2003. p. 3. Disponível em: <http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/bibliotecatextoeletronico.htm> Acesso em 28/09/2015.

⁴² Sobre a polarização do poder pós-guerra, em especial, na Itália, Cf. MORO, Sérgio. **Considerações sobre a operação *mani pulite***. Brasília: R. CEJ, n. 26, p. 56-62 jul/set 2004, *verbis*: “A política do pós-guerra italiano estava apoiada na separação da Europa em dois blocos, o democrático-liberal e o comunista. Tal oposição também se fazia presente na Itália, com a oposição entre os partidos de direita, como a Democracia-Cristã (DC), e os de esquerda, como o Partido Comunista (PC). Com a queda do “socialismo real” e o arrefecimento do debate ideológico, as fragilidades do sistema partidário e a corrupção tornaram-se mais evidentes”.

⁴³ ANDERSON, Perry. *Balço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (ORGS). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p.09.

⁴⁴ FERGUSON, Charles H. *O Sequestro da América*. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos. Zahar. Tradução Alexandre Martin. 2013. p. 22.

⁴⁵ RIVAS SÁNCHEZ, Gaspar Alberto. *La Teoría Económica de Lord John Maynard Keynes y su influencia práctica en los Estados Unidos de América, Alemania y Chile*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2003. p. 37. Acesso em 28/09/2015.

Disponível em: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115205/de-rivas_g.pdf?sequence=1

começam a ganhar força, em especial a teoria na qual as relações econômicas somente podem produzir resultados efetivos quando oferecerem garantias para os trabalhadores, discurso este que vai ao encontro do ponto de vista dos próprios trabalhadores, justamente porque eles estavam destruídos e aniquilados pelo resultado da Segunda Guerra Mundial.

Há, então, o restabelecimento da força de trabalho através de uma série de medidas de recuperação, de um conjunto de ações afirmativas de caráter econômico e social, baseadas no que se denominaram políticas keynesianas⁴⁶.

Destarte, é possível dizer, tais políticas têm duas frentes pontuais: ajustar a economia, que é desregulada, afastando-se do liberalismo clássico; e fortalecer o Estado com políticas públicas, já que ele é o responsável por regular a sociedade. Em síntese, o que John Maynard KEYNES⁴⁷ propõe é um Estado forte, que regulamente o mercado e, principalmente, as relações sociais e econômicas.

Nesta esteira, não seria equivocada afirmar que as Políticas Públicas são um instrumento para garantir um conjunto de ações e de medidas de garantia social, através de diretrizes chamadas públicas, a exemplo, das relacionadas à saúde, emprego, transporte, previdências, assistência social, dentre outras. Em suma, estabelece-se, então, um estado chamado de Estado de bem-estar social.

Assim, na medida em que o capital ganha força, as políticas Keynesianas, automaticamente, se enfraquecem.

Diante deste processo, inicia-se um movimento político novo, cujos pilares⁴⁸ estão em Ronald Reagan e Margaret Hilda Thatcher, que, pressionados pelas sucessivas crises econômicas do capital, sugerem abrir um processo em que o foco deixa de ser o Estado de bem-estar social. Esta nova ideologia é conhecida como neoliberalismo⁴⁹, contexto em meio ao qual a globalização ganha outros contornos, ampliando seus âmbitos de alcance e produção de efeitos. Significa dizer: os recursos financeiros não são mais destinados ao financiamento de políticas públicas de caráter

⁴⁶ RIVAS SÁNCHEZ, Gaspar Alberto. *La Teoría Económica de Lord John Maynard Keynes y su influencia práctica en los Estados Unidos de América, Alemania y Chile*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2003. p. 11. Acesso em 28/09/2015.

Disponível em: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115205/de-rivas_g.pdf?sequence=1

⁴⁷ A idéia aqui é reforçar que as Políticas Públicas funcionam como instrumento a favor do capital, notadamente no que se refere à regulação de determinadas relações sociais. Não se pretende afirmar que as políticas públicas nasceram neste momento histórico.

⁴⁸ SANTOS, Theotonio dos. *O neoliberalismo como doutrina econômica*. Revista Econômica. v. 1. n° 1. p. 119-151. 1999.

⁴⁹ FAIR, Hernán. *La globalización neoliberal; Transformación y efectos de un discurso hegemónico*. Revista de Temas Sociales. Ano 12, n° 21, p. 01-18, Junio de 2008.

social, mas agora aplicados no processo de financeirização do capital⁵⁰, especialmente quando governo⁵¹ concede fortes subsídios para promover poder especial ao monopólio ou ao oligopólio de interesses privados. Um capitalismo de compadrio. ZINGALES⁵²arremata esta percepção: “*a culpa cabe ao governo ou ao setor privado? A nenhum dos dois, pois este tipo de falha revela os defeitos de um sistema ruim: um sistema corrupto*”.

Na esfera legislativa brasileira, poderia citar como exemplo a emenda constitucional n° 9, de 09.11.1995, a qual reformulou o artigo 177 da Constituição Federal, elencando hipóteses de exploração de atividade econômica de atividades que constituíam monopólio da União.

A partir da referida emenda, entretanto, o Congresso Nacional autorizou a contratação, pela União, de empresas estatais ou privadas para a realização das atividades ali enumeradas, ou seja, abriu ao capital privado à possibilidade de exploração de atividades antes reservadas somente ao monopólio da União.

O caso envolvendo a Petrobrás S/A, elemento essencial nas investigações comandadas pela Justiça Federal em Curitiba/PR (a denominada “*Operação Lava Jato*”), é exemplo claro desta abertura promovida no ano de 1995, quando se franqueou a possibilidade de contratação de empreiteiras, portanto, empresas de cunho privado, para pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a exploração do petróleo, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou derivados básicos de petróleo produzidos no país, e ainda, a possibilidade de exploração da atividade de transporte desta mesma matéria prima e os produtos daí oriundos, bem como, gás natural, por meio de conduto.

A partir destes novos elementos, resta claro que a base concorrencial do capital de laços ou de compadrio, obriga o ser humano a ser desvirtuar das regras do mercado e, em muitos casos, até adotar um agir criminoso, seja pagando propina para obter contratos favoráveis com o Poder Público, seja praticando corrupção para pagar

⁵⁰ TENENBLAT, Mably J. T. *Financeirização do Capital e questão social no contexto do novo-desenvolvimentismo*. Revista. Ser Social. Brasília. v. 16. n° 35. p. 327-353, jul-dez, 2014.

⁵¹ Sobre o modelo de Governo neoliberal, Luís Alexandre Carta Winter, citando James Petras, elenca cinco características pontuais de um Estado Neoliberal: a) o Estado intervém minimamente na economia; b) há estabilização dos preços; c) privatização dos meios de produção; d) liberalização do comércio e dos fluxos de capitais; e) desregulamentação da atividade privada e restrições nos gastos públicos. WINTER, Luís Alexandre Carta. *Tese Doutoral*. Universidade de São Paulo – USP. *O Mercosul e o Sistema Presidencialista*. São Paulo. 2008, p. 133.

⁵² ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo : BEÍ Comunicação, 2015. p. 02 *et seq.*

preços menores em detrimento do interesse público.

Esse mercado, segundo percepção de BONAVIDES⁵³, tem ação devastadora sobre a base econômica, notadamente nos países em desenvolvimento, justamente porque circula de maneira especulativa, provoca crises como as ocorridas no ano de 2008, abala a fazenda pública, derruba bolsas de valores, desorganiza as finanças públicas internas, dissolve economias estruturais, esmaga mercados e traz de engrenado o aumento da insegurança e o aumento da criminalidade clássica e das praticadas pelos aparatos organizados de poder, vale dizer na reflexão de CALLEGARI: os danos específicos da criminalidade econômica produzem efeitos de grandes proporções, já que afetam, sem exceção, direta e indiretamente todo o serviço do próprio Estado⁵⁴.

Assim, percebe-se que ao término do Estado de bem-estar social às organizações não governamentais, as parcerias público-privada e as organizações da sociedade civil de interesse público se fortalecem, isto é, são instrumentos criados pelo capitalismo de compadrio, de controle exclusivamente da iniciativa privada, com funções típicas do próprio Poder Público. São premiados de legitimidade para atuar em nome do Estado e acabam sendo beneficiados com subsídios não acessíveis a todos.

Este cenário revela o retorno às velhas práticas de livre mercado, ao regresso às antigas regras liberais de regulamentação de economia. Em suma, o capital de compadrio passa a assumir, basicamente, o papel do Estado na confecção de políticas públicas. Como exemplo, cite-se as medidas implementadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, envolvendo a redução dos custos de energia face aos frequentes “*blackout*” da época. Construiu-se uma política pública no sentido de que àqueles que gastassem mais do que determinado percentual, previamente estabelecido pelo Governo, deveriam pagar multa por este excesso. Não é necessário esforço para constatar o desconforto gerado às empresas privadas responsáveis pela exploração de energia.

Nesse contexto, as instituições particulares alegaram o cumprimento contratual, cujo cerne tinha por ponto de partida o cálculo do lucro com base nas fórmulas do antes “*blackout*” e, agora, diante desta nova postura popular de economia de energia, os lucros baixaram. Como resultado, o Estado passou a assumir os

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª Edição, 2ª Tiragem. Malheiros Editores, 2013, p. 12.

⁵⁴ CALLEGARI André Luís. *Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 23 *et seq.*

prejuízos financeiros daí decorrentes.

Ainda na tangente dos contratos firmados entre o Poder Público e a iniciativa privada, outro exemplo, recentemente divulgado, refere-se à administração de estádios para a copa do mundo do ano de 2014 no Brasil.

Note-se, neste sentido, mesmo após o fim da copa do mundo, caberá à iniciativa privada a administração do Estádio de Futebol “Mineirão”, em Minas Gerais, por mais 23 anos. Caso, neste período, o capital não obtenha um faturamento, no mínimo, de R\$ 48 milhões de reais/ano, o Poder Público assume o prejuízo/risco, integralizando o valor faltante.

Ora, trata-se de um verdadeiro Estado mínimo para sociedade civil e um Estado máximo para o capital de compadrio, inclusive assumindo deste, os riscos por suas atividades.

Em contrapartida, no Estado de bem-estar social, há um fortalecimento do Estado, portanto, diminuição das liberdades econômicas. Neste cenário, o Estado é regulador do mercado, o capital de compadrio não se conduz de maneira autônoma porque as regras econômicas⁵⁵ e de mercado são rígidas. A circulação do dinheiro, entrada e saída de mercadoria, por exemplo, obedecem a procedimentos legais específicos. No que se refere à esfera social, esta passa a ser regulada e suprida por políticas públicas sociais.

Atualmente vivemos uma nova crise do capital e estamos presenciando novas políticas neoliberais de capitalismo de laços e compadrio: recentemente a Presidente Dilma Rousseff reuniu-se com as maiores empresas privadas brasileiras no intuito de iniciar um novo processo de privatização de portos e aeroportos.

Inicia-se, neste momento, certa confusão entre público e privado, notadamente quando um segmento econômico é mantido através do monopólio ou oligopólio e a sua sustentabilidade se dá por meio de recursos públicos, justamente porque as decisões financeiras e essenciais são tomadas por pouquíssimas pessoas, fugindo do controle e da transparência, favorecendo àqueles adestrados unicamente para corromper e inibindo o principal indutor da igualdade e liberdade, a concorrência.

ZINGALES⁵⁶ entende que “*somente pela concorrência*”, num modo de produção liberal ético, sem favorecimentos, laços e compadrios entre interesses

⁵⁵ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015. p. 155.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 132 et. seq.

políticos opostos é que se pode ganhar liberdade e desenvolvimento econômico com sustentabilidade.

Neste modelo adverso de modo de produção liberal, em que não há concorrência leal, em que cartéis e monopólios são marcas constantes, em que a característica essencial é a ausência de transparência e a confusão entre público e privado, as falhas de mercado abrem espaço proeminente para a corrupção, a qual passa a integrar o balcão de negócios como elemento integrante da negociação e os níveis de encarceramento⁵⁷ relativos a este tipo de delito expandem-se.

Assim, a corrupção, neste novo contexto, começa a ganhar outros contornos, cada vez menos em espaço de um território nacional. Nos termos de FARIA COSTA⁵⁸, se a corrupção na década de oitenta já tinha diversos territórios onde atuava, atualmente, cada vez mais, está em lugar nenhum.

Os Estados Nacionais, neste contexto de corrupção sistêmica, têm buscado instrumentos jurídicos para frear este mal. A recente lei anticorrupção no Brasil (Lei 12.846/2013) é instrumento que acompanha as políticas públicas mais atuais no cenário internacional, inovando em diversos conceitos, em especial a responsabilidade patrimonial do empresário por atos praticados por seus funcionários, seja no Brasil ou no exterior, punível com penas de multas que podem chegar a sessenta milhões de reais. A lei anticorrupção brasileira estimula a iniciativa privada a produzir concorrência com ética e transparência.

Esta concepção ampara o que Amartya Sen⁵⁹, em 2001 chamou de capital social, concepção esta reforçada por ZINGALES⁶⁰ e STIGLITZ⁶¹ quando afirmam que é necessário de uma ética com base no mercado, seja aumentando a confiança e os valores e crenças que fomentam a cooperação.

Portanto, há uma necessidade de se estabelecer vínculo entre ética e economia⁶².

⁵⁷ Sobre os níveis de encarceramento no modelo neoliberal e no Estado de bem-estar social Cf. WACQUANT, Loïc. **Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na era Neoliberal**. Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate. Natal. vol. 3, n. 1, maio de 2015.

⁵⁸ COSTA, José de Faria. **Direito Penal e Globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra Editora. Portugal. 2010. p. 87.

⁵⁹ SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado** / Amartya Sen e Bernardo Kliksberg; tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. - São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 304.

⁶⁰ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 147 *et seq.*

⁶¹ STIGLITZ, Joseph E. **O mundo em queda livre: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial**. Tradução de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras. 2010. p. 388 *et seq.*

⁶² ZINGALES, Luigi. Um capitalismo ... *Op. cit.*, p. 155.

Estudos⁶³ com países nórdicos – Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca -, demonstram que uma sociedade em que o capital social é alto, há melhorias significativas na governabilidade, crescimento econômico e melhorias para educação e saúde, aumenta o nível de empregabilidade, diminui a corrupção, conduz a criminalidade a índices muito próximo de zero e proporciona, por conseguinte, uma maior expectativa de vida aos cidadãos.

A perspectiva seniana parte da premissa de que elementos como o capital social, a participação política e o desenvolvimento econômico sustentável devem andar *pari passu*, é dizer o eixo está na obtenção de um elevado capital social, sendo este o ponto nevrálgico. AMARTYA SEN⁶⁴ discorre sobre o tema. Segundo ele, uma sociedade dispõe, basicamente, de quatro tipos de capitais: o capital natural, constituído pelos recursos naturais que compõe a região; o capital construído pela própria sociedade como o capital financeiro, tecnologias e infraestruturas; o capital humano, medido pelos níveis de saúde e educação de uma sociedade e o capital social que, por sua vez, é composto por quatro premissas:

a) A primeira delas diz respeito ao *clima/medida de confiança nas relações internas*. Quanto maior a desconfiança, maior os custos das transações, *enforcement*, etc. Por outro lado, quanto maior for a confiança uns nos outros, maiores serão as relações econômicas, assim como a agilidade e fluidez nas negociações;

b) A *capacidade de associatividade*, consubstanciada na possibilidade de sinergia de uma sociedade, ou, *como se dão as relações de cooperação dentro de uma sociedade organizada*;

c) A *consciência cívica*, ou seja, *como as pessoas tratam daquilo que é coletivo*. Há preservação de áreas verdes? Há debates públicos sobre a destinação social dos impostos? Estes elementos constroem o consciente coletivo da sociedade e promove aumento do capital social;

d) Os *valores éticos* predominantes de uma sociedade.

É certo que um dos maiores prejuízos trazidos pela economia ortodoxa foi esvaziar a análise econômica de uma discussão também pautada em valores éticos⁶⁵.

63 SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado / Amartya Sen e Bernardo Kliksberg; tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. - São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 310.

64 *Ibidem*. p. 308.

65 ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São

Ao se tratar a ética como elemento meramente tecnocrático, a economia deixou de se orientar pela transparência, inclinando-se, essencialmente, para a maximização do lucro imediato, nem que para isso tenha que se aproveitar de oportunidades não lícitas, como a corrupção de funcionários públicos, extrair todo o recurso possível de um país e enviá-los para o exterior, proceder à lavagem do dinheiro, ou seja, condutas que aumentam os passivos produtivos da sociedade, destruindo o capital social. Como exemplo recente, tem-se a crise que assolou os Estados Unidos e atualmente vem se alastrando no Brasil. É possível afirmar que o Brasil convive com os elementos que caracterizam um estado estacionário, ou seja, um estado que parou de crescer. A reflexão de FERGUSON⁶⁶ é muito coerente neste sentido, segundo ele, a principal característica de um estado estacionário é “*a capacidade de uma elite corrupta e monopolista explorar o sistema jurídico e administrativo em benefício próprio*”.

Estes exemplos demonstram a necessidade de se reconstruir conceitos de transparência, de se aproximar ética e economia, de reforçar os elementos que integram o capital social. O mais interessante na percepção seniana está no fato que o único capital que não se consome com o uso, justamente, é o *capital social*, isto é, a lógica acaba se invertendo, quanto mais se utiliza do capital social, mais ele cresce, por isso, é o único capital sustentável⁶⁷ por excelência.

Retomemos a discussão sobre a concorrência e seus benefícios. Este instrumento quando na medida certa, com ética, sem compadrio, acelera o crescimento e produz igualdade.

Em seguida à publicação de *A riqueza das nações* de Adam Smith, muitos economistas, dentre eles KENNETH ARROW e GERARD DEBREU⁶⁸ debruçaram-se sobre o estudo da “mão invisível”, isto é, estes dois economistas conseguiram provar matematicamente que mercados competitivos levam à melhor alocação social dos recursos, justamente porque as pessoas são movidas por egoísmos recíprocos. Enquanto alguns pretendem vender seu produto por um determinado preço, o

Paulo: BEÍ Comunicação, 2015. p. 155.

⁶⁶ FERGUSON, Niall. **A Grande Degeneração**. A decadência do mundo ocidental. Tradução Janaína Marcoantonio. São Paulo: Editora Planeta, 2013. p. 14.

⁶⁷ Sobre a sustentabilidade do capital social Cf.: O papel das redes sociais e do capital social na busca do desenvolvimento sustentável. Acesso em 30/09/2015.

Disponível em: http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/19_9_2012_21_35_56.pdf

⁶⁸ Dois economistas que desenvolveram um modelo chamado de modelo Arrow-Debreu que provava matematicamente a mão invisível do mercado. Sobre a teoria dos equilíbrios Cf. GANEN, Angela. **Demonstrar a ordem racional do mercado**: reflexões em torno de um projeto impossível. Revista de Economia Política. vol. 16, nº 02, (62) abril-junho de 1996.

consumidor pretende pagar um preço menor, assim o melhor produto social se sobressai.

Portanto, a concorrência, como pontua ZINGALES⁶⁹, produz várias benesses, dentre elas a capacidade de diminuir e até aniquilar a discriminação. Em um cenário de mercado ético e competitivo, os cidadãos que resolverem discriminar outros, recusando-se, por exemplo, a negociar, acabarão em situação econômica pior. Assim quanto maior a intensidade da concorrência, menor a discriminação. Também tem a característica de proporcionar liberdades mais amplas, já que em um ambiente concorrencial não há relação de compadrio ou de dependência. O que realmente importa é a qualificação do sujeito e não seus favores ou contatos pessoais⁷⁰.

Por outro lado, quando a reflexão encontra outro contraponto, aqueles das empresas privadas, percebe-se que a concorrência é um elemento que não os interessam, justamente porque proporciona melhores opções aos consumidores.

Entretanto a questão concludente diz respeito às eventuais melhorias que a concorrência ética poderia proporcionar, as quais deveriam integrar as normas de convivência de uma sociedade.

Entretanto o Estado, através de lei, é o único detentor da legitimidade ativa para elaborá-las.

Por isso, é válido dizer que o Estado detém em suas mãos o grande elemento das falhas do livre mercado. Segundo ZINGALES⁷¹: *“O Estado detém em suas mãos o monopólio definitivo. O monopólio do uso legítimo da violência. Assim, quaisquer outros monopólios protegidos pelo Estado são os mais difíceis de superar”*⁷².

Por tudo isso, a concorrência com ética é saudável em muitos aspectos, entretanto, para que isso seja uma realidade, em primeiro lugar, deve-se partir de

⁶⁹ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 27.

⁷⁰ “quando solicitados num estudo recente para listar os determinantes mais importantes para o êxito financeiro, os executivos italianos colocaram o item – conhecimento de pessoas influentes em primeiro lugar, com 80% julgando este fator importante ou muito importante, em outras palavras, trata-se de um sistema que recompensa os contatos e não a eficiência, os lobbies e não a inovação, em suma, sistemas nos quais saber quem é o responsável pela aprovação de algo e conhecê-lo, de preferência buscando sua amizade, é mais importante que o que está sendo inventado ou produzido”. Sobre o tema Cf. GIAMBIAGI, Fábio. **Capitalismo: modo de usar** - porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou – 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora. 2015. p 250.

⁷¹ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo ... Op. cit.**, p. 29.

⁷² A reflexão de Luigi Zingales é no sentido de que o Estado é o único detentor da elaboração de leis e, nesse contexto, quando se elabora normas visando privilegiar determinado grupo político ou privado, dá-se o início do que ele chama, ao longo de obra, de capitalismo de compadrio, o qual favorece a corrupção e o aumento do passivo produtivo de uma sociedade.

regras e normas⁷³ bem definidas.

A concorrência não funciona quando a proteção jurídica dada pelo Estado é fraca.

Quando os empreendedores não são protegidos pela norma jurídica, a concorrência acaba por favorecer os mais corruptos, que se arriscam a conviver à margem das regras do jogo, porque estas são insuficientes.

As normas devem conter regras que resultem em proteção ao livre mercado, que facilitem a interação econômica, incentivem a concorrência saudável e possam punir aqueles que se aproveitam do sistema de compadrio.

Portanto, é válido afirmar que o principal papel e função das instituições, em um sistema de modo de produção capitalista, é limitar o poder do Estado que, a pretexto da consecução de políticas públicas de caráter social, inverte toda a lógica da concorrência, seja concedendo subsídios e recursos de natureza pública, seja ajudando aos “amigos do rei” a obterem seus benefícios e capitais e não ensinando as pessoas a, honestamente, conquistá-los⁷⁴.

⁷³ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015. p. 157.

⁷⁴ Neste contexto, cumpre registrar a reflexão de ZINGALES, Luigi. *Op. cit.*, p. 79. “No Grand Canyon há uma placa que diz, em letras grandes: “*Não alimente os animais silvestres*”. Em letras menores, é explicado que isso os fará perder a capacidade de buscar alimentos sozinhos, prejudicando sua sobrevivência. ... Boa parte do raciocínio é válida para as grandes empresas. Individualmente elas preferem receber o “almoço” de graça oferecido pelo governo. Por isso gastam tanto tempo e dinheiro fazendo lobby ... Mas o sistema de livre mercado em geral acaba prejudicado com isso. Assim como seria perigoso permitir que os animais determinassem as regras dos parques nacionais, é perigoso permitir que os homens de negócio ditem as regras de como fazê-lo.... Como alimentar animais silvestres, ajudar a empresa ou um país a evitar as dificuldades financeiras parece louvável, mas, no longo prazo, prejudica o próprio objeto desta ajuda. Um país que protege os animais silvestres da corrupção da comida gratuita deveria da mesma forma proteger os negócios da corrupção dos subsídios.”

⁷⁴ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo** ... *Ob. cit.*, p. 28.

3. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CRIMES DO “COLARINHO BRANCO”.

É verdade que a criminalidade econômica não é um fenômeno recente, já que está definitivamente enganchada à evolução das relações econômicas e, portanto, ao modelo econômico adotado politicamente⁷⁵.

Ao mesmo tempo em que avançam 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.

Nesta senda, a sociedade atual se vê inserida em outro cenário, necessitando aprender a lidar e enfrentar as formas de delinquência, agora envoltas sob estruturas de poder, organizadas e especializadas, cujos partícipes, não raras vezes, confundem-se com agentes próprios do Estado, tangente em que se inserem os chamados “*crimes de colarinho branco*”⁷⁶.

Fala-se, assim, em uma sociedade global de riscos⁷⁷, em especial a partir de 1990, pois enquanto condutas típicas são praticadas em um lugar, seus resultados alcançam muitos outros, comprometendo, desta forma, diversas gerações e em diferentes locais do planeta. A crise financeira que assolou o mundo no início da década passada produziu consequências que ainda são sentidas pelos países periféricos. Para além das externalidades próprias daí oriundas, sem ignorar os resultados naturais das medidas de austeridade adotadas, nota-se que os principais operadores da economia continuam com suas práticas voltadas à obtenção de vantagens individualistas em detrimento da busca de benefícios para a coletividade (para o social)⁷⁸. Os governos atuais ainda não souberam, de forma efetiva,

⁷⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*. Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Libro Homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p.65. Ainda sobre o tema, Cf.: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação**. *Revista dos Tribunais*. Ano 89. Volume 775. Maio de 2000. p. 432-448.

⁷⁶ Em referência à consagrada expressão de SUTHERLAND, In: SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar-Criminailty*. *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940), pp. 1-12.

⁷⁷ Por todos, Cf. FIGUEIREDO DIAS, J. de. **O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. n.33, 2001.p.39 e ss; e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11). Cf. PRITTWITZ, Cornelius. **A função do direito penal na sociedade globalizada do risco** – Defesa de um papel necessariamente modesto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coords.) **Desenvolvimento Atuais das Ciências Criminais na Alemanha**. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica.. 2013. p. 53 *et. seq.*

⁷⁸ ESER, Albin. **Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo**

estabelecer regras para o mercado financeiro global e para o incentivo a uma concorrência que produza o melhor produto social.

Neste contexto de rapidez nas trocas de informações e no traslado de vultosas quantias em dinheiro, o crime se organiza – fala-se, então, já no início do século XXI, que a globalização econômica e a integração supranacional, para além das benesses que produziu, também trouxeram a “tiracolo” uma espécie nova – a criminalidade altamente organizada⁷⁹ ou macrocriminalidade⁸⁰ cujo cerne compreende os crimes lucrativos, praticados pelos poderosos, os quais acabam criando laços com setores de ordem pública e aproximando-se de recursos em que a fiscalização e transparência são praticamente inexistentes.

Ante estas novas demandas, a Convenção das Nações Unidas, em 15 de novembro de 2000, reunida na cidade Nova Iorque – EUA, editou a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, posteriormente assinada em Palermo/ITA. Referido documento foi ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 231 de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004, sendo, portanto, recepcionado no ordenamento jurídico pátrio⁸¹.

Em harmonia à tendência mundial de busca por novos instrumentos para o enfrentamento desta realidade criminológica, a legislação pátria juntamente a outros ordenamentos soberanos, em especial o espanhol, incorporou uma nova estrutura de combate ao crime. Analisando este novo cenário Silva Sánchez constata que esta nova roupagem que se vem atribuindo ao Direito Penal em resposta à globalização econômica e à integração supranacional revela-se menos garantista, tolerando “flexibilização das regras de imputação, relativização das garantias político-criminais substantivas e processuais”⁸².

Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 155.

⁷⁹ COSTA, José de Faria. **Direito Penal e Globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra Editora. Portugal. 2010. p. 101.

⁸⁰ CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad económica*: apuntes para una aproximación metodológica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. nº 11, p. 50-79 – jul/set 1995.

⁸¹ O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “(...) os tratados e convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...)”. (STF, ADI-MC 1.480-3/DF, julg. 04.09.1997, in DJU de 18.05.2001).

⁸² SANCHÉZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª Ed. revista e ampliada. Tradução da 2ª edição espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Coleção Direito e Ciências AFINS V. 6. Ed. Revista dos Tribunais. 2011. p. 97.

Tais traços característicos, todavia, e o próprio Silva Sánchez posteriormente complementa, devem-se ao descompasso não somente entre a estrutura legislativa e político-criminal Estatal frente à nova criminalidade econômico-financeira, senão, e principalmente, ante o completo descompasso entre esta e a tradicional teoria do crime⁸³. A dogmática penal dita clássica não possui os caracteres necessários à solução destas novas necessidades da sociedade de risco⁸⁴.

A esta concepção soma-se as discussões sobre as clássicas formas de sanção, o que levou RESTREPO MEDINA⁸⁵ a ponderar acerca das efetivas mudanças que a delinquência globalizada proporcionou para o direito penal, o qual não pode ficar apenas adstrito às penas corporais: *“se há puesto em la persecución de los beneficios patrimoniales obtenidos a través de la actividad delictiva. Ello ha llevada a recuperar y redimensionar la figura del comiso.”*

Afora os questionamentos acerca da arquitetura própria da dogmática penal, há que se reavaliar a estrutura Estatal de resposta aos comportamentos delitivos que se apresentam, ou seja, a ciência penal, dita clássica, tem elementos suficientes para reprimir as práticas criminosas dos poderosos deste centenário? As penas privativas de liberdade, por si só, como forma de coação, são suficientes para reprimir e prevenir a criminalidade econômica e as modalidades delitivas conexas? Como atribuir a autoria de um crime aos chefes, quando realizados através de aparatos organizados de poder?

Muito tem se discutido acerca das formas de identificação e individualização da autoria delitiva neste âmbito.

Emergindo desde aspectos específicos das chamadas organizações criminosas até a denominada criminalidade de empresa⁸⁶ – análise sobre a qual não se pretende aqui incursionar – a teoria do domínio do fato tem aflorado como um adequado instrumento de resposta à solução das demandas de responsabilização penal no seio das organizações criminosas, possibilitando a identificação do “homem

83 SANCHEZ, Jesús-María Silva. *Teoría Del Delito Y Delito Penal Económico*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol.20, n.99, nov-dez./2012, p. 327-356.

84 Posicionando-se contra uma função do Direito Penal voltada à solução dos problemas da sociedade do risco, Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *A Função do Direito Penal na Sociedade Globalizada do Risco – Defesa de um Papel Necessariamente Modesto*. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 62.

85 RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *Instrumentación cautelar del comiso*, em *Revista Estudios Socio-Jurídico*, julio-diciembre, vol. 8, nº 2, Universidad del Rosario. Colombia. 2006, p. 151.

86 A respeito, e a fim de sanar eventuais equívocos terminológicos, Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa: Dificultades relativas a la individualización de la Imputación*. ADPCP. Vol. LX, 2002.

de trás,” através da análise do efetivo domínio dos aparatos de uma estrutura de poder desvinculada da ordem jurídica estatal⁸⁷.

Cumprir observar, a aplicação indiscriminada desta teoria de ROXIN – *máxime* as tentativas em adequá-la aos casos da criminalidade empresarial – é fortemente criticada, sobretudo por seus alunos LUÍS GRECO E ALAOR LEITE⁸⁸, por significar uma subversão às finalidades concretas de seu desenvolvimento.

O raciocínio desenvolvido por ROXIN⁸⁹, por vezes objeto de críticas, razão pela qual é importante, ainda que não seja o foco central desta pesquisa, a análise dos apontamentos doutrinários contrários, os quais acabam por contribuir para uma reflexão mais acurada do assunto.

A primeira crítica à teoria do domínio do fato está em WEIGEND,⁹⁰ o qual sustenta que há um domínio insuficiente do chefe da organização sobre o executor. Para este jurista, é completamente impossível se atribuir a alguém a autoria mediata de um crime quando o autor imediato é completamente responsável, ainda que dependa da “pessoa de trás”.

A resposta dada por Roxin a esta crítica tem essencial fundamento na percepção confusa feita por Weigend sobre os elementos que integram o conceito de autoria mediata. Weigend, segundo Roxin, utiliza unicamente como autores mediatos aquelas pessoas irresponsáveis, por exemplo, uma criança ou doente mental, ou ainda alguém que atue em erro ou tenha uma exculpante a seu favor.

Desta feita, a percepção de Weigend é falsa por uma questão elementar: a autoria mediata não consiste no domínio do executor, mas sim no domínio da realização do tipo, já que o domínio de determinado executor não é o único caminho para a realização do tipo pretendido pelo “chefe” da organização, o qual dispõe de capangas submissos, perfeitamente substituíveis.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del hecho en Derecho Penal*. Séptima edición. Marcial Pons. Madrid – 2000. p. 276.

⁸⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a autoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. *In: Autoría como Domínio do Fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-45.

⁸⁹ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” *In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 314 Cf. et. Kress, GA afirmou que “a teoria do domínio da organização não teve nenhuma repercussão importante no âmbito jurídico anglo-americano”. Werle/Burghardt afirmaram que “a autoria mediata desempenhou um papel secundário nos grandes palcos do Direito Penal Internacional. A concepção não teve quase nenhuma importância para os tribunais militares internacionais, nem para os tribunais ad-hoc das Nações Unidas e foi pouco discutida na literatura científica”.

⁹⁰ *Idem*.

GUNTHER JAKOBS⁹¹, entretanto, sustenta uma posição diferente de Weigend, a saber, a substituição do domínio do fato por critérios normativos de outra espécie – como no caso Fujimori, de violação dos deveres de funcionário por parte do ex-presidente – já que a teoria de Roxin seria apenas para os “grandes” (quem executa as ordens se valendo de aparatos organizados de poder) e não para os pequenos (os que executam o fato pessoalmente).

ROXIN⁹²a seu tempo, explica que a teoria importa em responsabilidade pela realização ou domínio da realização do tipo, alcançando, portanto, os “grandes” e os “pequenos”, já que a condenação de ambos se dará como autores, sendo os primeiros, autores mediatos e os segundos autores imediatos, na precisa delimitação de Greco e Leite: “*A teoria do domínio do fato (...) é uma resposta a um problema concreto. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de distinguir entre autor e partícipe*”⁹³.

Derradeiramente, Jakobs criticou a teoria do domínio da organização através do instituto da coautoria. Para ele, nos casos de organizações criminosas, haveria coautoria entre mandante e executor. A resposta de Roxin a este ponto está na ausência dos elementos essenciais da coautoria nos delitos de organizações criminosas, em especial a decisão e a execução comum em relação ao fato e no que se refere à coordenação horizontal dos autores em particular⁹⁴.

Neste caso, a ordem teria que ser parte constitutiva da execução, o que não se verifica nos casos concretos de mandamentos dados por chefes de organizações criminosas, uma vez que ordem e execução são categorias diversas dentro de uma organização criminosa.

Assim, denota-se que a teoria do domínio da organização, proposta e desenvolvida por Claus Roxin em 1963, está fundamentada, dentre outros requisitos, na atribuição como autor àquele que tem o domínio da realização do tipo⁹⁵. Segundo

⁹¹ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 318.

⁹² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7ª edição. Alemã a cargo de Joaquim Cuello Contreras y José Serrano de Murillo. Marcial Pons, 2000. p. 278.

⁹³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a autoria do domínio do fato**. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. In: *Autoria como Domínio do Fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22.

⁹⁴ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”, In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 314 *et. seq.*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 310.

o autor alemão, este domínio pode se dar de três formas: mediante a realização direta e pessoal do verbo (domínio da ação – autor direto); mediante a realização em conjunto do fato (domínio funcional do fato – coautoria); pela realização do fato através do auxílio de terceiro (domínio da vontade – autoria mediata). Deste modo, no caso específico envolvendo crimes de colarinho branco, a responsabilidade a título de sujeito ativo direto do resultado delituoso – o “homem de trás” -, cabe àquele que detém o domínio da organização através de um aparato de poder, sendo o seu executor um mero autor imediato.

É este o tópico que importa para esta pesquisa.

Como caso empírico na utilização da teoria, tem-se a condenação do ex-presidente Fujimori como autor mediato dos crimes cometidos sob seu comando, proferidos em duas sentenças peruanas. ROXIN⁹⁶ menciona a sentença da Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru de 07 de abril de 2009, ressaltando que a referida decisão acolhe todos os elementos da configuração do domínio da organização – trata-se de uma sentença histórica para o Peru, em primeiro lugar porque é a primeira vez que um ex-chefe de governo é perseguido penalmente e condenado e, em segundo lugar, porque solidifica, no âmbito da ciência jurídico-penal peruana, que a teoria do domínio da organização é figura jurídica dogmática mais eficaz e adequada para o julgamento daqueles que se valem do aparato do poder para a prática de delitos de Estado.

Nesta linha, autor pode ser concebido não somente como aquele que é o chefe máximo da organização, mas todos os que também possuem autonomia para dar as ordens em nome daquele, formando uma cadeia de autores mediatos. Os executores das ordens são perfeitamente substituíveis no caso de não cumprimento do fato mandado, não impedindo, assim, que o “homem de trás” consiga seu objetivo final. É dizer: os sujeitos que aplicam diretamente suas condutas na realização do tipo atuam como um *longa manus* do prolator da ordem. Na percepção de MONTROYA⁹⁷, “se alguém se recusa a executar o assassinato, outro o fará”.

É de se notar, contudo, que as organizações criminosas conseguem se perpetuar independente do modelo econômico vigente. O que ocorre é uma perfeita adaptação destes entes criminosos com as falhas de mercado. As condições que

⁹⁶ *Ibidem*, p. 313.

⁹⁷ MONTROYA, Daniel Mário. *Máfia e Crime Organizado*. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007. p. 235.

reforçam esta manutenção estão ligadas diretamente à capacidade de organização dos líderes, os quais têm como foco central a luta pelo poder, somada à capacidade de conduzir seus subordinados com obediência absoluta, garantindo, através da intimidação, o silêncio dentro e fora da organização.

MONTOYA⁹⁸ também elenca como requisito para a conservação do organismo delitivo, os laços de solidariedade recíprocos, a ajuda legal, econômica e técnica de embaralhar o lícito com o ilícito. FREITAS⁹⁹, acrescenta ainda o “caráter permanente, através de um sistema hierárquico e de comunicação interna restrita, tendo por objetivo o lucro econômico”. São elementos em que se procura criar estruturas formais lícitas e outras ilícitas, uma zona entre o público e privado, entre a prática de condutas legais e outras corruptas, conexões entre os poderes políticos e empresariais, justamente para alimentar economicamente a organização e criar um emaranhado de componentes para dificultar as investigações policiais e/ou judiciais, uma vez que as principais atividades ilícitas praticadas por seus membros estão relacionadas diretamente com evasão de divisas, corrupção, acesso ao mercado negro, fraude financeira, violação às leis antitruste, manipulação de subsídios públicos e lavagem de dinheiro¹⁰⁰.

Consequentemente, o crime organizado acaba por afetar direta e indiretamente a própria democracia, a concorrência legítima, a economia de mercados e a própria integração regional. Sobre esta perspectiva, a reflexão trazida por CALLEGARI¹⁰¹ é esclarecedora: “o peso específico alcançado pelo crime organizado termina, com efeito em falsificar a liberdade do sistema econômico, alterando a igualdade de condições e as mesmas regras de jogo do mercado ...”

Não à toa, o Mercado Comum do Sul vem sofrendo com esta prática, em especial na “tríplice fronteira”, onde convergem os limites territoriais de *Ciudad del Este*/Paraguai, Foz do Iguaçu/Brasil e *Puerto Iguazú*/Argentina, o que demonstra a indispensabilidade de reforço a um tratamento transnacional a esta modalidade criminosa, envolvendo obrigatoriamente a troca de informações policiais, das

⁹⁸ *Ibidem*. 71/73.

⁹⁹ FREITAS, Wladimir Passos de. **O crime organizado é pouco conhecido e estudado nas escolas de Direito brasileiras**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil> Acesso em 01/01/2016.

¹⁰⁰ MONTOYA, Daniel Mário. *Máfia e Crime Organizado*. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007. P. 71/73.

¹⁰¹ CALLEGARI André Luís. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 31.

unidades fiscais de inteligência e de grupos de interesses contra a corrupção.¹⁰²

Este reforço, entretanto, somente será atingido na medida em que conste das agendas públicas dos Estados uma distinção entre criminalidade comum e criminalidade organizada, para que não sejam estabelecidas formas de perseguição iguais para uma e outra situação.

Por conseguinte, em resposta às três indagações anteriormente feitas, resta evidente que a dogmática penal clássica não dispõe de instrumentos pragmáticos para frear ou inibir a criminalidade econômica, da mesma forma que a pena privativa de liberdade, por si só, não coíbe estas práticas delitivas complexas e, por fim, a teoria ora estudada sobre o domínio da realização do tipo, idealizada por Claus Roxin, é eficaz para a designação de responsabilidades penais aos delitos praticados através dos aparatos organizados do poder.

Nesse contexto, quando a reflexão parte de uma premissa que leva em conta os pontos ora em debate em conjunto com às novas formas de perda de bens em favor do Estado, é certo que o confisco alargado ganha destaque e merece uma profunda ponderação.

MORO,¹⁰³ por sua vez, demonstra ainda que ações judiciais, eventualmente pontuais, têm como resultado apenas a promoção dos riscos da corrupção, aumentando, por um lado, seus próprios custos, mas dificilmente influenciando na diminuição ou neutralização de suas causas. Por esta razão, o essencial é uma reflexão de forma estrutural e, neste ponto, instrumentos jurídicos outrora deixados de lado nas academias ganham credibilidade, é dizer: a implementação de medidas aptas a possibilitar o confisco de bens do crime organizado ou dos seus líderes, que, não raras vezes, apenas aparecem de forma secundária, indireta, já que acobertados pela posição de poder que ocupam.

É importante pontuar a definição entre aparatos organizados do poder ou mesmo crime organizado dos poderosos com os chamados crimes de “colarinho branco”. O termo crime de “colarinho branco” refere-se àqueles crimes praticados por sujeitos que se vêem como homens de negócios, altos executivos que praticam crimes ocultados pelos seus próprios instrumentos de negócios, por exemplo, contratos e licitações supervalorizadas, propinas e corrupções¹⁰⁴.

¹⁰² MONTROYA, Daniel Mário. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁰³ MORO, Sérgio. **Considerações sobre a operação *mani pulite***. Brasília: R. CEJ, n. 26, p. 56-62 jul/set 2004.

¹⁰⁴ COLEMAN, James Willian. *The Criminal Elite. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition.* 2006. p. 234.

Os autores de crimes de “colarinho branco” possuem um *status* social alto, vale dizer: os sujeitos ativos do referido delito não são aqueles das camadas mais baixas, tampouco de setores socialmente marginalizados.

Por esta razão, quase beira o impossível a prova¹⁰⁵ de suas infrações, já que estes autores, na maioria dos casos, não praticam crimes como os de “ruas”, com violência à pessoa¹⁰⁶ para obtenção do resultado pretendido, além de possuírem contatos com pessoas muito poderosas, de alto poder de influência, em especial politicamente. Pode-se afirmar que o argumento de que crimes do “colarinho branco” não são violentos, decorre do pressuposto de que as consequências desta modalidade criminosa não são, em um primeiro momento, sentido diretamente pela sociedade e, portanto, a própria população exige menos dos órgãos formais do Estado.

A riqueza e influência dos criminosos do “colarinho branco” lhe dão uma vantagem significativa sobre os infratores das classes mais baixas, normalmente envolvidos em crimes de “rua”. A possibilidade dos réus do “colarinho branco” em pagar uma defesa de primeira classe – os melhores advogados –, é outro fator de importância crítica. Muitos ex-réus admitiram abertamente que suas possibilidades para “contratar o melhor” advogado foram um elemento decisivo em seus processos. Um exemplo é o caso do Milionário do Petróleo/Óleo de Texas, o qual admitiu que foi absolvido de acusações de escutas telefônica porque gastou mais de U\$1 milhão de dólares em sua defesa¹⁰⁷.

Outro homem de negócios/empresário colocou desta forma: *“A lei é como teia de aranha; é feita de moscas e pequenos tipos de pequenos insetos, para assim falar, mas permitem que as grandes abelhas rompam”*. Por outro lado, *“quando as tecnicidades da lei ficaram no meio do meu caminho, sempre fui capaz de varrê-los*

105 Sobre a nova política criminal internacional contra a criminalidade dos poderosos, em especial a busca da prova Cf. **BLANCO CORDERO**, Isidoro. *Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia*. Criminalidad Organizad, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporâneos de la Política Criminal. Granada, 2008.

106 Ha entendimento diverso na doutrina estrangeira. Sobre o tema Cf. **COLEMAN**, James Willian. *The Criminal Elite*. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition. 2006. p. 170. *Para este autor a crença de que crimes de colarinho branco são crimes não violentos que provoca pouco dano no público é uma falácia. Se se aceita a premissa de que não se praticam crimes violentos, segue-se que menos recursos de aplicação da lei deveriam ser gastos nos crimes de colarinho branco do que crimes de rua, o qual representa um perigo público real. Mas os dados empíricos deste livro mostram claramente a falsidade deste argumento. Não somente os crimes de colarinho branco custam ao público/comunidade consideravelmente mais dinheiro de que todos os outros tipos de crimes combinados, mas muitos crimes de colarinho brancos são de fato violentos. Em fato, a evidência indica que os crimes de colarinho branco matam e aleijam muito mais pessoas do que todos os crimes de rua colocados juntos.* 107 **COLEMAN**, James Willian. *The Criminal Elite*. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition. 2006. p. 179.

*para de lado tão fácil como qualquer coisa*¹⁰⁸.

Outro ponto marcante na modalidade de crimes de colarinho branco está na facilidade em praticar corrupção.

Uma infinidade de possíveis recompensas econômicas pode ser direcionada a empregados que estão dispostos a negligenciar suas responsabilidades legais, enquanto aqueles que mostrarem muito zelo podem arriscar a despertar o descontentamento dos seus superiores. Some-se a isso, ainda, os laços de amizade e simpatia que existem entre os funcionários responsáveis em aplicar a lei e os autores dos delitos. Sem falar nos casos de pressão política. Esta é a arma mais poderosa, a arma da elite no seu esforço de corromper o processo de aplicação da lei.

O histórico da aplicação da lei na indústria petrolífera nos EUA, por exemplo, mostra que os principais processos *antitrust* são raramente iniciados sem a prévia aprovação/autorização política. O impulso para os principais processos contra *big oil* – (nome usado para descrever cinco ou seis maiores empresas de petróleo e gás de capital aberto do mundo, também conhecido como *supermajors*/grandes companhias petrolíferas), vieram de periódicas ondas públicas de indignação, não das ações administrativas de rotina por parte das agências regulamentadoras. Quando o interesse público diminuiu, os mesmos processos que foram iniciados com tanto alarde público foram resolvidos silenciosamente através de consentimentos sem sentido ou simplesmente abandonados¹⁰⁹.

Portanto, o que se percebe é a pouca preocupação política, econômica e até normativa pela responsabilização destes sujeitos.

Não é necessário ir além, basta uma singela percepção da legislação brasileira sobre o tratamento dado àquele sujeito autor de tráfico de drogas, conhecido por “mula”, em comparação aos autores de crimes de “colarinho branco”. O sistema processual penal brasileiro trata com menos rigor o segundo do que o primeiro, ainda que a conduta do delito de “colarinho branco” seja tão nociva a todo o corpo social que torna incomensurável o dano perpetrado¹¹⁰.

Sobre este contexto, a análise de um caso prático, pode elucidar melhor a concepção dos delitos de “colarinho branco”: a ascensão e queda de Michael

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 180.

¹⁰⁹ COLEMAN, James Willian. **The Criminal Elite**. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition. 2006. p. p.185.

¹¹⁰ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 23.

Milken¹¹¹.

Milken, filho de um contador, de família classe média de Los Angeles, tornou-se conhecido por focar sua carreira executiva em títulos *junk bond* (são títulos que prometem alto rendimento e são classificados como de alto risco). No final dos anos 80, Milken controlava cerca de 70% de um mercado que movimentava por ano a quantia de U\$ 200 (duzentos) bilhões de dólares. Sua especialidade era encontrar empresas que tiveram créditos negados pelo estabelecimento financeiro, e então ele próprio angariava fundos para elas, vinculando-as ao mercado de títulos de alto rendimento – *junk bond*. Milken frequentemente enganava, trapaceava e iludia seus clientes. Em 1990 Milken confessou seis crimes a um Tribunal, dentre eles os de violação de leis de segurança (divulgando declarações falsas para evitar fiscalizações fiscais). Milken foi condenado a uma sentença de 10 anos de prisão e forçado a pagar U\$ 600 (seiscentos) milhões de dólares por seus crimes. Em março de 1992, concordou em pagar U\$ 500 (quinhentos) milhões de dólares em fundos de compensação, o qual se acredita, pelo menos U\$125 (cento e vinte e cinco) milhões de dólares ficaram em seu nome e uma fortuna familiar estimada em meio bilhão de dólares.

Uma indagação palpita neste caso: como as autoridades americanas conseguiram levar um dos homens mais ricos da década de 80 e um dos mais poderosos da época, para a justiça?

Como ocorrem algumas vezes em investigações envolvendo crimes de “colarinho branco”, o caso começou com uma pequena investigação policial que culminou na prisão de um criminoso, o qual foi preso por um período e fez acordo com o Estado informando sobre outros criminosos maiores, que, por sua vez, testemunharam contra ainda maiores, até que os investigadores trabalharam seu caminho até o topo da cadeia.

Neste caso¹¹², o início se deu através de uma carta anônima à *Enforcement Divison* - agência que serve e protege o público -, de uma empresa de *Wall Street* de Merrill Lynch, imputando a dois de seus corretores na Venezuela de estarem fazendo *insider trading*. Foi então notificada a SEC (*Securities and Exchange Commission*), os quais então continuaram com o caso. Descobriu-se que dois negociadores estavam

¹¹¹ A narrativa a seguir, envolvendo o caso Michael Milken, pode ser visualizada Cf. COLEMAN, James Willian. **The Criminal Elite**... *Ob. cit.*, p. 173.

¹¹² COLEMAN, James Willian. **The Criminal Elite**. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition. 2006. p. 174.

copiando as ordens de compra e venda nas negociações realizadas para um cliente de um Banco Suíço nas Bahamas. Investigações mais aprofundadas revelaram que este cliente, conhecido como Mr. Diamond (Sr. Diamante), era na verdade Dennis Levine, um banqueiro de investimentos com Shearson Lehman Hutton e posteriormente com Drexel Burnham Lambert. Levine por fim, confessou ser culpado de quatro delitos e concordou em cooperar com as autoridades e envolver outros envolvidos nos seus esquemas de *insider trading*. O chefe era Ivan Boesky, o especulador financeiro em aquisição de títulos. Como Levine, Boesky foi mandado à prisão, e ele também concordou informar sobre os outros para ganhar uma sentença mais leve. O promotor chefe envolvido no caso, Rudolph Giuliani, sempre tinha a conduta de exigir que os informantes entregassem alguém de maior importância que eles mesmos para fazerem acordos. E, entre outros Boesky, entregou a participação detalhada de Michael Milken.

A compreensão do desdobramento fático deste caso não é complicada, entretanto, por outro lado, é penosa a absorção dos elementos jurídicos que os integram, isto é, quando se pensa em criminalidade organizada dedicada à prática de crimes conhecidos por “colarinho branco”, não se pode ocultar o entendimento de que elas podem também integrar a criminalidade do poder, da mesma forma que não se pode confundir com os conceitos dos delitos de “rua”. Estes, em regra, quando praticados por organizações criminosas, são executados por sujeitos dominados por outros, que exercem sobre estes poderes de tal maneira que os colocam como pessoas facilmente trocadas por outras. Também é equivocada a observação de que os delitos de “rua”, são mais danosos à sociedade do que os outros praticados através de “colarinho branco”. Há um engodo em pensar que a sociedade exige do estado menos destes crimes do que daqueles.

É certo que a criminalidade organizada de “rua”, não se preocupa em ocultar seus delitos, uma vez que se reconhecem como criminosos. A própria sociedade os enxerga como delinquentes diferentes dos de “colarinho branco”, vistos pela sociedade como um empresário de renome ou mesmo um excelente executivo. Entretanto, quando tudo se mostra às claras, a exigência da população em relação aos crimes de “colarinho branco” é bem maior, com pedidos de soluções rápidas e condenações exemplares pelo poder judiciário¹¹³. Uma coisa é praticar crimes

¹¹³ VIRGOLINI, Julio E. S: **Crime Organizado:** Criminologia, direito e política. *Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Depalma. Buenos Aires, 2001. p. 48.

organizados em detrimento de empresas estatais, em detrimento do social, do desvio de verbas públicas, da corrupção e da lavagem de dinheiro, outra, completamente diversa, é praticar crimes através de grupos organizados de “ruas”, obtendo seus resultados em condutas nitidamente criminosas, como o tráfico de drogas e de armas, ou mesmo o assassinato de agentes públicos.

Não se está aqui a dizer que um modelo criminoso seja mais importante que o outro, no sentido de repressão e prevenção. O que se está a argumentar é que a sociedade exige contenção eficaz e uniforme de ambos os modelos e que os de “colarinho branco”, por revelarem uma *modus operandi* mais técnico e específico, e por representarem um dano social de elevada monta quando comparados às modalidades delitivas que afetam exclusivamente bens jurídicos individuais, devem figurar como uma das prioridades de política criminal dos estados.

A referência central desenvolvida nesta pesquisa tem como foco a criminalidade praticada pelos altos executivos, empresários com notável poder de influência política. Aqueles delitos praticados por autores que se enquadram na definição de SUTHERLAND¹¹⁴ de criminosos de “colarinho branco”. Isto não implica afirmar que o resultado desta pesquisa também não se amolde à possibilidade de conter os delitos praticados através das organizações criminosas de “ruas”, a exemplo do tráfico de drogas ou de armas.

Outro ponto merecedor de uma devida ponderação diz respeito ao branqueamento de capitais.

É certo que os autores de crimes de colarinho branco possuem habilidades em lavar dinheiro, notadamente quando o capital envolve recursos de origem pública, destinados ao fim social. São, via de regra, profissionais contratados para a maximização dos lucros, seja ocultando sua origem ou mesmo dificultando o rastreamento do dinheiro sujo. São alto executivos incumbidos de diminuir os riscos para seus clientes. O procurador geral da Rússia, Vladimir Ustinov, estima que são lavados anualmente cerca de U\$\$ 25 (vinte e cinco) bilhões de dólares através de bancos, companhias de seguros e cassinos¹¹⁵.

As consequências, trazidas pela prática do crime de lavagem de capital, vão

¹¹⁴ Em referência à consagrada expressão de SUTHERLAND, *In: SUTHERLAND*, Edwin H. *White-Collar-Criminailty*. American Sociological Review, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940), pp. 1-12.

¹¹⁵ MONTROYA. Daniel Mário. **Máfia e Crime Organizado**. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007. p. 385.

desde as de ordem política, social a econômica, provocando marginalmente um resultado que impede o próprio crescimento do Estado – a anticompetitividade na economia de mercado¹¹⁶.

As de arranjo político estão relacionadas diretamente ao delito antecedente de corrupção, isto é, as contribuições realizadas em dinheiro para as campanhas eleitorais por aqueles dedicados a se manter no poder é o exemplo mais evidente desta perniciosa prática, justamente porque o bem mais lesionado, neste caso, é a própria democracia¹¹⁷. As de ordem social podem ser vislumbradas no aumento de crimes violentos.

É inerente ao tráfico de drogas, por exemplo, que as mortes violentas sejam executadas por aqueles que necessitam do entorpecente ou daqueles que matam para se perpetuar no poder da organização criminosa. A violência traz consigo a insegurança e esta traz um inúmero seguimento de condutas que acabam por prejudicar o convívio social, especialmente para se proteger dos narcotraficantes.

Por fim a lavagem de capitais proporciona lesões que afetam as relações econômicas do mercado formal e isso, conseqüentemente, afeta diretamente o próprio desenvolvimento e a concorrência legal. De tudo isso, percebe-se que existe um ponto que se relaciona com todos os outros. O financeiro.

Já foi constatado que, na medida em que não se evita que o dinheiro proveniente do branqueamento entre no sistema financeiro, as possibilidades de rastrear com sucesso sua origem ilícita, através de investigação, é praticamente inexistente, é nula¹¹⁸. A lavagem de dinheiro é um procedimento natural e uma consequência lógica do crime “colarinho branco”, diante da necessidade de se colocar o dinheiro sujo em circulação através do sistema financeiro.

Então, poderia cogitar em políticas públicas afetas diretamente ao sistema financeiro, com instruções normativas mais rígidas de controle ou de comunicações, nos moldes da legislação brasileira, entretanto, é muito mais salutar se combater, neste caso específico, a origem da doença e não seus efeitos. É muito mais produtora o enfrentamento às organizações criminosas de “colarinho branco”,

¹¹⁶ **BERMEJO**, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**. Um análisis jurídico-económico. Derecho Penal & Criminología. Marcial Pons. Madrid. 2015. p. 213.

¹¹⁷ **MILLARD**, George H. **Drugs and Corruption in Latin America**. Dickinson Journal of International Law, vl. 15, nº 03, 1997. p.536.

¹¹⁸ **MONTOYA**. Daniel Mário. **Máfia e Crime Organizado**. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007. p. 402.

através da sua obstrução financeira. O dinheiro representa para estes sujeitos o combustível de seu empreendimento delitivo, isto, todavia, demanda um profundo repensar acerca das estruturas clássicas da dogmática penal e não apenas ela, senão também – máxime no que pertine ao objeto desta pesquisa – aos próprios limites, finalidades e critérios de legitimação da própria teoria da pena.

Como alhures sustentado, estes novos contornos assumidos pela criminalidade econômica revelam a transformação não apenas dos bens jurídicos lesionados e do *modus operandi* do infrator, senão também, e principalmente, do próprio sujeito ativo do delito. Este, ao contrário do costumeiramente observado em relação aos ditos tradicionais crimes contra o patrimônio, nunca esteve à margem da sociedade, senão “*aparentemente inseridos no meio social*”¹¹⁹, motivo pelo qual apenas a *segregação* e a finalidade clássica da pena corporal de busca pela “*reinserção social*” mostram-se de todo insuficientes.

Não há como.

Tudo se transforma ao longo da vida e o Direito penal não pode ficar para trás.

Para obter respostas suficientes e ajustadas a estas indagações que pulsam no consciente coletivo, necessário a busca de novos instrumentos para travar o crescimento das práticas da criminalidade organizada. A grande problemática, todavia, se imprime na dificuldade em aliar estes novos instrumentos de política criminal às garantias constitucionais e processuais tão duramente conquistadas. Nesta seara, a acolhida da figura do confisco alargado de bens, cuja aplicação pressupõe certa dose de inversão do ônus probatório no âmbito do processo penal, apresenta-se delicada, mas alcançável.

Nesta tangente, FARIA COSTA,¹²⁰ em recente trabalho, refletiu sobre o tema, informando que um dos assuntos mais importantes da atualidade e que deve fazer parte da agenda pública dos Estados é a discussão sobre as possibilidades de uma inversão de prioridades entre o Direito Processual Penal e o Direito substantivo, culminando com o seguinte questionamento: seria possível enfrentar a criminalidade excessivamente organizada com um direito processual sem inversão do ônus probante?

Para o autor português, a presunção de inocência, dívida que a humanidade

119 CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco Penal*. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006, 31.

120 COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra Editora. Portugal. 2010. p. 97.

tem com a Revolução Francesa, não é possível de ser repartida ou flexibilizada. Portanto, impensável sua inversão, e qualquer resposta diferente, segundo ele, seria violação do *in dubio pro reo*. É perceptível, portanto, que para Faria Costa, há liberdades constitucionais intocáveis, absolutas. Nada obstante, Portugal foi um dos primeiros países da UE a instituir o confisco alargado, mitigando algumas garantias constitucionais e invertendo o ônus da prova. Veja-se a normativa portuguesa nº 005 de 11 de janeiro de 2002.

Na realidade brasileira, há dispositivo¹²¹ na lei de lavagem de capitais que exige que o acusado prove a licitude dos bens para levantamento da medida de constrição. A colaboração premiada é outro exemplo de ferramenta útil ao enfrentamento das organizações criminosas. A Lei 12.850/2012 dedicou uma seção específica para o tratamento do assunto, em face da percepção dos resultados obtidos em outros países como na Itália e Estados Unidos.

A cooperação jurídica e policial também é instrumento importante, já que os resultados obtidos pela prática de delitos no seio de estruturas criminosas complexas não têm limites territoriais, e os chefes destas organizações necessitam ocultar a origem ilícita do dinheiro.

O Conselho da Europa¹²², por ocasião da XV Conferência Europeia de Ministros da Justiça realizada na Noruega em 1986, com intenção de combater a criminalidade organizada voltada à prática de tráfico ilícito de drogas, recomendou a adoção de medidas e critérios internacionais tendentes a garantir eficácia da cooperação jurídica e policial internacional. A principal medida indicada era confisco de bens obtidos como proveitos deste tipo de delito.

Em 1988 a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas editou a Convenção de Viena, a qual foi determinante na cooperação internacional porque incorporou um acervo jurídico eficaz no combate a lavagem de dinheiro¹²³.

Outro marco importante na cooperação jurídica e no confisco de bens foi o

¹²¹ Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012 – art. 4, § 2º - “O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal”.

¹²² CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *Tipología y Lógicas del Lavado de Dinero*. Antecedentes: Iniciativas Internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. p. 17.

¹²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm
Acesso em 27/11/2015.

Convênio de Estrasburgo, realizado em 08 de novembro de 1990, trazendo como contribuição mais importante à expansão do campo de aplicação da lavagem de dinheiro, a qual passaria a admitir bens oriundos de crimes outros além do tráfico de estupefacientes, ampliando-se o rol de crimes antecedentes¹²⁴.

Referido convênio sofreu diversas modificações, a mais importante delas operada pelo acréscimo do art. 3º, nº 4, dada pela Convenção de Varsóvia de 2005¹²⁵, relativo ao branqueamento de capitais e ao confisco de bens decorrentes deste delito e do financiamento ao terrorismo.

Já no início dos anos 2000 houve a edição da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, conhecida como Convenção de Palermo¹²⁶, tendo como principal propósito a cooperação jurídica para combater a criminalidade organizada.

Em 2003, as Nações Unidas elaboraram a Convenção de Mérida¹²⁷ contra a corrupção, tendo como principal norte a ampliação ao máximo possível dos delitos antecedentes de lavagem de dinheiro¹²⁸ e medidas que sejam necessárias para permitir o confisco de bens.

A Convenção de Mérida também sugere aos Estados Nacionais a possibilidade de exigir de um delincente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco.

Por fim, é salutar que o marco concreto das Nações Unidas contra a lavagem de dinheiro, cooperação jurídica e confisco de bens, está no Programa Mundial contra a Lavagem de Dinheiro (GPML em sua sigla em inglês), considerado o documento mais importante pela organização internacional sobre a matéria. Entre outras coisas, o programa elabora legislações para os países membros das Nações Unidas que desejem incorporar em seus ordenamentos nacionais, medidas aptas a fazer frente ao branqueamento de capitais e ao confisco de bens provenientes de atividades

¹²⁴ Disponível em: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/conv_estrasburgo.htm
Acesso em 27/11/2015.

¹²⁵ “4 — Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infracções graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno”.

¹²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm
Acesso em 27/11/2015.

¹²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm
Acesso em 27/11/2015.

¹²⁸ **BLANCO CORDERO**, Isidoro. **Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero**. Aspectos sustantivos. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; e ZARAGOZ A AGUADO, Javier Alberto. **Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial**. 3ª ed. Washington: CICAD/OEA, [2014], p. 130.

ilícitas. Destacam-se dois instrumentos legais: a lei modelo sobre a lavagem confisco e cooperação internacional relativo ao produto do delito e a lei modelo sobre a lavagem de dinheiro e dos produtos dos delitos (*Model Money Laundering and proceeds of crime bill*). A diferença entre as duas normas está, basicamente, para os países que se destinam e a forma jurídica adotada, se *civil law* ou *common law*. A primeira lei modelo está mais adaptada ao nosso modelo jurídico de *civil law*, entretanto, trata apenas de considerações e sugestões, sem qualquer força vinculante¹²⁹.

Sucintamente, a primeira lei modelo prevê a inversão do ônus probatório, cabendo ao possuidor do bem a prova de que o adquiriu de forma lícita ou que tenha pago um preço justo pelo bem. Incidirá também o confisco sobre os bens da esposa, dos filhos, genros e noras, podendo estes provar a sua origem lícita. O Juiz da causa ainda poderá determinar o confisco de bens do condenado correspondente à quantia do enriquecimento obtido por este – primeira variante: no curso dos anos que precederam sua condenação; segunda variante: a partir da data da primeira constrição judicial (sequestro ou apreensão dos bens) que justificaram a sua condenação, ao menos que o arguido demonstre a inexistência de relação dentre o enriquecimento e o delito. Por fim, poderá o Juiz determinar o confisco dos bens do arguido e de seus familiares (cônjuge, filhos, noras e genros ou interpostas pessoas ligadas com o arguido) onde quer que eles se encontrem. Primeira variante: no curso dos anos que precederam sua condenação; segunda variante: a partir da data da primeira constrição judicial (sequestro ou apreensão dos bens) que justificaram a sua condenação, a menos que o arguido demonstre a inexistência de relação dentre o enriquecimento e o delito¹³⁰.

A lei ainda prevê a possibilidade de confisco de bens oriundos de atividades ilícitas que acabam incorporando outros de atividades lícitas. Por exemplo, o sujeito compra uma fazenda no valor de R\$ 10 milhões de reais, sendo R\$ 5 milhões de origem legal e os outros cinco de origem criminosa. Nestes casos, o confisco se dará pelo valor estimado pelo Tribunal dos recursos ilícitos utilizados pelo arguido.

É de ver, por conseguinte, que a política criminal internacional está deveras preocupada com o desempenho que o crime organizado vem obtendo nas últimas

¹²⁹ Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html?ref=menutop> Acesso em 01/10/2015.

¹³⁰ Disponível em: http://www.unodc.org/documents/justice_and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_PortugueseI.pdf acesso em 27/11/2015

décadas, especialmente com a abertura econômica dos espaços fronteiriços, o que, de certo modo, acaba favorecendo os autores destes delitos, já que se torna difícil fazer a ligação entre o capital sujo obtido com o crime e os seus sujeitos ativos, quando não, mais difícil ainda, o rastreamento do destino do capital, tarefa esta hoje considerada uma das mais hercúleas para os aparatos formais do estado.

Recentemente a Justiça Federal brasileira, no caso envolvendo crimes praticados em detrimento de empresa estatal¹³¹, revelou a prática de crimes envolvendo milhões de reais e a repatriação de boa parte do dinheiro enviado ao território suíço, fruto da colaboração premiada e da cooperação jurídica.

Portanto, a perspectiva que impulsiona este trabalho está ligada diretamente ao elementos que caracterizam o Direito penal da globalização, isto é, voltado para os delitos econômicos e financeiros, sejam aqueles praticados através de *empresas ilícitas*¹³²(corrupção envolvendo dinheiro público, fraudes em licitações, evasão de divisas, lavagem de capital) ou as chamadas modalidades de macrocriminalidade (tráfico de armas, mulheres, crianças, de drogas, lavagem de capital supranacional e terrorismo).

A questão medular, conseqüentemente, diz respeito, entre outros aspectos, às conseqüências trazidas pela criminalidade do poder, já que vão além dos bens jurídicos econômicos, atingindo, também, direta e indiretamente, todo arcabouço social e político, toda estrutura da ordem econômica formalmente constituída, desestabilizando, inclusive, de forma geral, as instituições financeiras e o próprio mercado, provocando perniciosidades a toda população¹³³.

Sobre este ponto, em particular, o diagnóstico que ora se apresenta ganha relevância, não só para os pesquisadores da ciência jurídico-penal, mas também para os estudiosos em políticas públicas sociais, já que pretende amenizar, dentre outras propostas, os infortúnios proporcionados a todo corpo social pela criminalidade excessivamente organizada, dedicadas à prática de delitos complexos.

¹³¹ Confecção de contratos fraudulentos em detrimento da Petrobrás S/A e a formação cartel pelas empresas empreiteiras que venceriam os contratos para a realização de obras.

¹³² Expressão utilizada por ESTELLITA, Heloísa. Cf. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre - Editora Livraria do Advogado. 2009.

¹³³ A propósito, vide os danos causados por executivos e empresários nos EUA em 2008 relatados por Charles H. FERGUSON em **O Sequestro da América**. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos. Zahar. Tradução Alexandre Martin. 2013.

4. UMA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ATRAVÉS DA DENSIDADE JURÍDICA DO ADÁGIO “O CRIME NÃO COMPENSA” E O PREJUÍZO A ECONOMIA FORMAL E AO DESENVOLVIMENTO.

É aceitável afirmar que o progresso no estudo das teorias econômicas da criminalidade proporcionou uma renovada análise sobre políticas criminais, as quais passam a ter um elemento norteador: benefícios econômicos como incentivo para delinquir e uma “delincuencia caracterizada por sus elevadas cotas de racionalidad instrumental, como son los casos de la criminalidad económica e organizada”¹³⁴.

Nesse sentido, os aparatos organizados de poder ilegal têm buscado, a cada etapa da transformação econômica e tecnológica, novas adaptações e modelos de práticas ilícitas no intuito de superar o aparato Estatal de repressão. Como os mecanismos tecnológicos estão em constante evolução, é crucial uma mudança de padrões sobre o tema. Há que se combater a prática de crimes econômicos através da transformação do senso comum: “O crime não *deve* compensar”.

Neste contexto, o “calcanhar de Aquiles” destes grupos criminosos situa-se no aspecto fazendário da organização, vale dizer: a sua sustentabilidade está ligada diretamente à possibilidade efetiva de lucrar, bem como no aporte financeiro às novas formas de delinquir - esta é a regra vital das organizações criminosas.

A finalidade precípua da associação de indivíduos, reunidos para praticar crimes, é a obtenção de vantagens de caráter econômico mediante condutas contrárias ao mercado e às regras do Direito. A consumação da conduta típica eleita – aqui poderíamos citar, dentre outras, o tráfico de pessoas, de estupefacientes e drogas afins, a lavagem de dinheiro e a organização criminosa – não é, em efeito, o objetivo final desta associação, senão simples móvel à almejada obtenção de lucro e de fácil enriquecimento.

Em assim sendo, a questão não deve ser combatida simplesmente através de mecanismos voltados, tão somente, a obstar a consumação da ação típica praticada. É necessário ir além. Na explanação de MORO,¹³⁵ “*o que é essencial é privar o*

¹³⁴ BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**. Um análisis jurídico-económico. Derecho Penal & Criminología. Marcial Pons. Madrid. 2015. p. 213/214.

¹³⁵ MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.16. No mesmo

criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que ‘o crime não deve compensar’.

Para este propósito, o arcabouço legal dispõe do artigo 91 do Código Penal, a título de efeito extrapenal da sentença condenatória, entretanto, revela-se insuficiente e pouco pragmático.

A experiência tem mostrado que esses efeitos penais não têm a dimensão e o alcance que se busca na prevenção e na repressão a esse tipo de criminalidade.

Afora o desaparecimento brasileiro no que toca às medidas sancionatórias de caráter patrimonial, há de se incluir nesta análise a incontroversa falência da pena corporal como medida de desestímulo à prática dos mais diversos crimes.¹³⁶ Neste sentido, se tal assertiva é verdadeira quando se está a falar de crimes ditos tradicionais ou clássicos, muito mais verdade transmite, pois, quando relacionada à criminalidade econômica.

É inquestionável que o homem, como ser livre, dotado de personalidade e de livre arbítrio, encara o crime como um fenômeno social, uma auto-gratificação indesejada pela sociedade. Ao passo que a sociedade procura coibir a prática criminal com instrumentos que privam a liberdade de seus infratores, seja mediante aparelhos preventivos ou repressivos, no intuito de manter a paz social do próprio Estado, denota-se que o crime, por ser uma forma de auto-gratificação para o autor, é consequentemente uma forma de compensação, isto é, ninguém pratica um delito econômico, sem antes, elaborar intelectualmente as possibilidades de ganhos em contraposição com as possibilidades efetivas de perda - privação de liberdade. Não há delito patrimonial e/ou econômico sem motivação¹³⁷.

Este raciocínio criminal, inicialmente demonstrado pelo nobel de economia de 1992, GARY BECKER¹³⁸, tem revelado experiências que fogem a sua regra - possibilidade de ganho com possibilidade de prisão -, especialmente por três

sentido Cf., **DAMÁSIO SIMÕES** e **TRINDADE** falam na necessidade em realizar um “*asfixiamento econômico do agente do crime*”. In: DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)**. In: Revista Julgar online – 2009, p.02.

136 Sobre o tema Cf. **CORRÊA JUNIOR**, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006.

137 Um excelente estudo salientando a falência da pena corporal, e destacando a necessidade de se repensar os instrumentos Estatais de resposta de modo a tornar efetiva a máxima de que “o crime não compensa”, Cf., **CAEIRO**, Pedro. **Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013, p. 453 et. seq.

138 **BECKER**, Gary Stanley. **Crime and punishment: An Economic Approach**. 1976. The Journal of Political Economy, nº 02, p. 169-217, mar/abr 1968.

elementos: O primeiro e mais corriqueiro está no elevado índice de impunidade, ou seja, o grau ou a possibilidade de ser preso é muito menor que os ganhos/compensação com o crime. O segundo elemento guarda relação direta com a psicologia, ou seja, é uma ligação psicológica entre o autor do delito e sua satisfação pessoal, sendo que esta atinge um grau muitíssimo elevado em relação a eventual cominação penal, sendo totalmente incapaz de desmotivá-lo. Por derradeiro, há casos em que o agente infrator elabora uma análise diferente do Estado no que se refere a “regra” compensação *versus* possibilidade de prisão¹³⁹.

Nesta visão a pena passa a funcionar como um custo para o próprio Estado. A especificidade deste elemento em relação aos outros está exatamente no poder que o Estado tem em suas mãos, isto é, o Estado tem a disponibilidade de eliminar este benefício sem depender de elementos outros ligados ao infrator.

É aqui que o conteúdo do tema passa a demonstrar interesse, justamente porque a perda das vantagens, eventualmente trazidas pelo crime, deve estar ligada ao adágio “o crime não compensa” o qual passa a ter um conteúdo eminentemente normativo e valorativo: “o crime não *deve* compensar”¹⁴⁰.

MORO¹⁴¹, em reflexão sobre o tema entendeu que privar o delinquente do proveito da atividade criminosa tem mais resultados significativos, em termos de política criminal, do que, simplesmente, privá-lo da liberdade.

Logicamente que não se está pretendendo mudar o foco da proteção de bens jurídicos incessantemente buscados pela norma penal, tampouco macular as garantias individuais proporcionadas pelo direito penal e processual penal em substituição a perda de bens, mas sim colocar em evidência a, perfeitamente possível, coexistência entre estas duas categorias: a perda de bens e as garantias constitucionais em prol do reforço às novas categorias jurídicas e espécies de perda de bens.

139 FERNANDEZ, José Carrera; Pereira, Rogério. **Diagnóstico da Criminalidade na Bahia: Uma análise a partir da teoria econômica do crime**. Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v. 32, n. Especial p. 972-806, novembro de 2001.

140 CAEIRO é quem identifica a necessidade em lançar luz a um verdadeiro conteúdo normativo, muitas vezes ignorado, mas inequivocamente presente, na tradicional máxima “o crime não compensa”: em verdade, o “crime não *deve* compensar” porque o Estado vai recuperar os ativos que nunca pertenceram àquele sujeito. In: CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013, p. 453 *et. seq.*

¹⁴¹ MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

Busca-se, dissuadir¹⁴² o infrator com a seguinte premissa: a probabilidade de auferir lucros com a atividade ilegal é menor, menos vantajosa, quando comparada à perda patrimonial consequente, isto é, o conceito que deve nortear o criminoso econômico não deve ser somente a pena privativa de liberdade, mas aliada a esta, a efetividade da perda patrimonial, o confisco.

Portanto, não se propõe, neste novo cenário de combate à criminalidade econômica, reidíticia¹⁴³ e transnacional, o desligamento da pena privativa de liberdade.

Na verdade, ela precisa estar ao lado da medida patrimonial, notadamente para estancar os benefícios trazidos pelo crime e impedindo novos investimentos a outras modalidades criminosas.

A nova política criminal que pretende fazer frente à criminalidade reidíticia, deve se pautar, necessariamente, pelo confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, além, essencialmente, de buscar a perda daqueles bens que, apesar de estarem na posse do sujeito, não têm sua origem lícita por ele comprovada, vale dizer: um confisco, também, de bens presumíveis oriundos de atividades ilícitas.

Logicamente que este novo padrão necessita de uma construção jurídica adequada, já que a convivência com as liberdades constitucionais não pode ser deixada em segundo plano, pelo contrário, ela deve ser o norte de todo o desenvolvimento do pesquisador.

Nesse sentido, não é aceitável que o sistema penal puna determinadas condutas como fatos típicos e ilícitos e ao mesmo tempo faça “vista grossa” para a arrecadação, conservação e gozo das vantagens deste crime - as duas questões agora (penal e perda patrimonial), faz parte do mesmo problema¹⁴⁴.

Portanto, a comprovação para a sociedade de que o crime econômico não compensa está ligada diretamente a efetividade que esta mesma sociedade dá a perda dos bens provenientes do crime.

Assim, a medida de perda de bens que se propõe nesta pesquisa, de um modo geral, deve-se pautar necessariamente por dois objetivos, um de natureza preventiva

¹⁴² **BERMEJO**, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**. Um análisis jurídico-económico. Derecho Penal & Criminología. Marcial Pons. Madrid. 2015. p. 215.

¹⁴³ **CAEIRO**, Pedro utilizou a expressão em *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reidíticia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013, p. 453 *et seq.* CAEIRO se refere a criminalidade que faz voltar o lucro através de um processo cíclico, ou seja, os lucros provenientes do próprio crime são reinvestidos para fomentar novas práticas criminais e, é exatamente este processo de reinvestimento no próprio crime que se entende por crime reidíticio.

¹⁴⁴ **CORREIA**. João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 44.

e outro de correção, isto é: anular os benefícios econômicos do crime e colocar o condenado na situação patrimonial anterior à sua prática, reforçando a noção predominante da sua natureza jurídica, qual seja: preventiva - demonstrando ao autor que a prática de crimes não é a modalidade de acumular patrimônio, bem como de reafirmar o valor da norma penal perante toda a comunidade.

É importante que se consigne que a proposta deste estudo não está atrelada ao confisco de bens através das lentes da retribuição ou de pena acessória.

Entendemos que não se trata apenas de impor uma pena em decorrência da prática de uma conduta típica, mas sim o corrigir através da perda de um patrimônio ilegítimo ao investigado, isto é, não se está em discussão aquilo que o arguido possui legitimamente, licitamente, mas sim os bens, valores, produtos e proveitos da atividade criminosa, bem como aqueles que ele detém sem comprovação de origem lícita, os quais ele (enquanto investigado) não pode ter pelo simples fato de que nunca lhe pertenceu. Trata-se, objetivamente, de retornar ao *status quo* anterior à prática ilícita que lhe propiciou a construção daquele patrimônio ilegítimo¹⁴⁵.

Neste momento, surge para esta pesquisa uma necessidade de abertura para outras concepções, não somente aquelas vinculadas à dogmática penal ou processual penal. Mais que isso: é importante a tentativa de demonstrar que a proposta que se pretende expor atingirá, de maneira eficaz, seus objetivos.

Para isso, a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED) é instrumento multifacetado para o estudo do fenômeno jurídico, notadamente para revelar que o impulso para delinquir através de práticas ilegais com viés econômico e financeiro, é fundamentado por incentivos, sejam eles positivos ou negativos, estabelecidos pela norma jurídico-penal e processual penal, bem como pelo consciente coletivo sobre a compensação ou não do resultado da prática criminosa, que chamarei, a partir daqui, de senso comum. Em linhas gerais, o Direito, como ciência, regula o comportamento humano¹⁴⁶. A economia, por sua vez, estuda este comportamento e suas consequências em um mundo de recursos escassos. Sob tal perspectiva, a análise econômica do Direito é um campo da ciência que procura expandir o conhecimento do direito para aperfeiçoar o desenvolvimento, utilizando-se de ferramentas e referenciais teóricos e empíricos advindos da economia.¹⁴⁷ Nessa perspectiva

¹⁴⁵ CORREIA, João Conde. *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*. INCM. 2012. pg. 45.

¹⁴⁶ GICO JR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. 2010. p. 8.

¹⁴⁷ RIBEIRO PEREIRA, Márcia Carla; KLEIN, Vinícius. (Coord). *O que é análise econômica do direito*. Uma Introdução. Editora Fórum – Associação Brasileira de Direito e Economia. 1ª edição – 2011. p. 35.

econômica, GIMENO¹⁴⁸ pondera que o direito pode sofrer dois tipos de análises, as quais não guardam semelhanças, é dizer: uma análise do direito econômico, voltada para a atividade econômica sob o ponto de vista jurídico e uma análise econômica do direito – AED, esta inclinada para o estudo da regulamentação da atividade econômica.

A AED, dentre outras contribuições para a produção do conhecimento, tem auxiliado como metodologia e, neste campo, pode-se falar em AED *Positiva*¹⁴⁹ – aquela focada no resultado de determinada regra para o mundo real, portanto, trata-se de uma opção científica e empírica – e, ainda, na AED *Normativa* – aquela que busca um estudo sobre as consequências de determinada regra/norma, levando em conta um mundo de valores, confrontando as perspectivas de justiça com os conceitos de eficiência econômica e bem-estar social¹⁵⁰.

Optamos, neste trabalho, em utilizar as duas metodologias, isto é, análise econômica positiva e a normativa, especificamente sobre a possibilidade de se utilizar a regra do confisco alargado como medida apta para a recuperação de ativos provenientes de atividades ilícitas, bem como pela condicionante - se a aplicação da norma resultará em consequência eficiente ou não - , na medida em que o confisco alargado também pode colaborar com uma mudança de comportamento.

Da mesma forma, optou-se pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks por demonstrar ser mais pragmático, na medida em que a resultado final é mais amplo e socialmente ótimo, diverso do modelo de eficiência de Pareto, que demonstra um resultado demasiadamente restritivo¹⁵¹.

¹⁴⁸ GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Análisis Económico del Derecho y Política Criminal*. Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª Época, nº extraordinário 2 (2004) p. 31-73.

¹⁴⁹ *A percepção positiva da AED, em um contexto de confisco alargado, não está na tentativa de demonstrar se tal modelo de política criminal é bom ou ruim, mas sim se ele é capaz ou não de recuperar os ativos provenientes de atividades ilícitas. Por sua vez, a percepção da AED normativa, está na análise se o mecanismo alargado é ou não eficiente, portanto trata-se de uma análise ligada diretamente aos conceitos da categoria eficiência (eficiência pelo ótimo de Pareto ou eficiência de kaldor-Hicks)*. Sobre o tema ver GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Análisis Económico del Derecho y Política Criminal*. Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª Época, nº extraordinário 2 (2004) p. 31-73.

¹⁵⁰ RIBEIRO Pereira, Márcia Carla; KLEIN, Vinícius. (Coord). *O que é análise econômica do direito*. Uma Introdução. Editora Fórum – Associação Brasileira de Direito e Economia. 1ª edição – 2011. p. 21.

¹⁵¹ *Uma medida será eficiente de Pareto se, e somente se, melhorar o nível de bem-estar de alguém sem prejudicar o nível de bem-estar de ninguém, até se chegar em uma situação ótima, quando então não é mais possível melhorar a situação sem degradar um outro agente econômico - o critério de Kaldor-Hicks é mais amplo que o critério de Pareto, já que leva em conta o aspecto global e social de determinada medida. Por exemplo, se imaginarmos uma sociedade constituída por João com 150 cotas, Pedro com 100 e Felipe com 50, tal sociedade dispõe de 300 cotas. Após uma política governamental, imagine-se que João fica com 300 cotas, Pedro com 250 e Felipe com 30. Neste caso, pela análise do critério de Pareto, Felipe perdeu 20 cotas, saindo prejudicado e, portanto, uma situação não ótima, não eficiente. Entretanto, no caso de se olhar pelas lentes de kaldor-Hicks, a sociedade acabou ficando com 570 cotas, muito mais do que as 300 cotas iniciais, as quais compunha tal sociedade antes da política*

Ainda nesse sentido, levando-se em conta que um dos pressupostos metodológicos da AED está relacionado diretamente à escassez¹⁵² de recursos de uma sociedade, isto implica em afirmar, necessariamente, que é inevitável o conflito entre os sujeitos e, portanto, aqui reside um dos motivos da existência do Direito: a solução destas conflagrações.

Por esta razão, os agentes econômicos ponderam os custos e benefícios para a decisão final sobre a prática, ou não, da atividade delitiva, optando por adotar a conduta que lhe traga maior benefício em detrimento de outras - são as condutas racionais ou com enfoque de eleição racional¹⁵³, maximizadoras do bem-estar¹⁵⁴.

Toda escolha humana tem um custo de oportunidade.

Aqui reside o tema dos incentivos.

Ao se alterar as estruturas de incentivos antes da tomada da conduta pelos agentes econômicos será possível que eles optem por outra, vale dizer: a AED também está focada nas mudanças do comportamento humano frente às diversas mudanças de legislação e ao mesmo tempo, socorre o Direito e as políticas públicas – através dos resultados – eficientes ou ineficientes.

Em resumo, as pessoas respondem a incentivos¹⁵⁵, assim como qualquer outra atividade produtiva.

A AED, como disciplina metodológica, procura antever as consequências destas induções e valorá-las conforme sua utilidade e eficiência.

Partindo-se deste pressuposto (que as pessoas respondem a incentivos) o comportamento dos agentes ou será fundamentado em categorias hierárquicas (trabalho, por exemplo) ou mercadológicas. Neste último caso a decisão é tomada pela livre interação entre os sujeitos, pela livre concorrência e pelo exercício da autonomia da vontade por meio da celebração de contratos¹⁵⁶.

governamental, por conseguinte, eficiente e ótima pelos critérios de kaldor-Hicks. Sobre o tema ver PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica do Direito (AED). Fundação Getúlio Vargas – FGV – Direito Rio. 2013.

Disponível em http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf
Acesso em 07/01/2015.

¹⁵² A escassez de recurso é o fundamento do estudo da economia como disciplina e o ponto de partida para a AED como metodologia.

¹⁵³ GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Análisis Económico del Derecho y Política Criminal*. Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª Época, nº extraordinário 2 (2004) p. 31-73.

¹⁵⁴ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 20.

¹⁵⁵ ROCHA, Patricia Cebala. *Estudios sobre Estado de Derecho, Democracia y Governanza Global*. Coordenadores: Alfonso Myers Gallardo, Gabriel Alejandro Martínez Hernández, Diego Armando Carvajal Briñes. Ratio Legis Ediciones. Salamanca 2014, p. 147.

¹⁵⁶ Segundo FERGUSON, o Estado de direito é essencial para o equilíbrio econômico, especialmente quando

Deste modo, chama-se mercado, o contexto social em que a conduta dos agentes é livre para contratar e por esta razão, quando o mercado está em equilíbrio é porque o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento em que não ocorrerão mais trocas porque se chegou a tal equilíbrio¹⁵⁷.

Por outro lado, nos termos empregados por GICO JR¹⁵⁸, não há óbice para a flexibilização dos pressupostos essenciais da AED, caso seja esta a necessidade do pesquisador. Por exemplo, na perspectiva neo-institucionalista, os custos de transação e as instituições passam a ser fundamentais nos modelos empregados. Por outro lado, quando se pensa na AED comportamental, a racionalidade é complementada para incluir uma série de desvios comportamentais.

Ora, o que se denota é que toda a ciência do direito é construída através de premissas, as quais têm como foco central a mudança do comportamento humano através de incentivos. Criminosos, por exemplo, cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas¹⁵⁹.

No caso Brasileiro, especificamente, o que se nota é que há uma carência de normas que tornem o crime financeiro/econômico menos atrativo, em especial quando se conjectura com a possibilidade de perda de bens. Tal concepção é perceptível quando se leva em conta o senso comum na sociedade brasileira que o crime praticado pelos poderosos acaba compensando, já que poderão, via de regra, usufruir em um futuro próximo, dos recursos desviados.

No dizer de Pedro CAEIRO¹⁶⁰, em última análise, o vislumbre da imposição de uma pena torna-se apenas um custo, tão somente eventual, em prol de um benefício econômico de incontroversa apropriação, ainda que em longo prazo.

protege os direitos da propriedade privada. Em economia esta é a função primordial e essencial do Estado de direito e, por esta razão, a proteção legal ao investidor é um forte indicio de desenvolvimento financeiro de um Estado. **FERGUSON**, Niall. **A Grande Degeneração**. A decadência do mundo ocidental. Tradução Janaína Marcoantonio. São Paulo: Editora Planeta, 2013. p. 69 *et seq.*

¹⁵⁷ **POSNER**, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 22/23.

¹⁵⁸ **GICO JR**. Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. 2010. p. 13.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶⁰ **CAEIRO**, Pedro utilizou a expressão em *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013. p. 453 *et. seq.*

Assim, na perspectiva da criminalidade lucrativa, há modalidades criminosas que acabam compensando, uma vez que o Estado não dispõe de medidas aptas a frear ou inibir tais práticas, pelo contrário, esta lacuna resulta em incentivos que integram o elemento intelectual do sujeito, vale dizer: a inexistência de ferramentas jurídicas que tornem o crime lucrativo menos atrativo proporciona aos sujeitos a opção por praticá-los e, esta opção, se inicia no momento em que o próprio delinquente sopesa, intelectivamente, os ganhos – entre o crime e as probabilidades de perda – possibilidade de ser preso ou possibilidade de perda dos bens angariados com o ilícito, que hoje no Brasil é bastante carente.

Assim, é imprescindível, em especial em um mundo de criminalidade reditícia/econômica, apresentar outro contraponto ao sistema penal vigente. É necessário demonstrar que a pena privativa de liberdade, por si só, não se caracteriza como um inibidor de condutas antijurídicas, em especial sob a ótica penal e econômica.

Por esta razão, é através da AED, o meio para revelar outro senso comum - se “*não mexer no bolso do sujeito*” não há mudança de comportamento -, o que se propõe, então é demonstrar o contraponto de que o comportamento humano, quando na cogitação de criminalidade financeira/econômica deve se pautar por outros critérios.

Nos termos trazidos por Gary Becker¹⁶¹, o empresário criminoso, da mesma forma que qualquer empresário, organizará sua produção no sentido de analisar os benefícios trazidos pelo cometimento de uma infração penal, relacionada ao risco de eventual detenção ou nos termos empregados por FRIEDMAN¹⁶², citado por CEBALA ROCHA: “*No se trata de derrotar al criminal, se trata de hacer que decaiga su interés en cometer crímenes, de hacer que los beneficios esperados del crimen sean bajos y los costos altos*”.

Os discípulos¹⁶³ do pensamento de Gary Becker consideram que se abster de cometer um crime, altamente lucrativo e de baixa expectativa de custo seria o mesmo

¹⁶¹ **BECKER**, Gary Stanley. **Crime and punishment: An Economic Approach**. 1976. The Journal of Political Economy, nº 02, p. 169-217, mar/abr 1968.

¹⁶² **ROCHA**, Patricia Cebala. **Estudios sobre Estado de Derecho, Democracia y Governanza Global**. Coordenadores: Alfonso Myers Gallardo, Gabriel Alejandro Martínez Hernández, Diego Armando Carvajal Briñes. Ratio Legis Ediciones. Salamanca 2014, 152. Cf. **FRIEDMAN**, David. **Hidden Order: The economics of everyday life**. Harper Business, New York, 1996. p. 298-313.

¹⁶³ **ZINGALES**, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015. p. 156.

que agir irracionalmente – quase que uma estupidez, justamente porque neste raciocínio o crime lucrativo compensa se comparado com os riscos de ter a liberdade tolhida.

Aqui está o ponto central do senso comum, justamente porque a pena privativa de liberdade não inibe como deveria inibir.

Como auxílio nesta perspectiva, merece registro o caso conhecido como “Diários Secretos na Assembléia Legislativa do Paraná”¹⁶⁴: a quantia desviada aproximou-se a R\$ 200 milhões de reais, as penas privativas de liberdade aplicadas aos mentores desta organização criminosa, por sua vez, foram de 18 anos de reclusão. Como é sabido, o sistema processual penal brasileiro permite a progressão de pena, ou seja, estes sujeitos ficarão, no máximo, 3 a 4 anos atrás das grades, para depois poder desfrutar do dinheiro desviado, caso ele não tenha sido recuperado efetivamente pelo Estado. É razoável cogitar, neste caso, que haverá possibilidade de se realizar sequestro ou até mesmo hipoteca de bens dos envolvidos diretamente com a prática criminosa, entretanto, apenas estes instrumentos não serão suficientes para colocar os autores destes delitos ao *status quo ante*.

Neste contexto, como instrumento eficaz no enfrentamento destas modalidades criminosas, SHIKIDA e SCHAEFER¹⁶⁵ procuram demonstrar que a possibilidade dos benefícios com a criminalidade superarem seus custos e compensarem todo o risco auferido, está ligada diretamente com a eficácia policial e judicial e, estes aparelhos do Estado somente conseguirão fazer frente a este novo modelo de criminalidade no momento em que dispor de instrumentos aptos neste sentido, razão pela qual se resgata as concepções do instituto jurídico do confisco.

De todo o anunciado, resulta manifesto que não há mais como enfrentar uma criminalidade organizada com ferramentas do século passado. A prática criminal evoluiu, infelizmente. Diante disto, é necessário que também se avance com as formas de combate, o que deve passar, principalmente, pela eleição de meios hábeis a neutralizar a movimentação financeira destas organizações.

Por certo que a comunidade jurídica internacional encontra, neste contexto, uma tensão – de um lado o garantismo, corrente que tem como um de seus pilares limitar o poder punitivo do estado, o qual não pode atuar ilimitadamente em prejuízo

¹⁶⁴ Ação Penal nr. 2010.21302-1, a qual tramita na 9ª Vara Criminal de Curitiba/PR.

¹⁶⁵ SCHAEFER, José Gilberto e SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do Crime: Elementos Teóricos e Evidências Empíricas**. Revista Análise Econômica, ano 19, n. 36, 2001. 195-216. Acesso em 14/12/2015. Disponível em <file:///C:/Users/solon.scl/Downloads/10682-34996-1-PB.pdf>

dos seus cidadãos e, de outro lado, o direito penal da globalização, nos termos da reflexão de CHOCLÁN MONTALVO,¹⁶⁶ este que corresponde a uma espécie de delinquência que visa o lucro econômico em grande escala e, por esta razão com grande capacidade lesiva.

Antes, a dogmática penal clássica tinha como preocupação o combate à criminalidade individual, de “rua”¹⁶⁷, atualmente, o direito penal deve se expandir e se preocupar também com a criminalidade do poder, altamente organizada e com possibilidade de lesão a diversos bens jurídicos, sejam individuais, coletivos e até difusos.

4.1 O PREJUÍZO À ECONOMIA FORMAL E AO DESENVOLVIMENTO.

É notório que a criminalidade reditícia vem se revelando como uma espécie do subproduto dos espaços comunitários e, cada vez mais, com características de transnacionalidade, com repercussões em diversas áreas, desde políticas criminais, econômicas e sociais. Inevitavelmente as organizações criminosas acabam influenciando diretamente à economia formal e, em um segundo momento, o próprio desenvolvimento, como demonstrado anteriormente.

Nesse contexto, uma das propostas desta pesquisa é demonstrar que o dinheiro oriundo da corrupção pública e crimes correlatos, destinados a aplicação em investimentos de infraestruturas, saneamento básico, saúde pública, moradia e educação básica, são, com frequência, desviados de sua finalidade e remetidos a paraísos fiscais na tentativa de se escamotear sua origem ilícita e, com isso, possibilitar sua inserção no mercado formal. Logo, acabam por esvaziar os investimentos na realização das políticas sociais mais elementares do país.

De certo modo é possível afirmar que as causas imediatas do problema do branqueamento de capitais passam diretamente pela crise suportada pelo próprio Estado na construção de um modelo de enfrentamento às organizações criminosas, sendo possível concluir que medidas como o confisco e cooperação jurídica são instrumentos deveras importantes, mas não são em si capazes de enfrentar a origem do problema, já que estruturais, de natureza ética e, neste sentido, imprescindível

¹⁶⁶ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **El patrimonio criminal**. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la política criminal Europea en materia de *confiscación*, Madrid, Dickinson, 2008. p. 30.

¹⁶⁷ Sobre delitos de “rua” ver COLEMAN, James Willian. **The Criminal Elite**. Understanding White-Collar Crime. Sixth Edition. Worth Publishers. 2006.

também uma mudança de matriz sobre a ética nas políticas públicas atuais¹⁶⁸.

A América do Sul é a região mais desigual do planeta¹⁶⁹. A distribuição de renda, o desenvolvimento humano, a saúde e educação na região são marcadas pelos altos índices de desigualdade, cuja origem deve-se à inexistência ou – quando existe um projeto nesse sentido – ao descaso para com políticas públicas voltadas à implementação de condições básicas de sobrevivência¹⁷⁰.

Enquanto na América morrem trinta crianças a cada mil nascidas vivas, na Suíça esse número cai para apenas três. Estes dados são trazidos por Bernardo Kliksberg¹⁷¹ em recente entrevista no Brasil e, segundo ele, a corrupção é o principal elemento a criar entraves e obstáculos às políticas públicas sociais. De acordo com este pesquisador, uma coisa é a corrupção de pequenas proporções, bilateral apenas, envolvendo dois indivíduos, outra é aquela corrupção de grandes conglomerados, de caráter verdadeiramente sistêmico. Este modelo de corrupção, recorrentemente praticado por grandes corporações criminosas, acaba afetando diretamente o mercado formal, já que implica em aniquilar a concorrência leal, mola propulsora da economia.

Logicamente, ambas modalidades de agir corrupto devem ser combatidas. Uma verdadeira preocupação com a educação do povo conduz à aniquilação, ou a diminuição, a um número insignificante, dos casos chamados “pequenos atos de corrupção”. A longo prazo, tal postura conduz à criação de uma cultura de intolerância a quaisquer casos de corrupção, reduzindo significativamente a denominada “corrupção sistêmica”, seja ela pública ou privada.

De acordo com Sen¹⁷², os valores éticos dos empresários constituem o “ativo

¹⁶⁸ **KUHN**, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 218 - A este respeito, o conceito de paradigma, Thomas S. Kuhn, esclarece que o termo indica “toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos mesmos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”.

Optou-se, neste contexto, de utilizar o termo paradigma, já que a proposta leva em conta uma reflexão estrutural do conceito de ética, a qual deve perpassar, obrigatoriamente, por todos os conceitos e valores incutidos na sociedade.

¹⁶⁹ **KLIKSBERG**, Bernardo. **Por uma economia com face mais humana**. Brasília: Unesco, 2003. p. 33.

¹⁷⁰ Nesse sentido, veja recente notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo, em 28 de abril de 2015, sob a seguinte manchete: “*No Ritmo atual, país levaria 129 anos para cumprir metas de saneamento*”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1621985-no-ritmo-atual-pais-levaria-129-anos-para-cumprir-metas-de-saneamento.shtml>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

¹⁷¹ Entrevista disponível em: www.planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/Bernardo-kliksberg Acesso em 07/10/2015.

¹⁷² **SEN**, Amartya; **KLIKSBERG**, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 308.

produtivo” da sociedade. Deste modo, se engajados no crescimento do país e comprometidos com a legalidade de suas ações, o impacto será altamente positivo. Ao revés, se visarem unicamente o lucro a qualquer preço, seja corrompendo funcionários, seja enviando dinheiro para paraísos fiscais, haverá um incremento do do *“passivo produtivo”*, influenciando de forma negativa o crescimento. Em síntese: *“A incidência dos valores éticos predominantes pode ser decisiva, positiva ou negativamente, para o progresso econômico e social”*.

Neste contexto, o resultado negativo para o desenvolvimento econômico e social de um país revela-se para além de inequívoco. Precisamente no seio da criminalidade reditícia, cuja natureza pressupõe um processo cíclico de ganho e reinvestimento de lucros com o próprio crime, o aumento deste dito *“passivo produtivo”* é mais significativo.

Em efeito, na medida em que o capital ilícito é obtido e reinserido na economia formal com aparência de licitude, gerando, deste modo, ainda mais renda, percebe-se, então, uma ligação próxima entre capital social, criminalidade reditícia e lavagem de capital. Todo este processo é fundamental para que organizações criminosas e indivíduos possam continuar aplicando outros golpes, e assim, retroalimentando o ciclo da ilegalidade, fazendo da criminalidade reditícia um modo de vida. Como afirmou MENDRONI¹⁷³ *“a lavagem de dinheiro é necessária para o próprio sucesso da empresa criminosa”*.

Em harmonia com esse posicionamento, em recente julgamento da AP 470, o Supremo Tribunal Federal ao analisar, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o esquema orquestrado para que a máquina do Mensalão funcionasse, assim se manifestou sobre o item IV da denúncia do Ministério Público Federal, que tratou do crime de lavagem de dinheiro: *“o dinheiro é para o crime como o sangue é para a veia. Se não circular, com volume e sem obstáculos, não temos esquemas criminosos como esse. [...] O crime precisa do dinheiro para viver”*.

Nessa conjuntura, por meio dos relatórios prestados pelas Unidades de Inteligência Fiscais do COAF, é possível ter uma dimensão superficial do prejuízo sofrido pelo sistema econômico-financeiro como resultado das operações ilícitas de lavagem de dinheiro e da falta de ética dos responsáveis pelo seu controle. No relatório disponibilizado por este órgão, referente ao período de 2007¹⁷⁴, é possível

¹⁷³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**, Ed. Atlas. 2006. p.6.

¹⁷⁴ COAF: Relatório anual de gestão 2007. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links->

obter informações importantes no que concerne ao montante de dinheiro e bens que foram bloqueados pela justiça brasileira entre o período de 2003 a 2007.

Por meio das informações prestadas neste período, o poder judiciário bloqueou cerca de R\$ 61,6 milhões, sendo R\$ 17,621 milhões apenas no ano de 2007, em contas correntes e previdências privadas pertencentes a pessoas investigadas por crimes de lavagem de dinheiro ou outros crimes conexos.

Segundo esse mesmo relatório, no ano de 2007 o setor bancário apresentou um volume 54% maior do que o ano anterior de comunicações suspeitas. O total de todas as comunicações foi de 335.364, sendo que deste número, 55.550 foram analisadas individualmente por apresentarem indícios de irregularidade. Com base nestas informações, os órgãos competentes puderam investigar e dar início ao processo criminal a fim de identificar, localizar e bloquear bens e capitais provenientes de lavagem de dinheiro.

Em abril de 2007, a Polícia Federal deflagrou a Operação *Hurricane* nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e no Distrito Federal e cumpriu 25 mandados de prisão, além de 70 mandados de busca e apreensão, cujo alvo era uma quadrilha que atuava na exploração de jogo ilegal e cometia crimes contra a administração pública. Sobre essa operação, o relatório concluiu: *“Dos 25 presos na operação, 14 já haviam sido comunicadas pelo COAF às autoridades competentes, por meio de sete RIFs, no período de 2001 a 2006”*¹⁷⁵. Nesses RIFs, o COAF apontava 87 pessoas envolvidas na organização e valores acima da casa dos R\$ 210 milhões que eram movimentados criminosamente. Desse montante, cerca de R\$ 23,7 milhões foram bloqueados pela justiça, entre contas bancárias, carros, barcos e outros ativos apreendidos pela Polícia Federal durante o início e fim da operação.

Neste mesmo período, a Polícia Federal ainda deflagrou a operação intitulada *Kasper*, em que foram cumpridos 22 mandados de prisão e 52 mandados de busca e apreensão. Neste caso, é de particular importância ressaltar a colaboração com outras UIFs. Segundo o relatório, a Polícia Federal em São Paulo solicitou ao COAF *“gestão junto a UIFs estrangeiras com o objetivo de obter informações e, se possível, bloquear preventivamente contas identificadas na Ilha da Madeira”*¹⁷⁶. Diante da eficiência da

[externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf/view](#) acesso em 07 de agosto de 2015.

¹⁷⁵ COAF: Relatório anual de gestão 2007. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

¹⁷⁶ COAF: Relatório anual de gestão 2007. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

UIF portuguesa, mediante atuação com a autoridade judicial, foi possível o bloqueio temporário de quatro contas identificadas utilizadas para a lavagem de dinheiro no montante total de US\$ 1,2 milhão. Outras seis UIFs estrangeiras também cooperaram com a investigação com o envio de identificação de contas, confirmação de titulares e beneficiários e em duas delas – Estados Unidos e Panamá – ocorreram o bloqueio temporário de valores.

Apenas dois meses depois da Operação *Hurricane*, foi a vez da Operação Aquarela, realizada pelo Ministério Público e a Polícia Civil do Distrito Federal. Nessa operação, 17 pessoas foram presas, sendo que destas, ao menos oito delas já haviam constado de RIFs encaminhados pelo COAF ao Ministério Público Federal entre o período de julho de 2005 e maio de 2007. Nesses relatórios, o COAF apontou 299 pessoas envolvidas e um volume monetário de cerca de R\$ 118 milhões desviados de recursos de públicos¹⁷⁷.

Em 2008, o COAF completou dez anos de existência e já havia alcançado nesse período a marca de 6,8 mil Relatórios de Inteligência Financeira com mais de 112,2 mil comunicações vinculadas e cerca de 51,2 mil pessoas relacionadas.¹⁷⁸ Contudo, o que mais chama atenção no relatório disponibilizado daquele ano pelo Comitê, foi o grande volume de recursos bloqueados pela justiça - 37 vezes maior que o ano anterior. Enquanto no ano de 2007 a Justiça Federal conseguiu bloquear R\$ 17.621 milhões, em 2008 esse valor passou para R\$ 658.532 milhões, o que representava 91,44% de volume total (R\$ 720.133 milhões) bloqueado desde 2003.

Esse resultado é, sem dúvida, surpreendente, e a razão para que este crescimento tenha sido tão significativo foi o desenvolvimento de um sistema que permite avaliar o resultado qualitativo e quantitativo da ponderação da Central de Riscos com a finalidade de identificar e mitigar riscos desde o início até a última etapa de cada atividade, pois, embora o número de RIF tenha sido menor que no ano anterior – 1.555 contra 1.431 – elas eram mais ricas em informações, o que permitiu uma maior eficiência no trabalho de identificação e processamento pelo Ministério Público e o Departamento de Polícia Federal, culminando com declaração de bloqueio de bens e valores pela Justiça Federal Brasileira.

A Central de Riscos trabalha numa matriz objetiva com atributos de forma e

¹⁷⁷ COAF: Relatório anual de gestão 2007. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

¹⁷⁸ COAF: Relatório de atividades, 2008. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/relatorio-de-atividades-coaf-2008/view>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

conteúdo, combinando-as numa escala de 01 a 04, em que 01 significa uma comunicação com vício de forma e conteúdo, e 04 sem qualquer vício. A matriz de avaliação referente ao atributo de forma se refere a requisitos objetivos obrigatórios e preenchidos de maneira clara e objetiva. Já a matriz de conteúdo diz respeito à qualidade das informações com substância suficiente para permitir ao analista de inteligência, uma visão imediata dos fatores que levam o banco a fazer a comunicação.

O resultado desse sistema foi expressivo no ano de 2009, em que o COAF recebeu o montante de 1,8 milhão de comunicações, o que representou 55% da quantidade acumulada entre os anos de 1998 e 2009. Esse incremento também se deu pelas ocorrências advindas do mercado de seguro, previdência aberta e títulos de capitalização, todos supervisionados pela Superintendência de Seguros Privados que definiu critérios obrigatórios para a comunicação¹⁷⁹. Contudo, este ainda não é o resultado mais surpreendente. De fato, a informação mais contundente do relatório de 2009, está exatamente no expressivo valor de dinheiro bloqueado, cerca de R\$ 1.193,50 bilhão de reais, representando 64,8% a mais que o ano anterior¹⁸⁰.

Todo esse montante é derivado de contas correntes, fundos de investimento e previdências privadas pertencentes a pessoas investigadas por crimes de lavagem de dinheiro ou outras modalidades de crimes econômico-financeiros conexos no Brasil e no exterior.

Por sua vez, outro fato que chama a atenção é a forma como está distribuída geograficamente a localização dos recursos bloqueados, sendo que apenas no Rio de Janeiro foi encontrado mais de 54% do total, enquanto que os valores bloqueados em países estrangeiros registram a soma de 41%¹⁸¹.

Também em 2009 o COAF deu outro passo importante na política de prevenção, notadamente ao editar a Resolução n.º 18¹⁸², em que se estabeleceu obrigações ao setor de loterias com o objetivo de garantir a inexistência de qualquer margem para irregularidade em qualquer das etapas do processo – desde o

179 COAF: Relatório de Atividades, 2009. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/o-conselho/processo-de-contas-anuais> Acesso em 07 de agosto de 2015.

180 *Idem*.

181 *Idem*.

182 Resolução n.º 18/2009, disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/normas-do-coaf-revogadas/coaf-resolucao-no-18-de-26-de-agosto-de-2009-revogada>. Cumpre frisar, todavia, que tal Resolução encontra-se atualmente revogada pela Resolução n.º 22/2012, cujo conteúdo encontra-se disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao_coaf_22_2012.htm Acesso em 07 de agosto de 2015.

acolhimento das apostas até a entrega dos prêmios. Entre as alterações advindas, a resolução criou a exigência de declaração negativa semestral quando a loteria não houver encaminhado comunicação de operação suspeita no período.

Apesar do grande crescimento nos valores de bens e capitais bloqueados pela justiça ocorridos nos dois anos anteriores a 2009, no ano de 2010 foram bloqueados “apenas” R\$ 6 milhões. Essa informação foi disponibilizada no relatório anual de gestão e nenhuma razão especial foi apontada para essa expressiva diminuição. Esse dado representou o pior resultado em bloqueio de capitais desde 2003 (R\$ 1,08 milhão). O relatório de 2010 também elenca outra informação importante, isto é, o montante de valores bloqueados em países estrangeiros, cerca de R\$ 792 milhões (41% do total)¹⁸³. No ano de 2011, o número de bloqueios foi ampliado em seis vezes e ultrapassou a marca dos R\$ 38,71 milhões. Ainda que represente um número bem melhor do que ano anterior, está bem aquém do que foi alcançado em 2009. Ao analisar o trabalho do COAF, assim como seus impactos no número de bloqueios, a partir dos relatórios de gestão anual entre os anos de 2005-2011, conclui-se que nesse período foram recebidas 5.607.620 comunicações dos órgãos obrigados. Baseados nessas comunicações, 10.923 RIFs foram elaborados, relacionando mais de 88 mil pessoas possivelmente envolvidas com a lavagem de dinheiro. O valor total de bens e/ou capitais bloqueados ultrapassou a marca dos R\$ 1,95 bilhão¹⁸⁴. Ainda que elevado o montante monetário que representa, não se pode imaginar que esses valores representem a totalidade do que foi de fato “lavado” naquele período no Brasil. Hipoteticamente, caso tivesse como referência o percentual de 5% (o mesmo percentual do que é fiscalizado na maioria das operações fronteiriças) como o que foi identificado e congelado, o valor efetivamente “lavado” nesse período no Brasil poderia chegar à casa dos R\$ 39,5 bilhões.

É óbvio que esse cálculo é simplório demais para a demanda, por esta razão há necessidade de mais pesquisas sobre o tema e a obtenção de informações mais seguras. A “faixa de consenso”¹⁸⁵ é um instrumento adequado para se chegar a um número correspondente aos valores “lavados”. Em 2011, o Escritório das Nações

183 COAF: Relatório de Atividades, 2010. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202010.pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

184 COAF: Relatório de Atividades, 2011. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/relatorio-de-atividades-coaf-2011/view>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

¹⁸⁵ A faixa de consenso é decorrente de um estudo entabulado pelo FMI e divulgado pelo seu então Diretor-Geral, Michel Camdessus, proferida na abertura da plenária do FATF/GAFI, na França, em Paris, em 1988. Segundo esta faixa o valor de dinheiro proveniente da lavagem varia em torno de 2% a 5% do PIB mundial.

Unidas sobre Drogas e Crime, apresentou relatório de pesquisa em Marrakech, Marrocos, na 4ª Sessão da Convenção de Estados Parceiros para a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção, intitulado “*Estimating Illicit Financial Flows Resulting From Drug Trafficking And Other Transnational Organized Crimes*”¹⁸⁶, apontando números e dados muitos interessantes, apesar de estimados, em relação aos valores objeto de lavagem de dinheiro a nível mundial.

O relatório declara que menos de 0,1% do fluxo financeiro ilícito global está atualmente mensurado e congelado (o que elevaria o número do acumulado brasileiro para R\$ 197,5 bilhões). Ele também estima que em 1988, o volume de dinheiro “lavado” tinha sido de US\$ 0,34 trilhões.

Esse número, apesar de pequeno se comparado aos números atuais, é relevante ao se ponderar com a explosão tecnológica, principalmente no âmbito de informática e da internet, repercutindo para a facilitação das operações transnacionais, ao final da década de 80 e início da década de 90.

Por sua vez no início dos anos 2000, esse número foi de até quatro vezes mais e na média apontada já somava US\$ 1,1 trilhão. O valor total dos produtos do crime gerados em 2009, excluindo os derivados de evasão fiscal, pode ter sido de aproximadamente US\$ 2,1 trilhões, ou 3,6% do PIB no mesmo ano. Desse total, as receitas do crime organizado transnacional – como tráfico de drogas, falsificação, tráfico de pessoas e contrabando de armas de pequeno porte – podem ter atingido 1,5 % do PIB global, e 70% dos seus recursos são susceptíveis de ter sido objeto de “lavagem” através do sistema financeiro¹⁸⁷.

A partir dessas análises é possível definir uma margem de percentuais em relação ao PIB mundial relacionado diretamente com o crime de lavagem de dinheiro. O valor está entre 2% e 5% e foi citado pelo diretor do FMI, Michel Camdessus¹⁸⁸, em 1988, o qual o definiu como uma “faixa de consenso” do provável nível de operações de branqueamento em nível global.

Aplicando-se a faixa de consenso de Camdessus ao cenário brasileiro, tendo em vista que o PIB nacional foi de R\$ 4,14 trilhões em 2011, é possível estimar a

186 NAÇÕES UNIDAS, Departamento sobre Drogas e Crime Organizado: *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. Acesso em 23/09/2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf

187 Idem.

188 Segundo pronunciamento de Michel Camdessus, Diretor-Geral do FMI, proferida na abertura da plenária do FATF/GAFI, na França, em Paris, em 1988. Acesso em 14/12/2015. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp020509.pdf>

quantidade de dinheiro “lavado” no Brasil nesse período, ou seja, pode ter alcançado uma média de R\$ 144,9 bilhões, um mínimo de R\$ 82,8 bilhões e, como valor máximo, o total de R\$ 207 bilhões, isso considerado o ano em que o número de identificações e congelamento foi de apenas R\$ 38,71 milhões, é dizer, apenas 0,026% do que efetivamente foi lavado no plano nacional, se considerado o valor médio.

Ao se aplicar a faixa de consenso para o ano de 2009, período em que houve grande quantidade de identificação e congelamento de bens frutos da lavagem de dinheiro, considerando o PIB brasileiro neste ano de R\$ 3,24 trilhões, tem-se um valor médio aproximado de R\$ 81 bilhões como sendo o que foi produto de lavagem.

Assim, conclui-se que apesar da extrema dificuldade em apontar números precisos, é adequado, ainda que a natureza e estrutura característica do crime de lavagem de dinheiro seja sempre obscuro, aceitar um coeficiente como apropriado a fim de quantificar os valores que são anualmente manipulados como fruto da prática do crime de lavagem de dinheiro. A margem de 2% a 5% tem se mostrado muito proporcional para mensurar, seja a nível regional ou mesmo global, o volume de dinheiro que flui nas malhas sorradeiras de operações multimilionários, cujas origens estão maculadas pela mancha do crime, e do qual o destino apenas poucos conhecem.

Uma vez considerada apropriada pelos mais especializados organismos internacionais no assunto, a faixa de consenso de Camdessus é uma ferramenta eficaz no intuito de se mensurar o valor aproximado do que é objeto de branqueamento pelas organizações criminosas no Brasil e em todo o mundo. Esses valores, apesar de aproximados, devem municiar as políticas nacionais e internacionais no trabalho de prevenção, cujo prejuízo já é possível quantificar mesmo antes do aprisionamento de seus responsáveis.

Como mencionado acima, um país como o Brasil, com um PIB nacional de R\$ 4,14 trilhão (2011), é possível estimar o volume de dinheiro lavado em quase R\$ 150 bilhões. Esse número também permite perceber o quão longe se está de uma possível efetividade, apesar de todos os esforços no sentido de fazer com que o dinheiro objeto do branqueamento retorne a quem lhe é de direito, já que atualmente apenas 1% é identificado e congelado. Esse conhecimento é importante reflexão sobre as medidas de segurança pública no intuito de não somente combater, mas principalmente impedir que toda uma sociedade seja vítima de novas ações, implementando o processo da criminalidade reditícia e por consequência esvaziando investimentos em políticas

sociais e desenvolvimento.

Por esta razão, é essencial se trabalhar com instrumentos aptos na recuperação de ativos, como por exemplo, o confisco alargado, e isso somente é possível através do incremento da discussão sobre estes assuntos, com prioridade na agenda pública e com políticas criminais de fundo e integrais¹⁸⁹.

Conforme referido anteriormente, a tarefa de quantificar o prejuízo causado pelo crime de lavagem de capital ao desenvolvimento econômico-financeiro trata-se de grande desafio para os estudiosos do assunto e poucos são aqueles que se arriscam a estimar qualquer montante¹⁹⁰.

Depois que o dinheiro já está em circulação, é muito mais difícil traçar a sua origem, já que os líderes das organizações criminosas dispõem de inúmeras possibilidades e transações financeiras destinadas a ocultar a origem do proveito criminoso. Essas manobras financeiras são responsáveis por movimentações que parecem inimagináveis para aqueles que não estão familiarizados com transações multimilionárias. Ademais, com a evolução da tecnologia, especialmente nos últimos anos, ampliou-se ainda mais as maneiras pelas quais esses crimes são praticados.

É preciso reconhecer que existem doutrinas¹⁹¹ sobre a lavagem de dinheiro, inclinadas pelo entendimento que a modalidade criminosa de branqueamento está orientada para o sigilo, e, por isso, não se presta a análises estatísticas. Por essas razões, na grande maioria dos casos – para não se falar em todas elas, não é possível quantificar o volume monetário que é lavado até que esse volume seja descoberto e

189 Para elucidar e proporcionar uma melhor compreensão do tema, notadamente o prejuízo causado pelo delito de lavagem de dinheiro, é fundamental a análise de um caso concreto, real, narrado no livro *Casos & Casos*, uma coletânea comemorativa dos dez anos de existência do COAF, o qual ilustra bem o *modus operandi* das organizações criminosas que manuseiam essa prática: "Z", líder de uma organização criminosa especializada no tráfico de entorpecentes, precisava trocar R\$ 15.000,00, fruto do comércio ilegal de drogas, por dólares, que seriam utilizados na compra de mais substâncias ilícitas. Para tanto, "Z" procura o antigo amigo "C", proprietário de uma casa de câmbio localizada na capital do estado. "C", sabendo da origem ilegal do dinheiro, concordou em fazer a troca dos reais por dólares. O proprietário da casa de câmbio, todavia, estava ciente de que não podia simplesmente tomar os R\$ 15.000,00 e vender os dólares a "Z", uma vez que há a necessidade de fazer o registro das vendas em boletos de câmbio, que posteriormente podem ser exigidos pelo Banco Central do Brasil. Para resolver a questão, "C" adquire de um vendedor ambulante um cd-Rom contendo informações de contribuintes pessoas físicas, com nomes, telefones, endereços e CPF. De posse de tal cd, "C" determina a um de seus funcionários que preencha seis boletos de câmbio, cada um no valor de R\$ 2.500,00, pulverizando o montante a ser entregue e dificultando eventual fiscalização. Cada um dos boletos é preenchido com um nome diferente extraído do banco de dados, com a preferência para interpostas pessoas de baixa renda e supostamente com baixa possibilidade de perceber o uso indevido de suas informações. As assinaturas são forjadas pelo mesmo funcionário. Assim, as operações de câmbio são realizadas, ocultando o verdadeiro proprietário do dinheiro e colocando em circulação os reais de origem ilícita no mercado formal

190 BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros, 2005, p. 82.

191 SCHOTT, Paul Allan: **Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo**, p. I-6. Acesso em 01/09/2012.

Disponível em http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf

o esquema fraudulento seja desmantelado.

As operações de importação ou exportação, por exemplo, estão entre as favoritas dentre as demais tipologias e a razão para isso é simples: segundo o relatório do Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI (Financial Action Task Force – FATF), apenas 5% das cargas do comércio internacional são efetivamente fiscalizadas¹⁹². Sendo assim, para ter uma dimensão, o volume de dinheiro lavado pode não representar nem ao menos 1% do que de fato passa despercebido - apesar de todo o trabalho contra isso. Schott¹⁹³, a seu turno, entende que não é possível ter estimativas confiáveis sobre a magnitude do problema, em especial em nível global, o que não significa que ele não seja grave e não mereça a atenção de todos os países.

Entretanto, há um ponto de convergência, a lavagem de dinheiro traz consequências de grande monta, não só para o social em sentido amplo, mas também para as estruturas formais do Estado, como os mercados, o sistema financeiro e o próprio sistema econômico. É certo que o prejuízo é grande, mas também deve ser grande a vontade de neutralizar esta prática, ao menos tentar diminuí-la a números que não afetem as mínimas políticas públicas sociais, como educação e a saúde.

4.2 POLÍTICA PREVENTIVA – O DIAGNÓSTICO PROPOSTO POR WINFRIED HASSEMER NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA

O direito penal, aparelho de que dispõe o Estado para impor a observância das regras sociais¹⁹⁴, encontra-se, notadamente a partir do final do século XX, em um grande dilema¹⁹⁵: até que ponto o direito penal deve intervir para a proteção de bens jurídicos essenciais à convivência social? Quais são os bens jurídicos a ser protegidos?

192 FATF-GAFI: Trade Based Money Laundering. Acesso em 23/09/2015.

Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Trade_Based_ML_APGRReport.pdf

193 SCHOTT, Paul Allan: **Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo**, p. I-6. Acesso em 01/09/2015.

Disponível: http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf

194 O direito penal não pode ser visto como o único aparelho do estado de controle social, tem-se a escola, a educação familiar, as organizações sindicais, os meios de comunicações, dentre outros. Sobre o modelo ótimo de estruturação do controle social Cf. BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4ª edição. Atlas. p. 66.

195 A escola de Frankfurt, da qual *Winfried Hassemer* é uma das expoentes, preocupa-se em responder esta pergunta, isto é, como evitar que o direito penal sofra uma expansão desnecessária e ao mesmo tempo em que medida é necessária à sua intervenção para a proteção de bens jurídicos.

Neste ponto, HASSEMER¹⁹⁶ é partidário da reflexão de que o direito penal é uma das melhores formas de controle social e, por conseguinte, de observância estrita às regras, já que se trata de um instrumento devidamente formalizado pelo próprio Estado e, ao se pensar na sua abolição, seria um passo inevitavelmente contraproducente em termos sociais, na medida em que outra forma de controle tomaria o lugar do direito penal. Por esta razão, a solução ótima é a busca do aperfeiçoamento dos institutos penais e processuais penais vigentes, tendo sempre como norte, as premissas intervencionistas do direito penal mínimo e da *ultima ratio*.

Assim, HASSEMER¹⁹⁷ constrói seu pensamento através da prevenção geral positiva, no sentido de que os indivíduos, ao se reunirem para conviver em sociedade, devem respeitar as normas não por temor ou por intimidação, mas sim pelo convencimento social de que são instrumentos idôneos, isto é, destinadas para melhorar a convivência de todos. HASSEMER¹⁹⁸ reconhece as origens desta concepção - prevenção geral positiva – em HEGEL, entretanto procura diferenciar-se desse enfoque, isto é, a concepção daquele autor não se resume à proteção da norma por si mesma, apesar do impulso da prevenção geral positiva de ambos os autores possuírem a mesma natureza, vale dizer: a sanção é medida inevitável quando se tenha infringido a norma.

Todavia, a diferença para HASSEMER está no fato de que as próprias normas igualmente impõem limites para sua aplicação, servindo, por este raciocínio, também para aqueles que as aplicam. Toda vez que os sujeitos incumbidos de sua materialização executam o comando normativo para além dos seus limites estarão violando a própria norma e, por isso, sujeitos também às sanções¹⁹⁹.

Portanto, não é equivocado afirmar que a conduta humana desviada é inerente à própria sociedade e, por esta razão, não haveria um crime em si, ontologicamente determinado. Seria a própria evolução social que proporcionaria mudanças sociais, que por sua vez provocariam a existência de “novos” perfis de criminalidade, influenciados pelo modelo econômico hegemônico, gerando uma situação que levou

196 HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução Pablo A. da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005. p. 432.

197 HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução Pablo A. da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005. p. 395.

198 HASSEMER, Winfried. **Por que no debe suprimirse el derecho penal**. Mexico. D.F. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. p. 23

199 BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4ª edição. São Paulo. Atlas. 2013. p. 247.

BUSATO²⁰⁰ a afirmar: “o crime obrigatoriamente faz parte de qualquer sociedade. Não se pode imaginar uma sociedade isenta de crime, nem se pode imaginar uma sociedade sem mecanismos de controle”²⁰¹.

Por conseguinte, a prevenção geral positiva incorpora a manutenção da estabilidade da norma penal e a confiança depositada pela sociedade na sua aplicação quando violada, independentemente de quem seja o sujeito que a transgrediu.

Partindo da premissa de que a evolução social, para além das benesses que produz, também traz novos perfis de práticas criminosas, dentre elas, o que hoje se chama de criminalidade econômica²⁰², é crucial a aproximação deste fenômeno com o diagnóstico hassemeriano de prevenção geral e de política preventiva.

Ao que até o exposto foi possível observar, a união de esforços entre os mais variados setores de representação pública, sejam eles governamentais ou não, é indispensável ao enfrentamento destas novas formas de criminalidade.

Mais do que as “tradicionais” afetações a bens jurídicos individuais, albergados usualmente nos crimes contra o patrimônio individual ou à vida, integridade física ou liberdade individual, esta nova forma de delinquência tem como um de seus traços característicos a aptidão para lesar estruturas econômico-financeiras de países inteiros, deitando seus efeitos, assim também, sobre os sistemas econômicos de Estados Soberanos a ele relacionados, em um verdadeiro “efeito em cadeia”.

Não é necessário reafirmar ou comentar sobre a importância de um sistema econômico firme para o pleno crescimento de um país, sobretudo no que diz para seu desenvolvimento social, cultural e educacional.

O Direito material e processual penal, em efeito, não são os únicos

200 *Ibidem*, p. 248.

201 Refletindo sobre este ponto, **BUSATO** entende que “a apropriação do conflito pelo Estado, na visão da criminologia crítica, especialmente na teoria negativa/agnóstica da pena, é vista como geradora de uma falta de solução do conflito, transferindo este para o tempo. Trata-se de duas visões diferentes do mesmo fenômeno que, contudo, não são irreconciliáveis. É claro que, do ponto de vista da satisfação da vítima, é a reparação do dano ou as iniciativas da chamada Justiça Restaurativa que vão alcançar a plenitude. Porém, do ponto de vista da dimensão sociológica do conflito, a solução definitiva é justamente a intervenção penal do Estado, bloqueando iniciativas de vingança. Assim, tudo depende do ponto de vista que se entenda que deve ser a função do Direito penal. A meu ver, o Direito penal não se presta a promover nenhuma satisfação pessoal, individual. Muito pelo contrário. Funciona como um instrumento de realização de um dever de controle social que é exigido pelos indivíduos ao Estado, como meio de preservação das relações e interesses desses mesmos indivíduos, mas de todos e cada um deles, não apenas de um, eventualmente vitimado pelo crime”. **BUSATO**, Paulo Cesar. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4ª edição. São Paulo. Atlas. 2013. p. 249.

202 **COSTA**, José de Faria. **Direito Penal e Globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra Editora. Portugal. 2010. p. 83.

instrumentos nesta luta, em especial na elaboração de ferramentas jurídicas aptas a impedir o ciclo da criminalidade reditícia. Esta discussão é parte integrante das novas políticas criminais deste século e devem passar, necessariamente, pela reflexão do confisco dos bens utilizados ou angariados com a prática criminosa ou ainda o confisco daqueles bens que são presumíveis serem de origem ilícita em decorrência de elementos comprobatórios que levem o julgador a compreender que aquele sujeito dedicou grande parte de sua vida às práticas deliquenciais.

Atualmente esses esforços são estabelecidos de diversas maneiras, dentre elas, por meio da cooperação jurídica internacional, leis mais rígidas quanto à obrigação de informação de movimentações suspeitas e até da unificação de ordenamentos jurídicos para combater a lavagem de dinheiro.

A reflexão trazida por SILVEIRA e SAAD-DINIZ²⁰³, é essencial neste contexto, uma vez que a disponibilização de recursos ilegais oriundos da lavagem de capitais facilita a prática de novas modalidades criminosas, remodelando o ciclo do delito reditício. O resultado deste circuito de obtenção e reinvestimento de capital ilegal proporciona aos delinquentes uma compensação ilegítima de tal maneira que mina a própria confiança em todo o arcabouço jurídico penal e processual penal, desacreditando-se, por consequência, as instituições formais dos Estados Nacionais, gerando uma animosidade política e enfraquecendo a democracia. Some-se a estes fatores a não tributação das cifras oriundas da lavagem de dinheiro o que, da mesma forma, afeta a receita dos Estados, gerando tensão no mercado formal interno e uma ausência de competitividade, afetando diretamente o equilíbrio econômico e, em *“casos extremos, as próprias estruturas do sistema estatal, levando seus cidadãos à miséria”*²⁰⁴.

No Brasil, como visto anteriormente, o binômio encabeçado pela nova alteração sofrida na lei de lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012, que alterou a Lei 9.613/1998) e a lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), são instrumentos legais que se dispõe, atualmente, para prevenir a prática da criminalidade econômico-financeira.

No âmbito internacional, os diversos tratados²⁰⁵ que o Brasil é signatário

203 SILVEIRA, Renato Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal Compliance**. Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, Ano 15, Vol. 56 abri-jun de 2012. Editora Revista dos Tribunais, p. 295-296.

²⁰⁴ *Idem*

205 Decreto nº 5.687/2006 que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Decreto nº 3.678/2000 que promulgou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

também reforçam o arcabouço jurídico de prevenção às práticas da corrupção.

Denota-se, portanto, que a atuação do direito penal é imprescindível para o combate à criminalidade econômica-financeira. Entretanto, muito embora seja necessário repensar o sistema de penas que hoje se dispõe para dar efetividade ao direito penal, em especial a pena privativa de liberdade, é certo que o papel do direito penal jamais poderá deixar de ser a *ultima ratio*. Da mesma forma, também é certo que utilizar apenas modalidades que privem o sujeito de liberdade ou instrumentos de confiscos mais rígidos, não serão suficientes se estiverem desacompanhados de medidas de prevenção, as quais podem contribuir para anular ou desestimular o interesse dos indivíduos com estes modelos de práticas criminosas econômicas.

Parafraseando o exemplo utilizado pela Ministra Cármen Lúcia²⁰⁶, tais medidas e políticas devem “*funcionar como um torniquete capaz de parar a circulação deste sangue sujo para que o coração da quadrilha deixe de bombear mais sangue para todo o organismo criminoso*”, uma vez que esta modalidade criminoso não é um crime que se combate apenas com a elaboração de novos tipos penais e de suas respectivas penas²⁰⁷, é necessário que se pense em medidas de cunho patrimonial, em instrumentos que reforcem a cooperação entre os Estados Nacionais, fundado no princípio da confiança mútua, na troca imediata e direta de informações, superando os limites da soberania ou da burocracia legislativa internacional.

A reflexão de ALBRECHT²⁰⁸ é clara neste sentido, já que é inevitável a ocorrência de mudanças de padrões no direito substantivo, bem como no direito processual penal, somada à indispensável estratégia das instâncias de controle, no sentido de intensificar medidas aptas a retirar os produtos de origem ilícita das organizações dedicadas à prática criminal, sejam àquelas especializadas em delitos de ordem econômica, com desvios de recursos públicos, ou àquelas arregimentadas para o tráfico ilícito de drogas e delitos conexos.

Partindo-se desta premissa, a resposta dada pela política criminal internacional está fundamentada, basicamente, em três modelos:

(OCDE); Decreto nº 4.410/2002 que promulgou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção” da Organização dos Estados Americanos (OEA)

²⁰⁶ Manifestação feita pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha a respeito do esquema orquestrado para que a máquina do Mensalão funcionasse, especificamente sobre o item IV da denúncia do Ministério Público Federal, que tratou do crime de lavagem de dinheiro.

²⁰⁷ MORO, Sergio Fernando: **Crime de Lavagem de Dinheiro**, 2010, Saraiva, p. 31.

²⁰⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad Transnacional, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero**. Perú: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2011. p. 47..

(i) O modelo norteamericano de procedimento *in rem*²⁰⁹, instrumento de natureza cível, ataca parcela do patrimônio cuja origem se compreenda como contaminada pela prática de ilícito penal, ou ainda, daqueles bens que de alguma forma tenham qualquer relação com a prática criminosa – tal medida já se encontra historicamente superada, especialmente porque afeta terceiros de boa-fé na medida em que, uma vez que se trate de expediente essencialmente patrimonial, não se vê limitada por critérios ligados à personalidade da sanção;

(ii) O segundo²¹⁰ modelo está fundamentado na inversão da carga probatória, ou seja, são políticas criminais que visam inverter o ônus probatório do arguido. Neste contexto, para que os bens não sejam objetos de perda, deve o investigado provar a licitude de sua origem;

(iii) O terceiro modelo²¹¹, por sua vez, está vinculado diretamente com as formas de confisco introduzidas pela Alemanha, é dizer: se o sujeito que é condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade de dois anos ou mais ou ainda nos casos de condenação por tráfico de drogas, a consequência será o confisco dos bens, sem que para isso haja necessidade da prova da origem ilícita do patrimônio, isto é, presume-se que os bens daquele sujeito, considerado traficante de drogas, condenado a uma pena privativa de liberdade de dois anos ou mais, foram adquiridos por intermédio de expedientes contrários ao ordenamento jurídico vigente, logo, passíveis de perda.

Afigura-se, desta forma, que a política criminal internacional tem se desenvolvido no intuito de buscar medidas jurídico-penais voltadas ao confisco dos bens daqueles sujeitos considerados como tendo “*um estilo de vida criminoso*”, em

209 VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

210 Diretiva da União Europeia de combate a criminalidade econômica-financeira nº 2012/0036 de 12.03.2012. Embora tenha evitado pronunciar-se sobre questão de princípio da compatibilidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem dos regimes de confisco alargado e de confisco não baseado numa condenação, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já proferiu várias decisões defendendo a aplicação destes regimes em casos concretos. Em certos casos, o Tribunal tem aceitado processos nacionais de confisco não baseados em condenações que implicam uma inversão do ônus da prova relativa à legitimidade dos bens (o que é muito mais ambicioso do que o previsto nas disposições da presente diretiva), desde que aplicados de forma equitativa no caso concreto e acompanhados de garantias adequadas para o interessado. Por exemplo, num processo relativo à aplicação da legislação italiana foi aceite como uma limitação proporcionada dos direitos fundamentais na medida em que constituía uma «arma necessária» para combater a Máfia³⁸. Noutro processo, a aplicação do regime de confisco civil do Reino Unido foi considerada conforme com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ver Acórdão Walsh/Director of the Asset Recovery Agency (Reino Unido) (2005). Em Portugal ver nº Lei 005/2002 de 11 de janeiro em Portugal que instituiu o confisco ampliado.

211 ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad Transnacional, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero**: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2011. p. 71.

especial para impedir o financiamento de novas práticas criminosas e não apenas em responsabilização jurídico-penal com fundamento na culpabilidade.

É indiscutível que tais medidas acabam por afetar um núcleo de garantias individuais, notadamente aquelas vinculadas à presunção de inocência, assim como ao princípio da culpabilidade e da proporcionalidade. Destarte, para que se tenha sucesso no combate a tais modalidades delitivas, além da promover o “asfixiamento econômico”²¹² das organizações criminosas através de ações posteriores à consumação do delito, é preciso que, paralelamente, se dê início à incorporação de um sistema de prevenção, pautado na criação de órgãos de fiscalização, assim como impor às entidades privadas, a adoção de políticas de controle interno que impeçam o manuseio e destinação ilícita dos rendimentos, como ocorre em relação a “lavagem de dinheiro”.

Este é um dos fundamentos da lei n.º 9.613/98, dispondo no art. 9º sobre a necessidade desta precaução, definindo que as entidades do setor privado da economia devem adotar políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, dentre elas, a responsabilidade de conhecer as atividades financeiras de seus clientes e comunicar imediatamente quando alguma delas se mostrar suspeita.

Com o advento da lei n.º 12.683/2012²¹³, o dispositivo acima citado sofreu profunda alteração, ampliando-se significativamente o rol de pessoas, físicas e jurídicas, sujeitas ao implemento de mecanismos de identificação e registro de clientes e comunicação quanto às operações financeiras realizadas (artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98 com redação alterada pela lei 12.683/2012), dentre as quais pode-se destacar aquelas pertinentes ao sistema financeiro, imobiliário, *factoring*, as administradoras de cartão de crédito e as loterias.

É importante salientar que o COAF não tem como finalidade ou missão de investigar, mas sim a análise e comunicação sobre operações suspeitas recebidas dos setores obrigados, justamente para que não haja confusão de atribuições entre este e os demais órgãos solidariamente responsáveis pelo trabalho de prevenção ao prejuízo resultante da prática de lavagem de dinheiro.

212 Em referência à expressão utilizada por Euclides **DAMÁSIO SIMÕES** e José Luís **TRINDADE** a fim de caracterizar esta nova tendência de buscar soluções que viabilizem o “*asfixiamento económico*” do agente do crime, isto é, que facilitem a apreensão dos bens, produtos e instrumentos da sua atividade criminosa, actual ou pregressa, e sua perda e confisco”. In: *Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)*. In: Revista Julgar online – 2009, p.02.

213 BRASIL, Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012. (Lei que altera a Lei de Lavagem de Capitais).

É, também, atribuição do COAF, por meio de atos administrativos, promover determinações com o intuito de facilitar o trabalho de identificação de atividades suspeitas. Como exemplo, cite-se a Resolução n.º 13, de 30/09/2005, que adotou critérios mais objetivos para o segmento de *factoring*. O resultado dessa medida é perceptível: entre 1998 e 2004 foram efetuadas apenas 112 comunicações e no período de agosto a dezembro de 2005 foram realizadas 12.892²¹⁴.

Por se tratar de crime cuja principal característica é transnacionalidade, um dos instrumentos mais confiáveis no intuito de se desvelar a conduta dos envolvidos é troca de informações entre órgãos fiscalizadores de diferentes países, tornando a cooperação institucional uma aliada na produção de inteligência financeira, sendo, portanto, eficaz na prevenção de delitos de lavagem de capital.

Nesse sentido, quando a reflexão direciona o leitor à prevenção, impossível não refletir acerca das conclusões de Winfried Hassemer. Neste ponto, a política criminal ganha novos contornos. De acordo com o ex-professor da Universidade de Frankfurt, é imprescindível se pensar em razões essenciais para tanto: a primeira razão que deve nortear o pesquisador diz respeito ao fato da evolução do Direito não acompanhar a evolução tecnológica, a qual se caracteriza pela sua não linearidade, a exemplo da internet. Portanto, a palavra-chave, segundo HASSEMER²¹⁵, é *modernização e globalização*.

Contudo, neste contexto de *modernização* do aparelhamento Estatal de combate à criminalidade, caracterizado pela transformação dos pressupostos penais clássicos como uma verdadeira “*erosão normativa*” que acompanha a transformação da sociedade atual sob um paradigma de uma sociedade de riscos²¹⁶, as garantias processuais e constitucionais são constantemente ameaçadas, quando não, verdadeiramente ignoradas²¹⁷. Por esta razão, segundo GOLDSCHMIDT, o processo penal é um parâmetro válido para se avaliar a força normativa de uma carta política²¹⁸.

²¹⁴ COAF: Relatório de atividades, 2008. Acesso em 23/09/2015.

Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/relatorio-de-atividades-coaf-2008/image-relatorio-de-atividades-coaf-2008/view>

²¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Coord. Maria Fernanda Palma). Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002, p.22-23.

²¹⁶ A respeito da discussão específica acerca da chamada “sociedade de riscos” Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11), p.20.

²¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e ... Ob. cit.*, p. 19.

²¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso* – II, Problemas Juridicos y Politicos del

Outro ponto que deve ser perseguido pelo pesquisador em políticas públicas, está no necessário equilíbrio entre os meios eficazes de prevenção e combate à criminalidade e o respeito às garantias materiais e processuais fundamentais. Este ponto deve ser pauta nos debates acadêmicos e jurisprudenciais, especialmente acerca desse novo cenário de reestruturação dogmática e político-criminal.

HASSEMER²¹⁹ critica uma utilização puramente utilitarista do Direito Penal como instrumento de Prevenção, fugindo à sua utilização como “módulo auxiliar”, como “*ultima ratio*”, difundindo uma crença de que o Direito Penal seria um “*instrumento idóneo para o domínio de grandes riscos*”²²⁰, dando força à supremacia do que chama de “*um novo paradigma: o paradigma da prevenção*”²²¹, como fator legitimador para a expansão dos limites de aplicação deste braço Estatal punitivo.

Diante destas tensões, a prevenção geral positiva ganha força como medida de política criminal, atuando como um instrumento de recuperação da confiança do cidadão na validade da norma penal, ainda que para isso tenha que impor intencionalmente um mal, segundo HASSEMER²²²: a pena.

Por esta razão, a prevenção geral positiva também serviria de anteparo para os maus causados pela erosão normativa, bem como para dar subsídio no intuito de entestar atos oriundos diretamente da sociedade de risco. E, sobre o objeto central desta pesquisa seria como que mandar o seguinte aviso: aqueles que se valem da posição de poder que ocupam podem até praticar condutas criminosas em detrimento de todo o corpo social, mas, com certeza, não poderão dispor livremente do capital arrebatado porque certamente serão confiscados pelo Estado.

Esta perspectiva da sociedade de risco é um dos principais fatores a colaborar com a mencionada desorientação normativa. Diante deste novo *modo de vida* com o qual se depara – avanço tecnológico, facilidade de movimentação geográfica e difusão de informações – as sociedades, independente de sua cultura, estão diuturnamente submetidas a novos riscos com os quais ainda estão aprendendo a lidar, sejam eles econômicos, ambientais, terrorismo, imigração, corrupção, lavagem de dinheiro,

Proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110.

219 HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Coord. Maria Fernanda Palma). Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002, p.22.

220 *Idem*

221 *Idem*

222 HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais...Op Cit.* p.18.

criminalidade organizada, dentre outros. HASSEMER²²³ caracteriza grandes riscos como aqueles intangíveis, não domináveis face o poder de destruição do bem jurídico. Em uma situação de risco, portanto, a sociedade vê-se contra a parede, com medo, carecendo de orientação e, neste contexto, acaba por aceitar, ou mesmo clamar, por uma diminuição de suas liberdades em prol de eventual segurança.

Sob este contexto constrói-se uma nova argumentação acerca do papel dos direitos fundamentais. De finalidade classicamente empregada para barrar a ingerência estatal desmedida na seara de garantias e liberdades fundamentais dos indivíduos, principalmente por meio da aplicação do direito material e das regras do processo penal, agora, o Estado deixa de ser visto como Leviatã para ser encarado como amigo, incumbido de um *dever* de proteger direitos nem que para isso deva se valer do *ius puniendi*. Inverte-se a lógica, o Direito Penal não é mais visto como instrumento de repressão para manutenção de uma ordem social, senão como instrumento estatal para uma eficaz salvaguarda de direitos fundamentais²²⁴.

Na Alemanha, por exemplo, os direitos fundamentais, não são somente direitos de defesa contra o Estado, senão direitos fundamentais subjetivos – portanto exigíveis – a uma prestação positiva de *proteção*²²⁵. Os direitos e liberdades individuais, nesta perspectiva, tendem a ser um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade, a ponto da dogmática jurídico-constitucional alemã trazer à idéia de um direito fundamental a segurança²²⁶.

À vista disso, HASSEMER conclui que há uma supremacia que levita sobre tudo o que foi visto – sobre sociedade de risco, erosão normativa, tensão entre direito penal e criminalidade organizada, tensão entre normas penais e processuais penais e constituição federal -, e, neste ponto de predominância está o modelo da prevenção. Tudo é prevenção. Por fim, o debruce do autor se dá sob o enfoque das possibilidades ou não da restrição aos direitos fundamentais. A resposta é dada pelo próprio

²²³ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais...Op Cit.* p.20.

²²⁴ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Coord. Maria Fernanda Palma). Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002, p. 20.

²²⁵ Sobre as diversas classificações dos direitos fundamentais, sobretudo sob esta perspectiva dos direitos de prestação e proteção, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 393; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 167

²²⁶ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.149-165.

professor da Universidade de Frankfurt: *“penso que sim, mas são extremamente problemáticos”*²²⁷.

O ponto central desenvolvido por HASSEMER está nos argumentos que estão lado a lado com a evolução da sociedade. Há um linha divisória, bem delimitada entre o que é indisponível e absoluto e o que é passível de disponibilidade, de moderação e flexibilização, ainda que em parte. A tradição da filosofia do Direito e do Direito Penal são os responsáveis pela construção desta divisória.

HASSEMER²²⁸ demonstra um exemplo clássico para elucidar sua concepção: a proibição da tortura e da punibilidade de um inocente, são elementos que integram a posição jurídica do indisponível. Mesmo em momentos de muita tensão social não é possível que se condene um inocente ou que se torture alguém, independentemente do que se almeja. Não seria possível admitir tortura de alguém, por exemplo, ainda que em legítima defesa de terceiros. Por outro lado, há situações que seria possível minimizar os efeitos ou o alcance de determinado direito, sem que com isso se macule seu núcleo fundamental – assentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A reflexão demonstra que determinadas situações que envolvem direitos fundamentais, não deixam margem a argumentações acerca da flexibilização destes direitos, justamente porque indisponíveis, tais como a condenação de um inocente ou a própria tortura. Sob outro vértice, existiriam situações em que a mitigação do alcance de determinado direito fundamental seria aceitável, sem que isso correspondesse à lesão de seu fundamento - *“pode-se restringir direitos fundamentais, mas nunca se pode atingir seu núcleo essencial”*²²⁹.

Entretanto, em situações peculiares, como crimes praticados por organizações criminosas ou terrorismo, permitiria-se refletir em eventual constrição de todo o patrimônio da organização, antes do trânsito em julgado da sentença penal, porque presumíveis oriundos da prática criminosa e, isto, serviria justamente para se evitar novos investimentos em novas modalidades criminosas²³⁰.

²²⁷ HASSEMER, Winfried. **Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. 2002. p. 21.

²²⁸ *Ibidem*, p. 23.

²²⁹ HASSEMER, Winfried. **Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. 2002. p. 24.

²³⁰ É importante consignar que tal reflexão se fundamenta em fatos, isto é, há requisitos objetivos a serem preenchidos antes das providências processuais de constrição do patrimônio.

Esta modalidade é amplamente aplicada na Alemanha²³¹: em determinados crimes, previamente elencados e de rol taxativo, caso o arguido seja condenado a uma pena privativa de liberdade, de dois anos ou mais, todos os seus bens são confiscados, cabendo a ele provar sua origem lícita, caso contrário, são presumíveis como oriundos de práticas criminosas.

Note a inexistência de impedimento para que o Estado disponha dos bens – aqueles oriundos da prática criminosa e aqueles presumíveis terem sido adquiridos com a prática de crimes –, antes mesmo da eventual condenação definitiva²³².

Como esta reflexão não envolve constrição de liberdade do cidadão, mas sim de bens patrimoniais, bem como que seus elementos não estão em colisão com o núcleo central do direito fundamental de presunção de inocência, sugere-se que a percepção hassemiana vê nesta hipótese uma possibilidade de mitigação do direito fundamental à presunção da inocência que é perfeitamente possível de aplicação.

Ainda sobre este aspecto, é possível afirmar que a perspectiva exemplificada acima, também vai ao encontro da prevenção geral positiva elencada por HASSEMER, na medida em que traria uma reafirmação da norma penal e ao mesmo tempo, transmutaria o foco do senso comum em crimes voltados à prática por organizações do poder, vale dizer: o crime não compensaria para estes indivíduos porque os seus bens patrimoniais, quando não comprovada a origem, seriam objetos de confisco alargado.

Seria, na reflexão de BLANCO CORDERO²³³, uma espécie de “*mensagem enviada para a toda sociedade de que o enriquecimento penalmente ilícito não é tolerável e que o delito não é uma atividade lucrativa*”.

231 O aprofundamento com maior densidade no direito alemão é objeto do capítulo 5, item 5.3.

232 Seria um alargamento da alienação antecipada de bens, isto é, os bens passíveis de deterioração ou que não possam ser guardados pelo Estado, são alienados antecipadamente e os recursos aplicados em conta corrente com rendimentos financeiros que obstaculize a sua desvalorização patrimonial. Mas nada impediria o Estado se utilizar destes recursos para fins de aparelhamento da polícia ou do próprio Poder Judiciário, por exemplo. Entretanto, estaria o Estado sempre vinculado a possibilidade de devolução para o arguido dos recursos alienados antecipadamente nos casos de sentença penal absolutória transitada em julgado. Ressaltamos que tal construção seria uma inovação jurídica a ser incluída via processo legislativo.

233 **BLANCO CORDERO**, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 94.

5. A PERDA DE BENS EM FAVOR DO ESTADO. UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA PERSPECTIVA DA CRIMINALIDADE REDITÍCIA

É importante iniciar a reflexão sobre este tópico através dos elementos introduzidos pelo advento das novas tecnologias e tecnociências,²³⁴ principalmente os meios de comunicação em massa e a facilidade de acesso à informação trazida pela rede mundial de computadores, os quais propiciaram a oportunidade de especialização em todos os setores da sociedade, desde aqueles que trazem benefício porque resultam em bem estar coletivo, até aqueles que trazem prejuízo por facilitar o cometimento de crimes, os quais passaram a ser mais aparelhados, com requintes, detalhes e organização.

A perspectiva criminal começa a mudar – inauguram-se discussões sobre as novas formas de organizações criminosas²³⁵ - e com elas as atividades transnacionais.

Esta nova modalidade de prática de crimes, através de atividades complexas, faz com que rapidamente se verifique uma operação tentacular dos grupos criminosos nos mais diversos países. Ora, o delito que antes era restrito a determinada região ou localidade, atualmente, com a rapidez da informação, atinge uma gama imensurável de pessoas, não encontrando limites ou fronteiras físicas.

A título exemplificativo, o trabalho de SÁNCHEZ RIOS²³⁶, envolvendo crimes de pornografia infantil, o *child grooming* e abuso de crianças e adolescentes traz uma reviravolta de conceitos e padrões. Hoje se conhece a existência de organizações criminosas transnacionais que focam suas atividades no abuso sexual de crianças e adolescentes. O faturamento desta atividade criminosa é assustador. O envio de material pornográfico infantil de um local do planeta para outro se tornou um produto vendável, equiparado ao consumo de drogas. O pedófilo²³⁷ necessita de novas imagens e vídeos assim como o usuário de drogas necessita do seu consumo.

Por esta razão as polícias do mundo inteiro estão se deparando com uma nova

²³⁴ MICHAEL, Mike. *Technoscience and Everyday Life: The Complex Simplicities of the Mundane*. 2006. p. 03.

²³⁵ MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Crime organizado transnacional** - Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 108.

²³⁶ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; LINHARES, Sólon Cícero. **A dimensão transnacional do fenômeno *Child Grooming* e sua receptividade no ordenamento jurídico-penal pátrio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. Ano 22. 107. Março - Abril. 2014. p. 231-261.

²³⁷ Pedofilia não é crime. Trata-se de doença. Nesse Sentido veja-se a CID 11, item F.65.4.

modalidade criminosa: o abuso sexual de crianças e adolescentes mediante o envio de imagens e vídeos para consumidores doentes em todo o mundo. É o fenômeno da transnacionalidade da pornografia infanto-juvenil.

Desta feita, considerando a potencialidade e a periculosidade destas organizações, as instituições passaram a avaliar as possibilidades e formas de combate e, como todas as demais instituições, as organizações criminosas têm suas bases calcadas em alguns pilares, sendo que o mais expressivo deles o financeiro.

Em outras palavras, é o patrimônio que essas organizações possuem que possibilita a prática das atividades delituosas de uma forma tão expressiva e danosa, e o seu reinvestimento é a causa para sua permanente existência²³⁸.

Diante disto, o aparato formal do Estado buscou no ordenamento jurídico, instrumentos de cerceamento na utilização dos recursos acumulados de forma ilícita e, por conseguinte, lesar as atividades delituosas praticadas pelas organizações criminosas.

Neste momento histórico é que ressurge o confisco de bens, isto é, como instrumento célere e efetivo ao alcance deste desiderato, porquanto viabiliza a neutralização dos benefícios econômicos gerados a partir de modalidades delitivas complexas, privando seus autores dos ganhos²³⁹, desta forma, evita-se que estes bens e valores sirvam novamente como ativos de financiamento para outros empreendimentos criminosos, ou sejam reinseridos na economia global com aparência de legalidade.

Entretanto, em épocas de criminalidade reditícia, para além das fronteiras, quando mais se necessita da eficácia do instituto jurídico do confisco, como forma de recuperação de ativos, o que se observa, na prática, é que pouco se evoluiu acerca do tema, máxime na realidade jurídica pátria, relegando a um segundo plano nas academias ou mesmo nas práticas judiciárias.

Vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, elencam o

²³⁸ Sobre a atual política criminal internacional de combate à criminalidade econômico-financeira organizada, Cf. AGUADO CORRÊA, Tereza. **Decomiso de los productos de La delincuencia organizada “garantizar que El delito no resulte provechoso”**. In: Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia. REPC 15-05 (2013). Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf> Acesso em: 30/11/15; CORRÊA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Lisboa: INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda: Procuradoria Geral da República, 2012; No Brasil, CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006. TRINDADE, José Luis F. **Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)**. In: Revista Julgar online – 2009.

²³⁹ AGUADO CORRÊA, Tereza, **Decomiso...** *Op. cit.*, p. 05

confisco de bens como instrumento de política criminal e recuperação de ativos, destacando-se:

- a) Convenções das Nações Unidas sobre o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 154/1991, especificamente artigo 5, o qual dispõe que as partes adotarão medidas para autorizar o confisco do produto do crime ou de bens cujo valor seja equivalente ao do produto.
- b) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, especificamente artigos 12 e 13, quando se refere ao confisco do produto das infrações ou de bens cujo o valor corresponda a esse produto, bem como o confisco de bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na referida Convenção; Ainda preocupado com a prática transnacional do crime organizado, o ato normativo previu hipóteses de cooperação internacional para efeitos de confisco.
- c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, especificamente artigo 55, também dispôs sobre a Cooperação Internacional para fins de confisco.

Com efeito, a despeito das previsões normativas acima referidas que autorizam a aplicação imediata do confisco de bens no Brasil, qual a razão para a sua pouca incidência em casos concretos?

Infelizmente, o que se tem observado é a pouca discussão nos bancos acadêmicos e até pelos aplicadores do direito sobre o conteúdo de tratados internacionais, mormente aqueles que envolvem cooperação jurídica internacional, o que reforça a necessidade do aprofundamento do tema.

Ainda neste prisma, com relação à recuperação de ativos provenientes da criminalidade transnacional, observa-se que são modestos os valores recuperados se comparados com os ganhos estimados da criminalidade organizada.

No Reino Unido, por exemplo, em 2006, uma estimativa oficial calculou que o ganho do crime organizado atingiu a marca de 15 bilhões de libras, enquanto que no mesmo período foram recuperados pelo Estado somente 125 milhões de libras²⁴⁰, ou seja, menos de um por cento de recuperação de ativos se considerado o “faturamento”

²⁴⁰ Dados do Home Office (2006), referidos na avaliação da ameaça da criminalidade organizada da Europol de 2010.

das organizações criminosas inglesas. Na Alemanha, em 2009, foram apreendidos 113 milhões de EUR com as organizações criminosas e o lucro auferido pelos criminosos ultrapassou a cifra de 903 milhões de EUR²⁴¹.

A UE, em reunião em março de 2012, reforçou que o rendimento dos grupos criminosos tem aumentado significativamente em todo continente e, pior, a integralidade dos valores daí provenientes são novamente injetados em outras práticas criminosas, privando, desta forma, os próprios cidadãos europeus das receitas de impostos que poderiam ser objeto de investimentos em políticas sociais, como educação e saúde. Segundo a Comissária Europeia para Assuntos Internos, Cecília Malmstrom, há uma necessidade proeminente na UE de combater criminosos apreendendo o dinheiro das organizações dedicadas para este fim²⁴².

Ainda segundo estimativas das Nações Unidas, o montante aproximado do lucro gerado pelas organizações criminosas no ano de 2009 foi de 2,1 bilhões de dólares, isto é, 3,6% do PIB mundial do mesmo ano. O mais impressionante é que apenas 1% deste valor foi objeto de sequestro ou confisco²⁴³.

Nesse passo, há que se concordar com a comunidade europeia quando afirma que ao facilitar e viabilizar o confisco e o congelamento de bens de origem criminosa se está a criar mecanismos que impedem ou dificultem às práticas criminosas, mostrando que o crime não compensa.

Protege-se, ainda, a economia formal, nacional, contra a infiltração da criminalidade e da corrupção. Para UE, a mensagem é clara: recuperar mais bens para o Estado, visando melhoras significativas às vítimas do crime, aos contribuintes e a própria sociedade como um todo. Uma vez confiscados, os produtos, instrumentos, proveito e aqueles bens presumíveis serem oriundos da prática criminosa, há possibilidade de sua destinação social ou ainda objetos de financiamento a ações de iniciativas operacionais, como por exemplo, o aparelhamento das polícias e aprimoramento dos agentes públicos no combate à criminalidade organizada.

²⁴¹ UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. October 2011. p. 25.

²⁴² Segundo Malmstrom *“temos também de fazer regressar os seus lucros à economia legal, especialmente numa altura de crise como aquela que se vive atualmente. As autoridades policiais e judiciais precisam de melhores ferramentas para poderem seguir o rasto do dinheiro. Precisam também dos meios necessários para conseguirem recuperar uma parte mais significativa do produto do crime”*. Disponível em: Acesso em: 12.03.2015.

²⁴³ UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. October 2011. p. 18.

Nesse sentido, como proposta, a UE sugere a adoção, pelos Estados Membros, de mecanismos e estratégias de cooperação jurídica internacional visando dar maior efetividade e publicidade ao confisco através das seguintes formas: a) Confisco Direto de bens; b) Confisco de Valores; c) Confisco Alargado; d) Confisco não baseado em uma condenação; e) Confisco de bens de terceiros; f) gestão de bens confiscados.

O confisco direto de bens e de valores é a forma mais comum de apropriação pelo Estado do produto ou do instrumento do crime, fundamentada em uma decisão judicial definitiva. Sobreleva mencionar que na impossibilidade do confisco da *res in si*, a perda poderá ser em relação ao valor equivalente ao do produto do crime. É o que se tem, em nível brasileiro, do chamado confisco clássico, previsto no artigo 91 do Código Penal, como efeito extrapenal automático da condenação criminal, ou seja, a possibilidade de perda de bens de objetos que foram utilizados para a consecução do delito ou do resultado obtido.

Sob outro vértice, o confisco alargado, instituto sugerido em 2005 para os países que compõe a UE, através da Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, é instrumento novo, pois trabalha com outra perspectiva: parte de uma premissa de presunção de ilicitude do patrimônio do arguido, nas hipóteses subsumíveis a determinados critérios de ordem objetiva e estabelecidos legalmente, como, por exemplo, condenação em primeiro grau, por um crime previamente definido em lei específica. Logicamente, nos casos em que o eventual investigado comprove a licitude dos seus bens o confisco deixará de existir. Do contrário, entender-se-á que os bens, cuja origem não restou devidamente demonstrada, foram adquiridos a partir de práticas criminosas, resultando perfectibilizada a presunção de ilicitude inicial.

Entretanto, hipóteses existem em que o confisco poderá ser decretado mesmo sem anterior condenação criminal, nas situações em que, por exemplo, o arguido tenha falecido durante o transcurso do processo penal ou, ainda, nos casos em que o mesmo tenha empreendido fuga²⁴⁴.

O confisco de bens de terceiros vem reforçar as concepções jurídicas da perda de bens e valores. Neste caso, quando o sujeito inicia um processo de transferência de titularidade da *res* para terceiros, sobre ele recaem fortes suspeitas acerca da ilicitude da origem destes bens. Em situações como esta não haveria a necessidade de se aguardar uma condenação transitada em julgado para promover a perda

²⁴⁴ A Convenção da ONU contra a corrupção (Decreto nº 5.687/06) prevê esta modalidade no art. 54.

antecipada.

Por fim, a UE ainda sugere o procedimento de gestão de bens confiscados, isto é, exige de seus Estados-membros a adoção de mecanismos para administração dos bens congelados a fim de evitar sua deterioração ou desvalorização, antes de serem definitivamente transferidos para o Estado.

Do que se vê, denota-se que o confisco é instrumento necessário à recuperação de ativos provenientes da criminalidade reditícia. Todavia, quando se reflete em transnacionalidade, este expediente somente alcançará a eficácia desejada se houver cooperação judicial nesse sentido, caso contrário, as discussões e diretivas ficarão somente no campo abstrato. A cooperação jurídica internacional, portanto, deve caminhar *pari passu* com o confisco. É certo que a cooperação tem como fundamento os tratados e acordos internacionais e quando estes são ausentes, socorre-se do princípio da reciprocidade.

Entretanto, entende-se que há uma necessidade palpitante de mudança de foco, isto é, ou os países compreendem a importância da cooperação judicial e, conseqüentemente, proporcionam medidas capazes de instrumentalizá-la ou a criminalidade avançará, afetando o desenvolvimento e resultando em crises econômicas como a que assolou os países no ano de 2008.

A mudança que se propõe fundamenta-se no princípio da confiança, ou seja, na relação entre parceiros. Não se pode mais pensar em dar efetividade na cooperação jurídica internacional se os países ainda estão em tempos de Estado-requerente e Estado-requerido.

Modernamente o que se sugere é a cooperação judicial fundamentada em Estado-interceptor e Estado-notificado, ou ainda na própria cooperação direta pelo Estado-notificado, fundamentado na confiança mútua, conforme reflexão trazida por ANABELA MIRANDA²⁴⁵ e RUBEN JIMENEZ²⁴⁶.

²⁴⁵ “Esta análise tradicional (ou clássica) do auxílio mútuo, baseada em relações de cooperação entre os Estados soberanos, foi substituída por relações de parceiros entre Estados membros de uma União. Não se fala mais em Estado-requerente e de Estado-requerido, mas de Estado interceptor e de Estado notificado. Nem se fala mais de recusa de execução – o que implica a exigência de uma decisão de agir -, mas de motivos de não execução – o que sugere que se acaba com o processo tradicional de validação – o exequatur”. RODRIGUES, Anabela Miranda: **A emergência de um Direito Penal Europeu: Questões Urgentes de Política Criminal**. Estratégia, 1º - 2º Semestres 2003, nº 18-19. p. 2.

²⁴⁶ “A necessidade do desenvolvimento de uma cooperação judiciária e policial em nível internacional, modernamente tratada como relações de parceiros entre Estados membros de uma União, fundamentado na idéia de confiança, no intuito de dar efetividade ao cumprimento das decisões, mormente àquelas que visam à repatriação de valores, confisco e apreensão de bens”. JIMENEZ, Ruben: **EUROJUST, um paso más em El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia**, in Galgo Peco, Ángel (dir.): **Derecho Penal Supranacional y cooperacion jurídica internacional**, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 417-448.

A cooperação direta consiste no auxílio do Estado-notificado como sujeito ativo interno, ou seja, seria o próprio Estado-notificado requerendo as medidas assecuratórias na justiça interna, acompanhando de perto o andamento do processo para posteriormente remeter as decisões judiciais ao Estado-interceptor.

Resta evidente que o tema exige desafios e mudanças. Entende-se que o marco inicial para isso se dá na discussão acadêmica sobre a nova perspectiva do confisco ou da perda de bens, isto é, àquelas voltadas aos instrumentos eficazes de recuperação de ativos, seja dentro da esfera territorial do próprio Estado, seja ela, em cooperação jurídica internacional, notadamente porque a criminalidade reditícia, transfroteiriça, vem ganhando cada vez mais espaço, seja pela própria ineficiência do Estado no seu efetivo enfrentamento, seja porque ele próprio não dispõe de medidas processuais aptas e condizentes com as modernas práticas delitivas.

Por esta razão, SILVA SÁNCHEZ²⁴⁷ sustenta que a ciência criminal tem uma vocação supranacional, especialmente a partir do momento que os Estados nacionais se unem para formar uma comunidade, o que é corroborado por PLANAS²⁴⁸, quando pondera que o direito penal após os efeitos da globalização, atingiu um patamar que o projeta para além das fronteiras.

Neste contexto de criminalidade globalizada e reditícia, o Direito penal passa a se tornar peça-chave por quatro razões elementares:

a) pela constatação histórica de que os processos de unificação se fazem acompanhar do surgimento do reforço punitivo, na linha do que demonstra SILVA DIAS²⁴⁹. Por óbvio que este reforço punitivo deve estar acompanhado de uma carta que proteja os direitos e garantias individuais elementares dos cidadãos integrantes dos Estados membros de uma União, não apenas através de uma proteção formal, mas real e efetiva;

b) a partir do momento em que os Estados se unem, criando um espaço econômico comum, torna-se necessário a proteção de bens jurídicos supranacionais, tendo em vista que os crimes de terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de drogas e de armas, corrupção, contrafação

²⁴⁷ SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **Expansão do Direito Penal**. RT: São Paulo, 2010. p. 91.

²⁴⁸ PLANAS, Ricardo Robles; GUTIERREZ, Pablo Sanchez-Ostiz. **La Crisis del Derecho penal contemporâneo**. Atelier Libros Jurídicos: Barcelona, 2010. p. 177.

²⁴⁹ DIAS, Augusto Silva. **De que Direito Penal precisamos nós europeus?** Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal comunitário. Colóquio Internacional de Direito Penal. Universidade Lusíada de Lisboa. p.1-17.

de meios de pagamentos, criminalidade de informática e criminalidade organizada, crimes contra o meio ambiente, pornografia infanto-juvenil e ainda a “lavagem” de dinheiro também se lançam para além das fronteiras;

c) necessidade do desenvolvimento de uma cooperação judiciária e policial em nível internacional, modernamente tratada como relações de parceiros entre Estados-membros de uma União, fundamentado na ideia de confiança,²⁵⁰ no intuito de dar efetividade ao cumprimento das decisões, mormente àquelas que visam à repatriação de valores, confisco e apreensão de bens.

d) colaboração e empenho efetivo das autoridades dos Estados-membros na elaboração de uma agenda pública no sentido de proporcionar políticas criminais comprometidas com o desenvolvimento da região, uma vez que os crimes transnacionais, como a corrupção e a “lavagem” de dinheiro, prejudicam exacerbadamente o crescimento e dificultam a sustentabilidade do desenvolvimento.

É evidente que o foco está nas diversas formas de condutas ilícitas, as quais tenham o mesmo objetivo, vale dizer: o reinvestimento do dinheiro ilícito em novas práticas criminosas. Diante disto, uma vez identificado que um bem ou valor é produto de atividade ilícita, todo o benefício dele derivado, ainda que não seja ilícito em si, deve ser considerado como contaminado e sujeito igualmente a perda.

O crime não rende frutos lícitos. Portanto, o objetivo é isolar economicamente a atividade criminal. Através do confisco de bens busca-se evitar que o criminoso, na percepção de AMBOS²⁵¹, “*permaneça sentado em seu capital sujo*”.

Adiante, ao adentrar mais substancialmente no tema, verifica-se que as organizações criminosas passaram a migrar o patrimônio que possuem para outros Estados de modo a dificultar a persecução penal e salvaguardar seus interesses.

Neste contexto, é somente através da perda dos bens que foram utilizados como instrumentos, produtos ou ainda proveitos do crime, bem como daqueles bens ou valores que são presumíveis terem sido adquiridos por condutas criminosas e do efetivo auxílio mútuo entre países, a possibilidade de mitigar o real poder e reter as atividades das organizações criminosas que, atualmente, são os principais inimigos

²⁵⁰ JIMENEZ, Ruben: **EUROJUST, um paso más em El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia**, in Galgo Peco, Ángel (dir.): *Derecho Penal Supranacional y cooperacion jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 417-448.

²⁵¹ Sobre esta perspectiva Cf. AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Porto alegre: Sérgio Fabri, 2007.

da sociedade livre.²⁵²

5.1 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REAIS NO DIREITO BRASILEIRO.

É certo que a convivência, nas mais variadas formas criadas pelo ser humano, gera riscos²⁵³, confortos e desconfortos e, em algumas situações, podem gerar danos de ordem patrimonial que devem ser reparados.

Assim, quando se pensa na ocorrência de uma infração penal, surge inicialmente para o Estado a pretensão de punir o autor, ao mesmo tempo que desponta para a vítima o direito ao ressarcimento dos danos sofridos.

O Código de Processo Penal Brasileiro trata das medidas patrimoniais reais como um conjunto de instrumentos que buscam preservar a efetividade do processo penal, resguardando, por exemplo, bens móveis e imóveis para uma futura ação de execução *ex delicto*²⁵⁴.

Diante desta perspectiva, as medidas assecuratórias reais visam preservar o interesse da vítima lesada com a ação criminosa e também, em determinadas situações, a própria reparação do dano sofrido pelo Estado, isto é, são verdadeiras medidas cautelares, semelhantes, guardadas as devidas peculiaridades, às do Código de Processo Civil.

A semelhança está no fato da vítima ter à sua disposição medidas judiciais para não terminar o processo literalmente de “mãos abanando”. Entretanto, há uma grande diferença entre o modelo escolhido pela vítima e suas consequências jurídicas – ação civil *ex delicto* e ação de *execução ex delicto*.

A primeira – *ação civil ex delicto*-, refere-se à medida interposta pela vítima no juízo cível – ação de reparação de danos²⁵⁵ -, em que se busca uma condenação do autor do delito para, em seguida, executar a sentença.

²⁵² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 83.

²⁵³ Pelo simples fato de conduzir veículos, apertar a mão num cumprimento, dentre outros comportamentos sociais. 254 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 203. Cf. LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal** – 11ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 18ª edição, rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014. p. 183.

²⁵⁵ Utilizou-se o termo reparação de danos em sentido amplo. Sobre o tema ver **Crimes Econômicos e Processo Penal** / VILARD, Celso Sanchez, PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 132/133. A restituição incide sobre a própria coisa, como nos casos de furto e roubo. Ressarcimento é o mais completo pagamento dos danos patrimoniais resultante do crime. Abrange o dano emergente e o lucro cessante, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Por outro lado, quando se trata de dano não patrimonial, isto é, dano moral, fala-se em reparação. Finalmente a indenização é a compensação do ato ilícito praticado.

Neste caso, podem ocorrer situações em que o autor da conduta criminosa, começa a se desfazer de seu patrimônio. A vítima, então, pode fazer valer seu direito através dos procedimentos cautelares específicos previstos no capítulo II, livro III do CPC.

A segunda – ***ação de execução ex delicto*** – se refere à ação cível ajuizada após ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, a vítima deverá aguardar o final da ação penal para, depois, ajuizar no cível a ação com o único propósito de executar o valor previamente arbitrado na sentença penal condenatória, ou mesmo para tornar líquido o montante devido a título de reparação, para aí então, executá-lo - *art. 475-N, II do CPC c/c art. 91, I do CP*.

Nesse último caso, também pode ocorrer a tentativa do autor do delito de transferir seus bens durante o trâmite da ação penal. Neste caso, cabe as medidas assecuratórias reais do CPP.

É de se notar, portanto, que a regra tratada acima está relacionada com a reparação dos danos sofridos pela vítima, diante da expressa previsão do artigo 91, da lei penal substantiva que institui como efeito extra penal da condenação, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Neste viés, é certo que os objetivos das medidas reais assecuratórias do processo penal vão além da indenização à vítima do crime. O outro objetivo é viabilizar o pagamento das custas e despesas processuais, bem como impedir o enriquecimento ilícito decorrente da prática criminosa, é dizer: os frutos decorrentes do crime não podem ser usufruídos pelo seu autor – o crime não pode compensar.

Assim, segundo a sistemática do Código Penal, tem-se que o primeiro efeito extrapenal da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e como segundo propósito, perder em favor da União, os instrumentos, porque estes consistem em coisas cujo o fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituem, de *per se*, fato ilícito e, por fim, como terceira consequência, a perda em favor da União do produto ou do proveito com a prática do fato criminoso.

Produto do crime são os bens ou objetos utilizados para as futuras negociações criminosas, isto é, a droga no tráfico de entorpecentes, a arma de fogo no tráfico de armas, o material proveniente do contrabando. Estes bens ou objetos serão inutilizados, conforme regra do artigo 124 do CPP.

Já *proveito do crime* são as receitas, lucros ou as vantagens obtidas com a infração criminosa, ou seja, a própria *res furtiva* no caso do roubo, o dinheiro obtido

com a venda da droga, o imóvel adquirido como a venda das armas no tráfico de armas.

A doutrina²⁵⁶traz ainda uma diferença entre o proveito direto do crime com o proveito indireto. Aquele diz respeito às rendas, os lucros, as vantagens ou o próprio bem auferido diretamente com a prática criminosa: o resultado útil e direto da operação delinquencial. Por outro lado, o proveito indireto é aquele relacionado com a negociação do proveito direto, isto é, seria a renda, o lucro, a vantagem ou o bem auferido com esta negociação: é o ganho ou o lucro advindo da utilização ou negociação do proveito direto do delito.

Assim, é de ver que não servem as medidas assecuratórias reais do CPP como dispositivo para acautelar os instrumentos ou os produtos do crime, justamente porque os instrumentos que foram utilizados para a prática do crime, serão automaticamente perdidos em favor da União - é o exemplo do veículo usado para o transporte da droga -, por sua vez, o produto do crime seguirá a mesma sorte, ou seja, ou serão perdidos em favor da União ou inutilizados, como nos casos da destruição dos cigarros no contrabando ou mesmo da utilização dos produtos de informática pela União no crime de descaminho.

No caso do instrumento do crime, existem situações que causam discussões na doutrina. Imagine-se o seguinte caso: o agente compra US\$ 1.000,00 de cocaína para posterior revenda pelo valor de US\$ 3.000,00. Caso este comprador seja flagrado com a cocaína antes da revenda, o entorpecente será perdido como o produto do tráfico de drogas, e a perda monetária deste sujeito representará os US\$ 1.000,00 originariamente investidos.

Todavia, surge a indagação acerca do valor exato que deve ser recuperado pelo Estado na situação em que a revenda efetivamente se concretize. Isto é, se o total a ser recuperado deve ser de US\$ 3.000,00 ou, diversamente, de apenas US\$ 2.000,00 (este sim, valor obtido em razão da prática do crime), pois os US\$ 1.000,00 empregados na aquisição da droga, a rigor, não representariam, *prima facie*, proveito delitivo, mas um valor que já pertencia ao agente antes da prática do crime.

Estes questionamentos acerca do alcance dos mecanismos da retirada dos ingressos obtidos com a prática delitiva são motivo de ponderação por parte de

²⁵⁶ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 205.

BLANCO CORDERO²⁵⁷ sob uma perspectiva de ganhos brutos e líquidos oriundos da atividade criminosa, encontrando respaldo no direito comparado e nos instrumentos internacionais que acolhem a tese favorável à recuperação dos ganhos brutos. Este tema é uma das questões mais complexas e mais instigantes no meio acadêmico, especialmente porque envolve a problemática que circunda as definições de *ganancias netas* y *el de ganancias brutas*²⁵⁸.

De acordo com este último princípio são confiscados todos os bens do arguido que foram obtidos com as práticas criminosas, não se descontando os valores líquidos empregados no “empreendimento”²⁵⁹.

Este princípio está fundamentado na prevenção geral positiva uma vez que quem investe dinheiro em um ilícito está assumindo o risco de perder o capital aplicado. O reforço deste entendimento está no fato de que os benefícios com os resultados do crime não podem pertencer ao delinquente, uma vez que o delito não se constituiu em título legítimo para a aquisição da propriedade ou de quaisquer direitos sobre os bens. Deste modo, os resultados obtidos com os delitos são também ilícitos e, portanto, o arguido não tem direito algum sobre eles, de maneira que não pode se beneficiar do desconto defendido pelo princípio de *ganancias netas*²⁶⁰.

Pensamos que razão assiste ao entendimento de Blanco Cordero, especialmente porque no momento em que o sujeito investe um capital lícito em atividade ilícita ou vice-versa, acaba por “macular” seus recursos.

Não há como, por exemplo, se pensar em ganhos lícitos com ações investidas na Petrobrás S/A, com recursos ilícitos. Ora, todo o patrimônio será considerado ou proveito direto do crime ou proveito indireto, passível, portanto, de perda em favor da União.

No direito comparado, notadamente nos Tribunais Supremos da Itália, Alemanha e Estados Unidos, o tema também foi objeto de análise e, face a importância dos julgados para esta pesquisa, necessário se faz uma breve reflexão.

²⁵⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Comiso de ganancias: butas o netas?* In. La Ley. Número 7569, 15 de febrero de 2011. p.1 *et seq.*; Cf. MAUGERI, Ana Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo*. Milano – La confisca come pena. 2001, p. 165 *et seq.*; OLIVARES, Quintero Gonzalo. *Sobre la Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia en la Receptación Civil*. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 12-r2, p. r2:1 – r2:20 (2010); CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013. p.463;

²⁵⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Decomiso...* *Ob. Cit.*, p. 114.

²⁵⁹ Por outro lado, sobre a égide do princípio das ganâncias netas, há que ser descontados os valores investidos no “empreendimento”, já que seriam de origem lícita *a priori*.

²⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Decomiso...* *Op., cit.* p. 117.

A Corte Americana apreciou o assunto no caso *EUA vs Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008)²⁶¹. Neste caso o Senhor Santos era o responsável pela prática de jogos ilegais nos EUA e os rendimentos obtidos com os delitos foram investidos em capitais lícitos e reinvestidos em novas prática ilegais de jogos. Santos foi condenado por lavagem de capitais e por jogos ilegais. A discussão recaiu sobre a possibilidade ou não do desconto do patrimônio líquido de Santos. A Suprema Corte Americana decidiu, com o voto de 5 juízes, pela aplicação do princípio da *ganância neta* e, outros 4 juízes, aplicaram o princípio da *ganância bruta*. O resultado foi o desconto do patrimônio líquido do patrimônio bruto de Santos. O entendimento dos 5 juízes que optaram pelo princípio da *ganância neta*, foi no sentido de que não havia legislação americana sobre o assunto, neste caso, aplicaram o que melhor resultaria para o réu. Entretanto, face a polêmica que gerou este caso nos EUA, em maio de 2009, o presidente dos EUA, Barack Obama, firmou o documento “*Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009*” (*FERA*), passando, definitivamente a se posicionar em favor do princípio de ganancias brutas²⁶².

O direito italiano,²⁶³ por sua vez, não se optou sobre os princípios das *ganancias brutas ou netas*. Primeiramente pela falta de certeza dos limites do que seria lucro (profitto) líquido e bruto e, num segundo momento, devido às distorções que pode provocar o princípio de *ganancias brutas*, já que os elementos que as compõe traz um tratamento às pessoas jurídicas por demais gravosos, podendo, inclusive, provocar a paralização das atividades da empresa, prejudicando terceiros alheios aos fatos.

A legislação italiana²⁶⁴, portanto, optou pelo pela distinção entre *reato contratto* (contrato delitivo) e *reato in contratto* (delito no contrato). No primeiro há uma perfeita identificação do delito com o objeto do negócio jurídico, resultando em um contrato contaminado pela ilicitude e, portanto, submetido amplamente ao confisco de todos os bens obtidos com o delito, sem desconto. O segundo, o comportamento criminal relevante não coincide com o objeto do contrato, incide, ou na fase de conclusão do contrato ou na fase de formação da manifestação da vontade contratual, podendo, inclusive ocorrer na fase de execução do programa contratual, gerando, desta forma,

261 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Decomiso de Ganancias de la Corrupción*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB – Ano 1. Vol. 1. Nº 1, 2013. p. 121.

262 *Ibidem*, p. 123.

263 EPIDENDIO, Tomaso. *La Nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio – nº. 10. 2008. pg. 1263/1281.

264 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.* p. 127.

um instrumento contratual perfeitamente válido entre as partes. Neste caso, é possível identificar e individualizar aspectos legais e atividades legítimas entre os contratantes, provocando um lucro legal que seria objeto de desconto quando da consecução do confisco.

Por fim, na Alemanha²⁶⁵ a discussão ganhou profundidade na jurisprudência, tanto do Tribunal Constitucional Alemão como no Tribunal Supremo Alemão. A inclinação dos tribunais é pela exclusão do princípio de *ganancias netas* e incorporação das *ganancias brutas*, entretanto, dois julgados provocaram críticas e novas discussões.

O primeiro²⁶⁶ refere-se ao caso envolvendo pagamento de propina para determinadas pessoas para que uma empresa específica ganhasse o contrato com o poder público, ocorrido em 2005. O Tribunal inclinou-se pela aplicação do princípio de *ganancias brutas*.

O segundo²⁶⁷ caso, ganhou notoriedade entre os juristas alemães porque envolveu abuso de informações privilegiadas. O julgamento ocorreu em 2010 e envolveu diretores de uma empresa que possuíam informações privilegiadas, em especial sobre o aspecto financeiro da empresa. De posse de tais informações, tais diretores venderam suas ações obtendo lucros com esta ação. A questão enfrentada pelo Tribunal Alemão estava em se saber se o confisco atingiria todos os bens relacionados com a operação - totalidade dos preços das vendas das ações – ou somente o lucro líquido oriundo da venda efetivamente obtida pelos diretores. Neste caso, optou o Tribunal Alemão pela incidência do princípio das *ganancias netas*.

Feito este exame inicial, entendemos que as premissas trazidas pela conclusão de BLANCO CORDERO²⁶⁸ são essenciais para o debate, isto é, nos casos que os sujeitos ativos envolvidos são pessoas jurídicas dedicadas às práticas de corrupção de funcionários públicos na obtenção de vantagens ilícitas, como por exemplo, em licitações públicas ou àquelas empresas que praticam delitos

265 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Decomiso de Ganancias de la Corrupción*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB – Ano 1. Vol. 1. Nº 1, 2013. p. 128.

266 Sentença do Tribunal Supremo Alemão BGH Urt. v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05. Disponível em: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=02.12.2005&Aktenzeichen=5%20StR%20119/05> Acesso em 30/11/2015.

267 Sentença do Tribunal Supremo Alemão BGH 5 StR 224/09, 27.01.2010. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=27.01.2010&Aktenzeichen=5%20StR%20224/09> Acesso em 30/11/2015.

268 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.* p. 138.

econômicos previamente estipulados em legislação própria, há que se aplicar o princípio da **ganancias brutas** em detrimento das **ganancias netas**.

Pretende-se demonstrar, ao longo desta pesquisa, que esta discussão acaba por se esvaziar quando os bens, objetos de perda, são submetidos ao procedimento de confisco alargado, justamente porque este instrumento possui elementos que tornam sua aplicação objetiva, às claras.

Feito esta introdução, a presente pesquisa se direciona ao estudo das medidas assecuratórias reais em espécie, relacionadas em rol taxativo pela lei processual penal pátria: sequestro de bens imóveis; sequestro de bens móveis; hipoteca legal; arresto prévio de bens imóveis e arresto de bens móveis.

5.1.1 Do Sequestro

Conforme redação do artigo 125 do CPP “*cabará o sequestro de bens imóveis, adquiridos pelo indiciado, como os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros*”.

Em seguida a esta disposição o legislador pátrio atribui como requisito essencial para a decretação do sequestro, a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, conforme previsão legal elencada no artigo 126 do CPP, ou seja, a medida constitutiva patrimonial caberá nos casos de existência de indícios veementes de que o arguido adquiriu o bem imóvel como proveito direto ou indireto da infração penal.

Destaca-se, então, que o requisito material exige mais do que meros indícios²⁶⁹ da origem ilícita dos bens. Assim, a lei não exige um *standart* cabal de prova, como, por exemplo, nos casos de condenação à pena privativa de liberdade, é dizer: trata-se de um ponto de equilíbrio entre a prova cabal e as meras suspeitas. É de bom alvitre consignar que os indícios são fundamentados em fatos, e não suposições.

Agrega-se a este requisito material os de ordem processual, já que se trata de uma medida cautelar. Segundo BADARÓ,²⁷⁰ o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* devem estar presentes, o primeiro, na prova da materialidade e indícios de autoria do delito objeto de investigação ou que poderá ser objeto da eventual ação penal, e o

²⁶⁹ A mera preceunção ou suspeita não são suficientes.

²⁷⁰ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal**. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 134.

segundo, representado pelos indícios de dilapidação do patrimônio e/ou dificuldade de recuperação patrimonial do bem pelo decurso de tempo. Neste momento, surge uma indagação: o proveito de qualquer infração penal poderia ser sequestrado ou somente aquele que guarde relação direta com o delito objeto da investigação ou da ação penal? Imagine um exemplo hipotético para elucidar melhor a questão.

Paulo Roberto, funcionário da empresa estatal ÓleoViscosoBrás S/A, é dono de uma fazenda de grandes proporções, adquirida com a prática de crimes de corrupção em detrimento da estatal, avaliada em 10 (dez) milhões de reais. No ano de 2009 Paulo é orientado por seus advogados e transfere a fazenda para o nome de Luiz, seu genro. Em 2010 Paulo é identificado como mandante do crime de homicídio contra Pedro, seu desafeto na estatal, já que Pedro tinha em mãos toda a documentação que poderia incriminar Paulo. Aqui surge para os sucessores de Pedro (vítimas) dois caminhos: 1) ação civil *ex delicto*, a ser proposta de imediato no Juízo Cível; ou 2) aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e entrar com execução civil *ex delicto*. Imagine que em 2020 transita em julgado a condenação de Paulo, o qual deve ressarcir os sucessores de Pedro (as vítimas), no valor de R\$ 7 (sete) milhões de reais.

Assim, é possível concluir que se os sucessores de Pedro resolveram ingressar com ação civil *ex delicto*, poderão recorrer às medidas assecuratórias daquele juízo. Por conseguinte, se os sucessores estavam aguardando a sentença penal condenatória, a qual se deu somente em 2020, eles não podem requerer nenhuma das medidas assecuratórias do processo penal visando a fazenda em nome de Luiz, justamente porque não há mais processo penal em curso, restando apenas ação de execução civil *ex delicto* na esfera cível contra Paulo Roberto²⁷¹.

Por outro lado, se durante o trâmite da ação penal, os sucessores de Pedro já intentaram alguma medida visando providências cautelares, é de se perguntar: Caberá sequestro da fazenda em nome de Luiz?

Retornemos então à pergunta feita inicialmente: cabe sequestro do bem imóvel que tenha sido *proveito* de qualquer infração penal ou há necessidade de estar relacionada diretamente com o delito investigado ou da própria ação penal?

²⁷¹ No caso de Paulo não dispor de bens em seu nome para pagar a reparação de dano, o processo tramita com as regras do processo civil, vale dizer: Não haverá pagamento imediato da reparação do dano.

Acompanhando a reflexão de BADARÓ,²⁷² sendo o sequestro uma medida cautelar, destinado a assegurar a eficácia de eventual sentença penal condenatória, este *“somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal”*.

Portanto, não há possibilidade jurídica no direito brasileiro de se realizar o sequestro de bens que incorporem o patrimônio do acusado se estes foram adquiridos com a prática de crime diverso daquele objeto da investigação ou da ação penal ou, ainda, se adquiridos antes do cometimento da infração penal que está sendo objeto da medida de constrição patrimonial.

Neste caso, não caberia sequestro da fazenda em nome de Luiz, transferida prévia e ilegalmente por Paulo Roberto, simplesmente porque este bem não diz respeito ao crime de homicídio, mais sim ao delito de corrupção contra a empresa estatal em que Paulo Roberto é empregado.

Neste ponto, nasce uma indispensável reflexão sobre o sequestro, culminando na arraigada conclusão de que este instituto precisa ser repensado e reestruturado.

Outro ponto que interessa a esta pesquisa diz respeito à possibilidade de sequestrar eventual bem de família. A lei 8.009 de 29 de março de 1990 trata especificamente sobre a impenhorabilidade do bem de família, em seu artigo 3º, inc. VI: como regra os bens de família são impenhoráveis, exceto se relacionados com o produto do crime ou nos casos de execução da sentença penal condenatória, indenização ou perdimentos de bens. Portanto, vê-se que o próprio legislador estabeleceu a exceção indicada, reforçando a necessidade de se reparar o dano à vítima e impedir o enriquecimento ilícito por parte do infrator.

O Código de Processo Penal, em seguida, dispõe sobre as pessoas com legitimidade ativa para requerer a medida, elencando no artigo 127: o Juiz, de ofício, o Ministério Público, o ofendido ou ainda a Autoridade Policial.

Assim, nota-se que o sequestro terá lugar mesmo na fase de inquérito policial ou em qualquer outro expediente criminal prévio à ação penal.

Ao demandado caberão embargos (art. 130, inciso I do CPP) com fundamento de que o imóvel sequestrado foi adquirido de forma lícita ou ainda a ausência dos requisitos materiais ou processuais que legitimem a aplicação do expediente em

²⁷² **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal**. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 134.

exame – por exemplo, ausência de indícios veementes da origem ilícita, eventual incompetência do juízo ou ainda ilegitimidade ativa do requerente.

Podem ainda existir embargos pelo terceiro, estranho ao processo, conforme previsão expressa no artigo 129, (por exemplo, o homônimo do acusado ou por equívoco do cartorário quando da formalização da constrição).²⁷³

Por fim, faz-se necessário o enfrentamento do tema inversão do ônus da prova, com previsão no artigo 130, inciso I do Código de Processo Penal, ou seja: ao acusado cabe provar que seus bens foram adquiridos de forma lícita ou cabe a quem requereu a medida provar serem os mesmos adquiridos como proventos da infração criminal?

A jurisprudência, em sentido majoritário²⁷⁴, tem entendido que tal inversão tem guarida constitucional já que somente haverá o perdimento do bem quando do trânsito em julgado da ação penal, ou seja, a inversão do ônus da prova é apenas para o levantamento do sequestro, não para sua definição, vale dizer: para o efetivo sequestro do bem, há necessidade do legitimado ativo provar a ilicitude da origem dos bens, entretanto, caso o acusado tenha o interesse de levantar o sequestro antes da decisão final, deverá provar sua origem lícita²⁷⁵.

Ao final, a medida pode tomar dois rumos distintos, vinculados sempre à decisão final do processo penal em relação ao qual o sequestro funciona como instrumento assecuratório: I - sendo absolutória a decisão na ação penal o sequestro pode ser imediatamente levantado; II - em sendo condenatória a decisão, devidamente transitada em julgado, os bens serão leiloados²⁷⁶, recolhendo-se o montante do ato para o Tesouro Nacional, preservando-se, obviamente, os interesses da vítima, bem como dos terceiros de boa-fé, conforme artigo 133 do CPP.²⁷⁷

Assunto que merece atenção é a indisponibilidade ou não do bem sequestrado.

²⁷³ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal**. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 137.

²⁷⁴ Sobre o tema ver: TRF 3ª, MS 76518/SP, j. 30.11.2006; TRF 2ª, APR 200751018073819, j. 20.07.2008; TRF 5, APR 29253620112058300, j. 20.08.2013.

²⁷⁵ Sobre o entendimento que a inversão do ônus da prova viola o princípio da presunção de inocência Cf consultado em 04/05/2015. **LOPES Jr**, Aury. **Direito Processual Penal** / Aury Lopes Jr. - 11.ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 935.

²⁷⁶ Diferentemente da hipoteca legal e do arresto em que os autos das medidas assecuratórias são encaminhados para o juízo cível onde tramita a ação civil ex delicti, no caso de sequestro o leilão é realizado no próprio juízo penal.

²⁷⁷ **OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** /Eugênio Pacelli de Oliveira. - 16. ed. atual. de acordo com as Leis 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12. 529, todas de 2011, e Lei Complementar nr. 140 de 8 de dezembro de 2011. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 309.

A doutrina²⁷⁸ entende que o bem se torna inalienável com a averbação de gravame para evitar adquirentes de boa-fé. Assim, não poderão alegar eventuais prejuízos quando levado o imóvel à hasta pública. Nada impede, entretanto, que o titular do bem possa utilizá-lo e até mesmo perceber seus respectivos frutos. Portanto, a medida de sequestro de bens imóveis iniciada e finalizada no juízo criminal tem por objetivo: primeiro, ressarcir o dano causado à vítima, depois, sucessivamente, para respaldar o pagamento de custas e despesas judiciais, adimplemento de eventual pena de multa e eventual remanescente, deverá ser perdido em favor da União.

Nos casos de bens móveis adquiridos com o proveito da infração, a medida assecuratória também será o sequestro de bens,²⁷⁹ é dizer: existindo indícios veementes da origem ilícita do bem e não sendo o caso de busca e apreensão caberá a medida constritiva em comento (advertindo-se que os instrumentos e produtos do crime serão perdidos automaticamente em favor da União e algumas hipóteses de proveito direto da infração será objeto de busca e apreensão e não de sequestro).

Aplicam-se, *mutatis mutandis*, as mesmas regras ao sequestro de bens imóveis. Não há que se falar, entretanto, em averbação do gravame no registro imobiliário. Neste caso, sendo o bem móvel um veículo automotor, por exemplo, é possível o gravame junto ao Departamento de Trânsito.

É possível, ainda, que o bem fique em condição de depósito do proprietário ou de terceiro nomeado pelo juiz.

Recentemente a Justiça Federal de Curitiba/PR²⁸⁰ determinou o sequestro de bens de pessoa que se encontra respondendo a diversos crimes, dentre eles o de crimes financeiros e o de lavagem de dinheiro. O entendimento do Juízo sobre o sequestro foi no sentido de que a investigada tem um modo de vida dedicado à prática de crimes, portanto, fato este que dá azo à presunção de que todo o seu patrimônio seria produto de atividade delitativa, já que se utilizava de interpostas pessoas para figurarem como proprietárias dos seus bens.

Para tanto, o juízo exigiu a discriminação dos bens a serem objetos de sequestros, já que seria inviável a emissão de ordem genérica de sequestro de bens.

²⁷⁸ Sobre o tema Cf. **REIS**, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves: coordenador Pedro Lenza. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 229.

²⁷⁹ Ressalte-se que nos casos que o próprio bem móvel seja o produto da infração a medida cabível será a busca e apreensão

²⁸⁰ Ações penais n^os 04840188.2013.404.7000, 504845724.2013.404.7000 e 502638713.2013.404.7000.

O fundamento da decisão está no artigo 125 do Código de Processo Penal e no artigo 4º da Lei 9.613/1998.

É de perceber, neste caso, que o juízo considerou que a parte ré, por ter uma vida dedicada a prática de ilícitos, em especial o de lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro, deveria ter, em última análise, que provar a licitude de todo o seu patrimônio, sob pena, ao final de serem transferidos à União, após o devido leilão judicial, conforme preceitua o artigo 4º-A, §10º da lei de lavagem de dinheiro. Também denota-se que os fundamentos utilizados na sentença ora analisada, harmonizam-se com a reflexão trazida acima de BADARÓ²⁸¹.

Por fim, ainda que tangencialmente, é oportuno salientar a existência do Decreto-Lei nº 3.240/41 sobre a possibilidade de sequestro nos crimes que acarretam prejuízo à Fazenda Pública. Mesmo com a entrada em vigor do Código de Processo Penal posteriormente, a medida prevista no Decreto-Lei nº 3.240/41 não perdeu vigência,²⁸² já que permanecem com eficácia os dispositivos que não se contrapõem com o CPP.

A grande diferença desta modalidade de sequestro, tida como fiscal, para o sequestro do CPP, está no fato de que aquela *“torna indisponíveis bens do devedor tributário, eis que tem natureza jurídica civil e é aplicada para fins de execução fiscal e não para indenização por dano ex delicto”*.²⁸³ Outra diferença marcante está na possibilidade desta medida incidir sobre todos os bens do arguido, conforme dispõe o artigo 4º do referido decreto²⁸⁴.

Ainda consta do arcabouço legislativo brasileiro a possibilidade de sequestro nos casos de atos de improbidade administrativa, conforme previsão do artigo 16 da Lei nº 8.429/1992, isto é, em existindo fundados indícios de responsabilidade, a comissão de disciplina que apura atos de improbidade administrativa de servidor público, deverá representar ao Ministério Público para que este requeira ao juízo competente a decretação de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha

²⁸¹ “Somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio objeto do crime” Cf. **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal**. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 134.

²⁸² STJ - Recurso Especial nº 132.539 – SC, 6ª Turma. Relatoria do Ministro Willian Patterson, DJU 09/02/1998, p. 48. Ver também: Recurso Especial nº 149.516 – SC, 5ª Turma. Relatoria do Ministro Gilson Dipp, 17/06/2002, p. 287.

²⁸³ **EISELE**, Andréas. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo. Dialética. 1998. p. 210.

²⁸⁴ Art. 4º O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave.

enriquecido ilicitamente e causado dano ao patrimônio público. Tal pedido feito pelo Ministério Público será processado de acordo com as regras do CPC.

Assim sendo, têm-se na legislação pátria as modalidades de sequestro previstas no CPP e CP, especificamente quando se referir a produto e proveito direto e indireto de infração penal, bem como o sequestro previsto na Lei nº 9.613/98, quando recair sobre bens, direitos e valores que sejam produto direto ou indireto da infração penal antecedente ou do próprio crime de lavagem de dinheiro.

Por fim, em tempos de criminalidade reditícia, é certo que os delinquentes praticam diversas operações no intuito de dissimular ou mesmo ocultar a origem criminosa dos bens, resultando em uma prova impossível de ser produzida, já que deve ser demonstrado que tal bem do arguido tem origem criminosa.

Por esta razão, é também efeito da sentença penal condenatória a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior - art. 91, par. 1º do Código Penal.

Denota-se, portanto, que este efeito é apenas secundário ou subsidiário, já que somente cabível quando não for possível a efetivação do efeito principal que é a perda do próprio “produto ou proveito da infração”. A razão é óbvia. *“O produto ou proveito da infração é bem ilícito que integra o patrimônio do acusado. Já o equivalente do produto ou proveito, normalmente será bem lícito”*²⁸⁵.

5.1.2. Da Hipoteca Legal

A hipoteca legal é radicalmente diferente do sequestro.

Enquanto o sequestro visa a indisponibilidade dos bens adquiridos com a prática de crime, portanto bens ilícitos, a hipoteca legal busca a constrição judicial dos bens de origem lícita, sem relação alguma com o crime.

Todavia, o ponto fundamental que diferencia as duas medidas está no fato de que enquanto se exigem indícios veementes da prática da infração penal no sequestro, na hipoteca legal se vindica certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

Desta maneira, a hipotecal legal tem lugar quando já se tem conhecimento prévio que o bem a ser constrito é de origem lícita, entretanto, podem existir casos em

285 **BADARÓ**, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. - 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1060.

que o legitimado ativo não detenha elementos para a formação de um juízo sobre a licitude ou não do bem, mesmo assim, pode propor a hipoteca, já que a sua finalidade principal é garantir que a vítima não saia literalmente frustrada de seus objetivos, ou seja, tutela-se em primeiro lugar²⁸⁶ o interesse patrimonial da vítima que almeja no curso da ação penal garantir os efeitos patrimoniais de eventual sentença penal condenatória. Visa, portanto, assegurar a eficácia da ação de execução *ex delicti*.²⁸⁷ Não tem finalidade de perquirir sobre eventual enriquecimento ilícito do acusado.

O bem hipotecado, quando ilícito²⁸⁸, recai obrigatoriamente sobre o proveito indireto da infração penal, já que os instrumentos e produtos do crime são perdidos em favor da União ou destruídos (art. 124 CPP) e o proveito direto do crime é objeto de busca e apreensão ou há casos que também serão destruídos.

Ao se fazer uma análise minuciosa do artigo 134 do Código de Processo Penal²⁸⁹, que traz a previsão legal da hipoteca legal, percebe-se que o legislador utilizou uma técnica inadequada. Refere-se aos bens imóveis do indiciado em qualquer fase do processo. Ora, é certo que o vocábulo “indiciado” remete à fase pré-processual, enquanto “acusado” à fase processual penal. Ademais, posteriormente, há referência direta ao termo processo. A divergência doutrinária reside especificamente sobre a fase em que se admite a medida de hipoteca legal.

Destarte, parte da doutrina admite já na fase pré-processual com fundamento no termo “*indiciado*” e na prova da materialidade e indícios de autoria²⁹⁰.

Outra parte da doutrina, todavia, entende ser cabível somente na fase processual, isto é, após o oferecimento da denúncia. O entendimento é o de que se a especialização da hipoteca legal e o registro pudessem ser feitos durante o inquérito policial não teria qualquer sentido o arresto prévio à hipoteca e o arresto subsidiário

²⁸⁶ A medida também tem como objetivo, em um segundo momento, assegurar o pagamento de custas e despesas judiciais.

²⁸⁷ **LOPES Jr.**, Aury. **Direito Processual Penal** / Aury Lopes Jr. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva. 2012. p. 915.

²⁸⁸ É de notar que o legitimado ativo para a medida não tem como saber se o bem é lícito ou ilícito de antemão. Por esta razão é possível a hipoteca legal recair sobre bens ilícitos do acusado. Entretanto, se já tem indícios veementes que o bem foi adquirido com a prática da infração penal a medida adequada será o sequestro.

²⁸⁹ Art. 134 do CPP: “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”.

²⁹⁰ **REIS**, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves: coordenador Pedro Lenza. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 231. Ver também **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 9ª Ed. p. 323. **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 33ª ed. v. 3, p. 58. **OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. Revista e Ampliada. São Paulo. Editora Atlas. - 2014. p. 318.

de bens móveis, já que “destinados a serem utilizados exatamente quando ainda não é possível requerer a especialização e o registro da hipoteca legal”²⁹¹.

Prevalece, o entendimento que admite a medida tanto na fase de inquérito policial quanto na fase processual.

Com relação ao requisito implícito da hipoteca legal, é possível falar no justo receio de que o réu possa tornar-se insolvente diante da demora do processo penal - *periculum in mora*.

Já com relação a inicial dirigida ao juiz, deverá o legitimado ativo descrever o bem imóvel a ser hipotecado e o domínio do réu sobre eles, bem como o valor estimado do imóvel e do dano sofrido, somados à prova da materialidade e indícios de autoria e o justo receio de dilapidação do patrimônio.²⁹²

Como não há previsão expressa do CPP para eventual defesa do arguido, entende-se que nada impede, face o silêncio da compilação, a oposição de embargos de terceiros²⁹³ com fulcro no artigo 1.046 do CPCl.

Por sua vez, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os autos serão remetidos ao juízo cível, onde permanecerá aguardando providências da vítima no sentido de execução do título executivo judicial. Como o CPP não estipula prazo para a vítima ingressar com a execução, por analogia ao art. 122 do CPP – restituição de coisas apreendidas –, considera-se o prazo de 90 (noventa) dias²⁹⁴.

Por conseguinte, trata-se de medida que se inicia no juízo criminal e se encerra no juízo cível.

A hipoteca legal não tem o condão de satisfazer de imediato o dano civil sofrido pela vítima. Cabe a esta executar a sentença penal condenatória naquele juízo, valendo-se da garantia real que tem a seu favor.

A medida não torna o bem inalienável, mas tão somente constringido com o gravame hipotecário e não pode ser decretada sem a prévia oitiva do réu (*inaudita altera partes*).

²⁹¹ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal**. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2008. - (Série GL-Law) vários autores. p. 142.

²⁹² Não é equivocado se chamar este procedimento de especialização da hipoteca legal uma vez que este incidente, que tramitará em autos apartados, é utilizado para individualizar o imóvel sobre o qual pode incidir futura indenização à vítima.

²⁹³ Parte da Doutrina entende ser cabível apelação ou mandado de segurança. Sobre o tema ver **AVENA**, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 6ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forese; São Paulo: Método, 2014. p. 97 e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. Revista e Ampliada. São Paulo. Editora Atlas. - 2014. p. 317.

²⁹⁴ **AVENA**, Norberto Cláudio Pâncaro. *Ob. cit.* p. 111.

Denota-se, por fim, que a hipoteca legal, como medida assecuratória real, é limitada e não alcança solução para delitos ditos econômicos, justamente porque o instrumento visa, como principal objetivo, a compensação material do dano sofrido pela vítima, assim, por razões óbvias é uma medida que está ligada diretamente com a individualização de uma vítima certa, passível de ser reparada. Deste modo, como aplicá-la em delitos em que a vítima não é perfeitamente delineada ou mesmo quando se trata de uma coletividade, a exemplo dos delitos contra o sistema financeiro nacional, contra a administração da justiça, contra a ordem econômica, contra o meio ambiente ou mesmo contra o sistema tributário?

Por certo que há necessidade de repensar, ir além, ou seja, em instrumentos processuais que permitam assegurar a efetividade de eventual sentença penal condenatória, ainda que o sujeito passivo não seja perfeitamente individualizado.

5.1.3. Arresto

Finalmente, o CPP dispõe de duas espécies de medidas assecuratórias reais: o arresto subsidiário ou propriamente dito e o arresto prévio ou preventivo.

O arresto subsidiário tem previsão legal no artigo 137 do CPP, e leva esta denominação por ser complementar em relação à hipoteca legal, isto é, nos casos do responsável não possuir bens imóveis ou os possuir em valor insuficiente, pode ser arrestados os bens móveis, suscetíveis de penhora²⁹⁵.

O arresto de bens móveis²⁹⁶, por sua vez, segue o mesmo raciocínio exposto para a hipoteca legal, ou seja, não busca o arresto assegurar bens adquiridos com a prática criminosa (o sequestro se preocupa com esta possibilidade), mas sim os bens móveis que vão suprir a falta de bens imóveis do imputado. Se o sujeito não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente para dar conta do ressarcimento patrimonial da vítima, poderão ser arrestados os bens móveis, suscetíveis de penhora, nos termos do que é possível e permitido à hipoteca legal dos imóveis.

O arresto prévio à especialização e inscrição da hipoteca legal do bens imóveis é medida ligada diretamente à hipoteca legal, já que tem a finalidade de preparar a execução e dar efetividade à hipoteca, que é um procedimento mais complexo e, não

²⁹⁵ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1068.

²⁹⁶ **LOPES Jr**, Aury. **Direito Processual Penal** – 11ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 943.

rara as vezes, demora mais tempo, podendo, inclusive ocorrer a dilapidação patrimonial do réu, assim, também visa o arresto prévio tornar o bem indisponível – inalienável -, enquanto tramitar o procedimento da hipoteca legal²⁹⁷.

Diante disto, é possível afirmar que o bem arrestado pode permanecer em poder do próprio réu ou ser encaminhado à guarda de terceiros nomeados pelo juiz, salientando que o regime jurídico é o sujeito ao processo civil – art. 148 e seguintes do CPC -, conforme expressa previsão legal no artigo 139 do CPP.

Finalmente agora, pode-se retornar ao caso tratado no início deste tópico: O caso hipotético envolvendo a fazenda de Paulo Roberto, adquirida ilicitamente com crime de corrupção e transferida, irregular e previamente a seu genro Luiz, antes da prática do homicídio de Pedro.

Neste caso, já ficou ilustrado que não cabe o sequestro porque tal medida não diz respeito ao crime investigado (homicídio).

Da mesma forma, pode-se refletir acerca do instituto da hipoteca legal e do arresto.

Entretanto, como visto tais medidas somente cabem em face do conjunto patrimonial do indiciado/acusado, por expressa previsão legal, é dizer: como no exemplo hipotético Luiz não é indiciado ou mesmo acusado de nada, mas sim quem é acusado é seu sogro, Paulo Roberto, não há como realizar a hipoteca legal ou mesmo o arresto da fazenda em seu nome.

É de ver, portanto, a necessidade de se repensar os institutos assecuratórios reais, visando se alargar o alcance pretendido. Isto, contudo, somente é possível quando se cogita em novas modalidades de perda de bens e/ou confisco.

5.2. OUTRAS HIPÓTESES DE PERDA DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei. 11.343/2006, art. 62, dispôs expressamente sobre a modalidade de perda de bens referentes aos instrumentos ou maquinários utilizados de modo irregular na prática dos crimes relacionados na lei de drogas. Tal confisco pode se dar mesmo que o porte, alienação, detenção ou fabrico sejam lícitos²⁹⁸.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 18ª edição, rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014. p. 320.

²⁹⁸ STJ, REsp 407.461, DJU de 17.02.2003.

O legislador constitucional de 1988 também instituiu uma modalidade de confisco, nos casos de terras utilizadas para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e de todo o valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, conforme artigo 243 da Constituição Federal.²⁹⁹

Recentemente, a emenda Constitucional nº 82 de 2014, trouxe um adendo, ou seja, a possibilidade de confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido na exploração de trabalho escravo, revertendo-se ao fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

É importante ressaltar que as modalidades de confisco acima mencionadas e previstas na legislação brasileira não podem ser confundidas com a pena de perda de bens e valores, prevista no artigo 45 do CP e introduzida através da Lei 9.714/1998.

Referida medida é uma sanção penal que tem como principal efeito a restituição do prejuízo causado pelo infrator e aplicabilidade restrita às hipóteses permissivas da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Possui, ainda, um destinatário diferente do confisco (este destina-se à União e a pena de perda de bens e valores ao Fundo Penitenciário). Por sua vez, ainda diferem-se no que se refere ao patrimônio do acusado. A sanção penal de perda de bens e valores recai sobre o patrimônio lícito do demandado, enquanto o confisco alcança a parcela patrimonial ilícita.

Entretanto, como esta pesquisa tem como norte principal o estudo sobre a recuperação de ativos decorrentes do crime organizado, notadamente aqueles destinados à prática da corrupção por agentes de “colarinho branco”, é imprescindível a inclinação para os delitos de lavagem de dinheiro e as medidas assecuratórias reais cabíveis em eventual resgate patrimonial pelo Estado.

O artigo 4º da Lei 9.613/1998³⁰⁰, já com a mudança legislativa feita pela Lei 12.683/2012, prevê a possibilidade do juiz de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação do delegado de polícia, proceder às medidas assecuratórias reais.

²⁹⁹ ESTEFAM, André. **Direito Penal, Parte Geral** / André Estefam. - 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 455.

³⁰⁰ Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Duas questões principais foram motivos de mudança em relação ao texto original. A primeira refere-se a permissão de se decretar medidas assecuratórias reais sobre bens de interpostas pessoas. A segunda, diz respeito à eliminação da possibilidade de que tais medidas sejam decretadas no curso do inquérito e da ação penal, alargando, desta forma, sua incidência.

Como visto anteriormente nesta pesquisa, o principal objetivo das medidas assecuratórias reais é a reparação do dano causado pelo crime, neste sentido, há necessidade destes instrumentos endossarem a eventual condenação penal, isto é, de nada adiantará a vítima ter a seu favor uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado para execução no cível se o autor do delito dilapidou seu patrimônio durante o curso do processo penal.

Porém quando se está cuidando de infrações penais como as de lavagem de capitais, cuja definição de bem jurídico nem sequer encontra entendimento pacífico na doutrina, a valoração patrimonial do dano provocado torna-se uma hercúlea tarefa.

As ponderações apontadas por BADARÓ³⁰¹ sobre este aspecto são significativas: pode ser considerado como bem jurídico na lavagem de dinheiro o mesmo bem tutelado pelo delito antecedente. Tal raciocínio encontra dificuldades em se mensurar o valor do dano, por exemplo, nos crimes de corrupção passiva. É certo que o valor recebido a título de propina pelo funcionário público é passível de se auferir com exatidão, mas e o dano sofrido pela administração pública? Coincide com o valor recebido ilicitamente pelo agente público? Obviamente que não.

Em contrapartida há aqueles que entendem que o bem jurídico é a própria ordem econômica. Entretanto, esta concepção não soluciona a problemática desenvolvida pelo raciocínio anterior, vale dizer: como mensurar o dano sofrido pela ordem econômica?³⁰²

³⁰¹ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaro, Pierpaolo Cruz Bottini: prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. - 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 289.

³⁰² O raciocínio desenvolvido neste tópico não diz respeito a discussão sobre o bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. O que se pretendeu com o tema foi demonstrar a dificuldade em se mensurar ou quantificar o dano proporcionado pelo delito de lavagem de dinheiro. Sobre o bem jurídico em especial, entendemos como **André Luís Callegari**, ou seja, “*concretamente considera-se que são vulnerados elementos de ordem socioeconômica como a livre concorrência, a estabilidade e a solidez do sistema financeiro, o que justifica se centrar na ordem socioeconômica como bem jurídico protegido. Porém, também fica afetada a livre concorrência e, dessa forma, a ordem socioeconômica sofreria uma afetação reflexa porque o custo para a obtenção dos capitais de origem ilícita é menor que os custos para obtenção de capitais de origem lícita. Assim, ao se obter o capital de origem ilícita a um custo menor e ingressá-lo no sistema financeiro legal do país, justifica-se a proteção da ordem socioeconômica como bem jurídico protegido*” in **CALLEGARI**, LUÍS CALLEGARI, **Lavagem de Dinheiro**, Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 140/141.

Assim, sobre as medidas cautelares, é certo que o produto do crime de lavagem de dinheiro está relacionado ao delito antecedente, bem como o proveito do crime antecedente. Utilizando os mesmos exemplos vistos anteriormente, temos a droga como produto do tráfico de entorpecentes, a arma de fogo como produto do delito no tráfico de armas, o material proibido como produto do crime de contrabando. Em linhas gerais, o produto do crime é essencialmente o bem ou objeto que o criminoso negociará em outra transação deliquencial ou passará a utilizar como se fosse seu. O proveito do delito antecedente está, então, relacionado diretamente com o que é obtido por meio do resultado do produto, isto é, o imóvel comprado com o dinheiro obtido através venda da droga. Assim, segundo BADARÓ³⁰³, tanto o produto quanto o proveito do delito antecedente poderão ser objetos do crime de lavagem.

Ressaltando que os instrumentos para a lavagem serão outros, como por exemplo, as contas correntes abertas ou mesmo as empresas de fachada, nesta medida, será produto da lavagem de dinheiro os lucros obtidos com a inserção, por exemplo, do imóvel adquirido inicialmente com o proveito do tráfico de drogas, isto é, as várias vendas feitas do imóvel para ocultar a origem, certamente provocarão ganho de capital. Aqui está o produto da lavagem de dinheiro.

Por fim, o que será adquirido com o produto da lavagem será o seu proveito, vale dizer: por exemplo, as ações compradas na bolsa de valores ou mesmo a compra de postos de gasolina serão proveito do branqueamento. Tal silogismo é relevante na medida em que a Lei 9.613/1998, deixa claro a possibilidade da constrição patrimonial dos produtos e proveitos das infrações penais antecedentes.

Nesse contexto, RAMOS³⁰⁴ reforça a concepção pela qual deve haver referência entre o crime antecedente e o delito de lavagem de dinheiro, vale dizer, somente poderão ser objetos de sequestro os bens que tenham relação com o próprio crime, objeto da investigação ou da ação penal. Assim, resta claro a ampliação elencada no artigo 4º da Lei 9.613/1998, ao permitir o sequestro de bens que sejam *“instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”*, isto é, a noção de referibilidade trazida pela lei de lavagem

³⁰³ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaro, Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. - 2ª ed., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 290.

³⁰⁴ **RAMOS**, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 94. Ainda sobre o tema, ver decisão que já reconheceu ilegal o sequestro de bens pela ausência de referibilidade – TJSP, MS 25.916-3 – 4ª Câmara Criminal, j. 27.02.1984. rel. Des. Gonçalves Sobrinho.

envolve tanto ao produto ou proveito da infração penal antecedente, bem como ao produto da própria lavagem.

Também pretende-se demonstrar, ao longo desta pesquisa, que a medida de confisco alargado acaba por ultrapassar a discussão doutrinária acima referenciada, justamente por se revelar um instrumento de ordem pragmática, com pouca abertura para discussões acerca do que pode ou não ser objeto de perda.

5.3. A PROPOSTA DA EXTINÇÃO DE DOMÍNIO.

A pesquisa sobre a proposta da extinção de domínio abarcou os elementos trazidos pelo Professor André Prado de VASCONCELOS³⁰⁵, quando da elaboração de pesquisa para defesa de mestrado em direito comparado pela Universidade *Sanford Cumberland School of Law. Birmingham – Alabama/EUA*, posteriormente publicada no Brasil sob o título: *Extinção Civil de Domínio – Perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos*.

Também recorreu-se a extinção de domínio no direito colombiano³⁰⁶, em vigor desde 1991, já que neste país é recorrente a luta contra o narcotráfico e o enriquecimento ilícito, bem como os motivos e entraves que tornaram o instrumento ineficaz naquele país.

A pesquisa de Vasconcelos tem foco na comparação entre as formas de perdimentos de bens nos Estados Unidos da América e aquelas previstas no direito brasileiro. A didática utilizada por este pesquisador, parte, inicialmente, do histórico do perdimento civil *in rem* nos Estados Unidos, para em seguida tratar desta modalidade de perdimento como um instrumento eficaz contra a criminalidade, já que esta ferramenta é fenômeno relativamente recente nos Estados Unidos. O autor foca seus argumentos de pesquisa nas teorias que subsidiam o confisco quando relacionados, direta ou indiretamente, com uma atividade criminosa.

Em um segundo momento Vasconcelos traz os métodos utilizados no direito americano para o fundamento da perda de bens e realiza uma comparação com as modalidades de resposta possíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

305 VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção Civil de Domínio – Perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

306 TORRES, Jenner Alonso Tobar. *Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia*. Revista Civilizar 14 (26) : 17-38, enero-junio, 2014.

Por fim, como elemento central da pesquisa, Vasconcelos se propõe a estudar a viabilidade em se incorporar tal modelo de perdimento de bens ao Direito brasileiro, adequando-o às nossas limitações constitucionais. Neste quesito, elenca a resolução de casos pela Suprema Corte Americana, para ao final, concluir que é possível, no Brasil, a implementação de uma ação civil de perda de domínio.

É importante pontuar que nossa pesquisa trouxe a reflexão trazida pelo Professor Vasconcelos no intuito de demonstrar, em uma análise inicial, a preocupação compartilhada pelos operadores do direito a respeito da efetiva implementação de instrumentos que proporcionem mais eficácia na repressão e prevenção de crimes praticados por organizações criminosas, notadamente quando o foco não está exclusivamente na pena privativa de liberdade, mas também, em mecanismos processuais de perda de bens.

O passo seguinte, será demonstrar que a utilização do confisco alargado nos delitos de organizações criminosas é medida mais eficaz e célere que a ação civil de perda de domínio.

Inicialmente Vasconcelos trata da perda de bens sobre uma perspectiva histórica nos Estados Unidos, dispondo de três formas: a) o confisco (*deodands*³⁰⁷); b) em razão de condenação criminal; e c) no perdimento criado por lei.

Os *deodands* foram abolidos dos Estados Unidos em 1846, já que tinham como principal função levantar fundos para a Coroa Inglesa. A concepção que vigorava na época era que bens confiscados integravam parte da receita do rei. Com o advento da independência americana e a expansão da sociedade, percebeu-se que o confisco deveria ser revestido de outra função: a reparação das vítimas de acidentes.

O segundo suporte iniciou-se com o confisco de bens imóveis para o senhor feudal inglês – trata-se de um antecedente do perdimento criminal moderno. Quando ocorria um crime, o sujeito era condenado a pena de morte e suas terras eram confiscadas para o senhor feudal. Como o rei inglês era o maior de todos os senhores feudais, acabava se beneficiando diretamente da medida de constrição.

Entretanto, existia um caso específico em que a reprimenda tinha maior peso. Eram os casos de “corrupção de sangue”, neles o réu condenado por traição tinha todos seus bens confiscados e o indivíduo, a partir desta condenação, recebia uma

³⁰⁷ O termo “*deodand*” deriva da frase do latim “*deo dandum*” e significa “dado a Deus”. Um “*deodand*” é uma coisa confiscada, presumivelmente a Deus para o bem da comunidade, mas, na realidade, entregue diretamente para a coroa britânica. VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 7.

pena de caráter perpétuo, consistente em jamais herdar, manter ou transmitir a seus herdeiros, qualquer tipo de propriedade. A Inglaterra aboliu a corrupção de sangue em 1836. Nos Estados Unidos, apesar de conhecerem a medida, nenhuma das treze colônias exerceu o confisco pela “corrupção de sangue”, justamente porque os governos coloniais temiam que os herdeiros de eventual condenado, mudassem de endereço e passassem a residir em outra colônia.

Por fim, a raiz histórica do *perdimento criado por lei* remonta às leis da Corte Marítima, criadas para o confisco de navios e cargas envolvidas em infração alfandegária, em pirataria e tráfico de escravos.³⁰⁸

Em um período historicamente recente, o Congresso Americano promulgou leis de perdimentos de bens relativos a drogas, permitindo o confisco de produtos e da propriedade utilizada para a facilitação da prática do tráfico de drogas. Tais leis foram editadas entre 1978 e 1984.

Por sua vez, já na década de 1990, o perdimento civil foi estendido para a grande maioria dos crimes federais nos Estados Unidos, ressuscitando, na mesma década, o confisco criminal de produtos e da propriedade ligada a atividade criminal. Resultou, portanto, ao Governo Estadunidense, duas possibilidades: perseguir os bens através do confisco criminal ou mediante o perdimento civil do patrimônio ligado a uma atividade ilícita.

Atualmente ambos os sistemas andam juntos, mas de forma independente, bastando apenas ao Governo Americano a prova que a propriedade derivou ou foi usada para cometer ou para facilitar o cometimento de um ilícito, podendo optar pelo confisco criminal quando produto ou propriedade do crime ou pelo perdimento civil nas hipóteses da propriedade ter sido usada para um fim ilícito, ou ainda, pode-se utilizar de ambos os sistemas num mesmo caso, sem que tal procedimento ofenda garantias constitucionais do imputado.

Em âmbito nacional é possível dizer que no Código Penal do Brasil de 1890, havia a previsão de perda de bens, tanto como medida principal como medida de cunho meramente acessória³⁰⁹. A Constituição Federal de 1891 silenciou sobre a pena de confisco. Por sua vez, a Carta de 1934 vedou esta modalidade sancionatória expressamente em seu artigo 113. Já a Constituição de 1937 silenciou sobre o tema,

³⁰⁸ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 12.

³⁰⁹ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>
Acesso em 23/09/2015

ao passo em que o Código Penal de 1940 inovou, passando a tratar da perda de bens como um efeito da condenação criminal (art. 91) e, por esta razão, em ponderação de FERREIRA³¹⁰, a atual perda de produtos, instrumentos e proveito do crime, pressupõe obrigatoriamente uma sentença penal condenatória.

A Constituição Federal de 1946 também vedou expressamente a possibilidade de confisco, possibilitando, apenas, o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito de servidores públicos. Já a Constituição de 1967, fruto do regime militar, continuou proibindo o confisco de bens, tendo a opção nos casos de danos ao erário, tanto praticado por particular como por servidor público. Finalmente, na Carta Magna de 1988, o legislador constituinte autorizou a decretação de perda de bens nos incisos XLV e XLVII, do artigo 5º. Possibilitou, ainda, a perda de terras utilizadas para o tráfico ilícito de entorpecentes e o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de drogas e entorpecentes³¹¹. Recentemente a emenda constitucional nº 81/2014 também autorizou o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo³¹².

Esta previsão constitucional trazida pela CF/88 demonstra que não houve vedação expressa sobre o confisco, pelo contrário, previu o constituinte hipóteses legais de utilização do instrumento.

Assim, quando se sopesa, de um lado, que não houve vedação expressa pelo constituinte de 1988 na utilização do confisco e, de outro, que o próprio constituinte autorizou o confisco em determinadas situações, é crível a conclusão de que é possível que o legislador ordinário trate do assunto, especialmente quando proveniente de atividade criminosa, tanto que o fez recentemente nos casos envolvendo trabalho escravo.

Retomando a análise da normativa norte americana, quatro são as teorias sobre o perdimento de bens no âmbito federal que se destacam: a) Teoria do

³¹⁰ FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e Perda de Bens no Direito Brasileiro**. Campo Grande: Gibim, 2000. p. 119.

³¹¹ Sobre o tema vide estudo específico de: DE SOUSA, João Bosco Medeiros. *Confisco de Terras*. In Direito Agrário Brasileiro. (Coord. Raymundo Laranjeira), São Paulo: LTr.1999.

³¹² Art. 1º - O art. 243 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. **Parágrafo único.** Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei." (NR)

Perdimento de Contrabando; b) Teoria de Perdimento de Produtos; c) Teoria da Facilitação; d) Teoria do Empreendimento.

A Teoria do Perdimento de Contrabando desenvolve-se em duas linhas: o conceito do contrabando *per se* e o *contrabando derivativo*. Quanto ao primeiro, trata-se daquele que a propriedade de um determinado bem é considerada ilegal porque a lei assim a considera, por exemplo, o sujeito que, sem autorização legal, está na posse de substâncias entorpecentes. Tal produto será perdido para o Estado de *per se*, ou seja, pelo simples fato da conduta subsumir-se à previsão legal. O contrabando *derivativo*, por outro lado, é aquele cujo bem, em primeira análise, tem posse legalmente permitida, entretanto, como utilizado com intuito de praticar contrabando, acaba se tornando ilegal por derivação. É o caso, por exemplo, do carro utilizado para transportar a droga³¹³.

A Teoria de Perdimento de Produtos diferencia-se da perdimento de contrabando porque alcança, além da propriedade ligada com a atividade ilegal, todos os juros, dividendos e rendas, incluindo até mesmo a valorização da propriedade. Outro fator que prepondera para esta teoria é o fato do perdimento do bem não precisar estar ligado a um crime em particular, basta a ligação a um crime de maneira geral, vale dizer: não há necessidade de provar que o bem foi comprado diretamente com recursos ilícitos, basta um *standard* de provas – causa provável, previamente previstos em lei – para a vinculação da propriedade com um crime em sentido amplo. A decisão final de perdimento, passa, necessariamente, pelo sistema do ***preponderance of evidence***: não é necessário um juízo de certeza. Para se formar a convicção da decisão exige-se apenas que o julgador demonstre por meio do conjunto probatório disponível as evidências prováveis, aptas a formar uma convicção que o bem deve ser perdido a favor do Estado. Este sistema não tem a finalidade de retirar todas as dúvidas do julgador, apenas o inclina, pelas provas que preponderam, por um lado da balança (***the balance of the probabilities***)³¹⁴.

Por sua vez, a Teoria da Facilitação está relacionada diretamente ao perdimento da propriedade que tenha sido usada ou que tenha o propósito de ser utilizada na atividade criminal. Esta teoria visa transferir maior responsabilidade para os legítimos proprietários, em especial, no cuidado com suas coisas. Vale dizer: os

³¹³ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 26.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

proprietários não podem permitir que seus bens sejam usados para a prática criminosa, devendo se valer de todos os cuidados necessários para tanto.

A Corte Americana em decisão proferida no caso *United States vs Tencer*, 1997 U.S. App. LEXIS 12778, 40-41 (5th Cir. 1997), decidiu que o dinheiro de contas provenientes de lavagem de capitais, recebidos por Tencer em conta corrente, juntando com fundos legítimos os ilegítimos, através de transferências eletrônicas de várias outras contas pelo país, deveriam ser objetos de investigação. Rapidamente, Tencer, antes da decretação de indisponibilidade dos valores, transferiu para outra conta corrente, de modo a tentar esconder a natureza e a origem do crime. Em face de tais provas, o júri decidiu que todo o dinheiro da conta corrente estava envolvido com lavagem de dinheiro e, portanto, sujeito ao confisco³¹⁵.

Por fim, a Teoria do Empreendimento, relacionada diretamente aos bens das organizações criminosas. Um exemplo da utilização desta teoria está no caso *United States vs Cauble*, 706 F 2d 1322, 5th Circuito, 1983, ocasião em que o Governo Americano confiscou uma participação societária de um rancho, incluindo a terra e os bens móveis ali existentes, com o fundamento de que o réu integrava organização criminosa dedicada ao tráfico ilícito de entorpecentes³¹⁶.

Portanto, para fundamentar o perdimento de bens os EUA têm à disposição as quatro teorias acima estudadas, cada uma com utilização específica para um caso concreto enfrentado pelo Tribunal.

A partir destas concepções, Vasconcelos procura trazer casos práticos enfrentados pelo Tribunal Americano, bem como esclarecer qual teoria foi aplicada a cada caso concreto e em seguida demonstrar a possibilidade ou não de aplicação correspondente no Direito brasileiro.

O primeiro caso trata da apreensão de drogas ilegais com um determinado sujeito. Neste caso, aplicando a teoria do perdimento de contrabando de *per se*, o entorpecente é apreendido e, de imediato, se dá o perdimento sem qualquer procedimento formal, permitindo que os agentes do governo a destruam.

No caso brasileiro, para casos como este existe um procedimento formal previsto na Lei 11.343/2006, art. 32: deve haver autorização judicial, mediante prévia

³¹⁵ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 32.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 34.

oitiva do Ministério Público, para a efetiva destruição, a qual, via de regra, se dá por incineração.

Sobre perdimento de bens relacionados com o crime, o direito brasileiro possui apenas a previsão como efeito da sentença penal condenatória, conforme artigo 91 do Código Penal: após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como efeito direto da condenação, perdem-se em favor do Estado os instrumentos e o produto do crime, ou mesmo qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato delituoso.

Portanto, na legislação pátria, os bens perdidos serão aqueles utilizados para a prática do crime, o próprio produto do ilícito, ou o proveito com ele auferido, cujo valor deve corresponder exatamente ao valor do provento/resultado obtido pelo arguido com o crime, nem mais, nem menos. Vimos que no caso *United States vs Tencer*, 1997 U.S. App. LEXIS 12778, 40-41 (5th Cir. 1997), todos os valores contidos na conta corrente de Tencer foram declarados perdidos para o Estado Americano, tanto os ilegítimos, quanto os legítimos. Em relação a estes, justamente porque Tencer não logrou provar que os obteve de maneira lícita dando azo a que, pelo sistema ***preponderance of evidence***, seja lançada a **presunção** de uma construção criminosa de patrimônio – lavagem de dinheiro ou de outros delitos.

Nestes termos denota-se que o modelo americano institui, em certa medida, uma inversão do ônus da prova, para que o titular do bem constricto venha aos autos e prove a sua licitude, que não sabia que o mesmo estava sendo utilizado para fins ilícitos, ou, ainda, que sabendo, tomou todas as medidas concretas para impedir o uso ilegal daquela parcela patrimonial.

Por outro lado, é importante que a lei disponha de requisitos objetivos e específicos para autorizar a inversão do ônus da prova, sob pena de violar o princípio da presunção de culpabilidade e da própria proporcionalidade da pena, quer dizer: o julgador deve analisar o caso concreto, mediante os requisitos legais previamente delimitados, se será ou não necessária a inversão do ônus da prova, bem como se a sanção imposta de perdimento será ou não exageradamente desproporcional à gravidade da ofensa. Se o for, o perdimento terá de ser atenuado na extensão necessária para evitar a violação da cláusula *Eighth Amendment Excessive Fine*

Clause.³¹⁷ Sobre este postulado, vale a reflexão de um caso concreto envolvendo *United States vs Bajakajian*, 524 U.S., 1998³¹⁸.

Neste caso fático, Bajakajian e sua esposa tentaram deixar os EUA com U\$ 357.144,00 em moeda não declarada. Bajakajian confessou e assumiu toda a responsabilidade pelos fatos. Foi autuado pelo crime de sonegação de informações. Levando-se em conta a teoria da facilitação, Bajakajian poderia perder todo o valor em favor dos EUA, caso não provasse a licitude dos bens. Entretanto, em se provando a licitude do dinheiro, como Bajakajian confessou a prática de um crime - o de sonegação das informações - pela teoria da facilitação, seria possível pelo Estado Americano confiscar parte do dinheiro.

Por sua vez, ao se aplicar a cláusula *Eighth Amendment Excessive Fine Clause*, é certo que seria totalmente desproporcional confiscar todo o valor, levando-se em conta a gravidade da infração.

Assim, o Tribunal entendeu por atenuar o valor a ser confiscado em U\$ 15.000,00, além da pena de seis meses de prisão. O que é interessante neste caso, é que o ônus da prova, notadamente sobre a desproporcionalidade de se aplicar a pena sobre a totalidade dos valores em relação à gravidade da infração, coube a Bajakajian através do sistema do ***preponderance of evidence***: provando ele que não é traficante de drogas, não é “lavador” de dinheiro, tampouco integra organização criminosa, ao Tribunal restou ponderar as evidências, comparando o valor do perdimento com a gravidade do crime aos quais os valores estavam relacionados.

Tal fato é importante para reflexão quando trazido para ótica brasileira. Neste case, parece que os fatos encontrariam correspondente adequação típica no crime de evasão de divisas. Assim, provada a origem lícita do dinheiro, é certo que eventual sentença penal condenatória transitada em julgado teria como consequência a perda do proveito obtido pela evasão de divisas³¹⁹, entretanto, não seria possível, legalmente no Brasil, o perdimento dos U\$ 15.000,00, como ocorreu no caso americano, porque não relacionado com atividade criminosa, tampouco instrumento ou produto do crime.

Outro ponto central nesta reflexão está ligado diretamente a duração razoável do processo, direito fundamental no Brasil, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII,

³¹⁷ Veda aplicação, pelos Tribunais, de decisões excessivas, desproporcionais ou incomuns.

³¹⁸ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 87.

³¹⁹ Eventual obrigação tributária no país de origem.

especialmente quando se cogita em medidas assecuratórias, como sequestro, arresto e hipoteca legal.

Nos EUA o tema é tratado pelo título de *promptness*, ou seja, o Estado Americano ao ter o direito de arrestar a propriedade dos cidadãos para fins de perdimento, inclusive sem prévia oitiva do dono, deve ter presteza ao propor, o mais breve possível, a ação de perdimento. A discussão está exatamente aqui: a ação de perdimento deve ser proposta imediatamente ou pode o Estado, em determinadas circunstâncias, retardar tal ajuizamento, mesmo estando na posse do bem?

No caso *United States vs Eight Thousand Eight Hundred & Fifty Dollars in United States Currency*³²⁰, a Suprema Corte entendeu ser razoável o prazo de 18 meses para o Estado Americano ajuizar ação civil de perdimento. O fundamento da decisão está na ponderação de quatro circunstâncias elencadas pelo Tribunal: a) o tamanho do atraso; b) a razão do atraso; c) a exigência dos proprietários de realização de uma audiência para expor seus argumentos; d) o prejuízo aos proprietários em razão da demora.

Ao se pensar no direito brasileiro, tem-se que as medidas assecuratórias patrimoniais e a alienação antecipada são as únicas hipóteses de privação de bens pelo Estado em relação ao arguido. Lembrando que os valores e bens através delas constrictos somente estarão sujeitos à disposição pelo Estado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, antes disso, porém, impõe-se seu resguardo em uma conta bancária específica – para o patrimônio em dinheiro –, sujeita a todos os rendimentos anuais e correções monetárias. É certo que o trâmite de processos penais que envolvem eventuais medidas assecuratórias ou alienação antecipada possuem um rito diverso de processos chamados “comuns”. Por certo que aqueles têm uma demora mais acentuada se comparado com estes. Neste ponto nasce a indagação: o réu não poderia dispor de seus bens se o Estado não lhe dá uma resposta jurisdicional num tempo razoável? Não estaria o Estado violando um direito fundamental encartado na Constituição Federal?

Por esta e outras razões que a pesquisa ora apresentada pode ganhar relevância, já que, como se perceberá adiante, visa mitigar ou mesmo aniquilar a “violação” ao direito fundamental da duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³²⁰ VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção Civil de Domínio* / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 143.

Outro ponto central na pesquisa de Vasconcelos está na consideração de que o direito americano, inicialmente, tinha preocupação direta com a propriedade, isto é, uma vez ilegal, poderia ser objeto de perdimento. A partir de casos envolvendo pessoas que desconheciam que suas propriedades estavam sendo utilizadas para fins ilícitos, ainda que tomada todas as precauções devidas, iniciou-se uma reflexão se era ou não justo que o terceiro inocente perdesse seus bens. O tema é tratado pela cláusula ***The Innocent Owner Exemption***, ou seja, a isenção de punição a proprietários inocentes.

Esta concepção começou a evoluir em um caso emblemático no Estados Unidos. O caso *Bennis vs Michigan*, 516 U.S. 442, 1996³²¹ trata do uso de um carro pelo senhor Bennis para apanhar uma prostituta. Neste caso a Corte entendeu que poderia ser perdido o carro, mesmo sendo ele de propriedade da senhora Bennis, uma senhora inocente em que todos concordavam não teria consentido que seu marido utilizasse o veículo para aquele fim particular.

Ao que se vê, o perdimento de bens, no direito americano, além de ter uma função compensatória, também preocupa-se em desencorajar o mau uso da propriedade, criando uma espécie de transformação cultural coletiva, obrigando que os proprietários sejam vigilantes em relação ao uso da sua propriedade, levando sempre o seguinte aviso: não se pode alegar que é terceiro inocente se não foi tomada as medidas de cautelas necessárias para o uso lícito da propriedade.

Deste case a premissa da isenção do proprietário inocente ganhou novos contornos, permitindo que o terceiro inocente prove primeiro, o requisito temporal, isto é, que tinha interesse na propriedade ao tempo do seu uso na atividade ilícita, bem como que não sabia da conduta que deu origem ao perdimento ou, sabendo da possibilidade da tal conduta, fez tudo o que dele se podia esperar naquelas circunstâncias, para impedir o uso indevido da propriedade³²². O interessante é que a Corte Americana também exige que o conhecimento da ilicitude do uso da propriedade abarque a cláusula ***willful blindness*** (cegueira deliberada).

Quando se pondera a premissa americana da isenção do terceiro inocente com o direito brasileiro, é essencial que nos dois sistemas, o sujeito esteja de boa-fé, já que tanto no direito anglo-saxão como no *civil law*, tal requisito funciona como parte

³²¹ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 161.

³²² *Ibidem*, p. 165.

da comprovação de que, naquelas circunstâncias que se deu o perdimento, era um terceiro inocente. É dizer: o sujeito deve comprovar que agiu sem dolo, certo que estava praticando seu ato em conformidade com a lei.

Portanto a premissa da nova política criminal internacional de inversão do ônus da prova em determinadas modalidades criminosas, não sofreria violação no direito pátrio, por duas razões: primeiro porque não há vedação expressa pela sua proibição e segundo, considerando que todos os princípios podem sofrer mitigações, quando em colisão com outros, não haveria problema ao se ponderar o princípio do *indúbio pro réo*, o qual exige que a acusação construa a prova da subsunção típica objetiva e subjetiva do acusado para legitimar a condenação, com o princípio da verdade real, que procura trazer aos autos a realidade fática, circunstâncias e elementares que integraram o antes e o durante a sua execução, no caso ora tratado, especificamente, a prova da boa-fé do sujeito, até porque se exigisse do Estado a contraprova, ou seja, que o sujeito agiu de má-fé, seria uma prova absolutamente impossível de se buscar, porque integra o elemento volitivo e intelectual do próprio sujeito. Neste tópico vale a ponderação de Vasconcelos: “*não há regra que vede que a presunção de boa-fé, por exemplo, no Código Civil, sofra ligeira contração, fundamentada numa política criminal de combate à criminalidade*”³²³

Determinado grau de inversão do ônus probatório é imprescindível para que se possa perseguir com eficiência os ativos relacionados à prática de crimes. Dada a especialização dos agentes criminosos e seu acesso a diferentes instrumentos técnicos de transferência de valores, seja de alocação bancária, seja de ocultação da real pessoa de seu proprietário – por exemplo, modificando rotineiramente os titulares das propriedades, visando evitar o perdimento dos seus bens ou acaso este ocorra, oportunizar a alegação de que era um terceiro inocente – a atuação Estatal se vê seriamente prejudicada.

Portanto, não se vislumbra óbice na inversão do ônus da prova quando o Estado se utiliza de medidas assecuratórias no curso de uma investigação ou de ação penal. Tal possibilidade já vem sendo permitida em direito processual penal no Brasil, entretanto, serve apenas para o levantamento do sequestro. Ao final, cumpre ao Ministério Público comprovar a origem ilícita do bem para a sua total disponibilidade

323 VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção Civil de Domínio* / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 173.

pelo Estado. Neste ponto, especificamente, nossa proposta de tese pretende avançar, como se pretende demonstrar adiante.

Por fim, VASCONCELOS³²⁴ demonstra as três principais teses abarcadas pela defesa em casos envolvendo perdimentos de bens no direito americano: a insuficiência de nexos, ou seja, provas de que a propriedade não estava envolvida com atividades ilegais; **defesa da fonte legítima**, cabendo ao réu apresentar afirmativa de que o bem arrestado/sequestrado é oriundo de forma independente e que, portanto, não está ligado à atividade criminosa. Neste caso, obviamente que o ônus da prova recai sobre o arguido; e derradeiro, a **defesa do proprietário inocente**, como visto alhures.

Em conclusão, pactuamos com o posicionamento de Vasconcelos de que o perdimento civil de bens é duro no fim que se propõe, mas não ultrapassa os limites da constitucionalidade no que se refere ao núcleo duro indisponível dos direitos fundamentais.

Por outro lado, no que se refere à medida de extinção de domínio aplicada na Colômbia, medida criada constitucionalmente em 1991³²⁵, denota-se que trata de uma ação constitucional, de natureza autônoma, sem necessidade de se perquirir em responsabilidade penal do sujeito, portanto, não se busca aplicar uma pena contra a pessoa, mas sim de destruir a aparência legal que recai sobre o direito de domínio de um bem de origem ilegal³²⁶.

O tratamento legislativo da extinção de domínio na Colômbia passou por diversas modificações legislativas,³²⁷ culminando em 2014 com a elaboração do Código de Extinção de Domínio (CED).

Com relação às críticas, as mais contundentes vão desde a ineficiência prática do instrumento até a sua inconstitucionalidade. Em relação a inconstitucionalidade, o que se alega, é a falta de competência de juiz criminal em atuar em uma medida de cunho estritamente civil. A Corte do Tribunal Colombiano entendeu que o constituinte não definiu competência ao instituir a extinção de domínio, deixando esta tarefa ao

³²⁴ VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio** / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 286.

³²⁵ O constituinte colombiano em 1991 estabeleceu no artigo 34 da Carta Magna Colombiana a possibilidade da extinção de domínio, por sentença judicial, sobre os bens adquiridos por enriquecimento ilícito.

³²⁶ TORRES, Jenner Alonso Tobar. **Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia**. Revista Civilizar 14 (26) : 17-38, enero-junio, 2014. p. 22

³²⁷ Inicialmente com a Lei 333/1996, a qual regulamentou os aspectos procedimentais da medida. Após duas leis procederam alterações pouco significativas - Lei 793/2002 e a Lei 1453/2011. Por sua vez, a Lei 1708 que entrou em vigor em 20/07/2014, elaborou-se o Código de Extinção de Domínio (CED).

legislador ordinário, o qual, por sua vez, incumbiu a Fiscalía General de la Nación³²⁸, não havendo, segundo a Corte, inconstitucionalidade na medida.

No que pertine a ineficiência prática, as críticas são direcionadas ao conteúdo da extinção de domínio, isto é, entendem que a medida é um instrumento mascarado de confisco, neste sentido vai MATOMA³²⁹. Para este autor, seria a utilização pelo Estado colombiano de uma ação reivindicatória, segundo ele: *“el propietario puede recuperar la propiedad adquirida por medios ilegales”*.

Assim, para o exercício da ação reivindicatória o sujeito deve ter propriedade plena e absoluta sobre a coisa que vai reivindicar. Desta forma, o Estado colombiano, por ser somente proprietário do subsolo e dos recursos naturais, (Constituição da Colômbia³³⁰ art. 332) não tem competência para postular em juízo em face de bens que consideram ilegítimos, por isso, segundo o autor mencionado, *“estima que se consagra una forma de confiscación”*.

Outra crítica contundente sobre a extinção de domínio no direito colombiano, diz respeito aos escassos resultados que tem demonstrado durante os vinte e quatro anos que está em vigência. As principais falhas da medida se deram em valiosas propriedades importantes de narcotraficantes colombianos, como Pablo Escobar, Iván Urdinola Grajales, Hélder Herrera, entre outros³³¹.

A questão, segundo TORRES³³², está na falta de gestão e desburocratização da medida. Em 2005, por exemplo, foram apreendidos na Colômbia 3.376 bens e, somente sobre 170 deles houve a extinção de domínio. Destes bens, 1.206 foram devolvidos aos seus detentores, sendo que, quanto aos outros 2.000, não existia informação do estado jurídico do bem.

Outro ponto nevrálgico, segundo TORRES³³³, está no alto índice de corrupção dos funcionários da Dirección Nacional de Estupefacientes da Colômbia, seja alterando os valores reais dos bens apreendidos e destinados a extinção de domínio ou ainda ao sumiço de muitos deles.

328 TORRES, Jenner Alonso Tobar. **Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia**. Revista Civilizar 14 (26) : 17-38, enero-junio, 2014. p. 28

329 MATOMA, Alfonso Trilleras. **La Acción de Extinción de Dominio: Autonomía y Unidad en el Ordenamiento Jurídico Colombiano**. Bogotá, 2009. Acesso em 23/09/2015.

Disponível em: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8728/1/694728.2009.pdf>

330 Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constituicao-de-colombia/582/> Acesso em 23/09/2015.

331 TORRES, Jenner Alonso Tobar. *Op. cit.* p. 31

332 *Ibidem*, p. 32

333 *Ibidem*, p. 33

Portanto, o que se percebe é que o instrumento de extinção civil de domínio em si, não encontra muitas falhas de ordem substancial, além de ser uma importante medida de combate à criminalidade organizada e ao narcotráfico de drogas na Colômbia. A questão foge mais da alçada jurídica e adentra na gestão administrativa, ou seja, a necessidade está na destinação dos bens de forma eficaz, evitando assim que os mesmos se deteriorem ou possam ser alvos de corrupção. Recentemente a Colômbia editou a lei 1708/2014, a qual busca, em um primeiro momento, solucionar estes entraves de gestão administrativa.

No que pertine às diferenças entre os institutos jurídicos - extinção de domínio e confisco alargado de bens, cabe ressaltar alguns pontos:

i) A extinção de domínio tem como objeto a perda dos direitos de propriedade de um bem e o confisco alargado tem como objeto todos os bens que não tiveram sua licitude comprovada, os quais se presumem serem provenientes da prática de outros delitos;

ii) Em relação aos bens afetados, a extinção de domínio afeta os instrumentos ou produtos de um ilícito, assim como os bens utilizados por um terceiro para a prática de um ilícito, salvo se comprovado pelo arguido a defesa de proprietário inocente. O confisco alargado, a seu turno, afeta os bens do arguido³³⁴, inclusive de pessoas ligadas a ele ou de interpostas pessoas físicas ou jurídicas.

iii) Sobre o procedimento, a ação civil de extinção de domínio é autônoma e de caráter civil. O confisco alargado como se propõe³³⁵, é também medida autônoma em relação ao processo penal, apesar de depender deste para seu impulso inicial e por possuir características civilistas para seu trâmite posterior;

iv) Com relação à defesa, na ação civil de extinção de domínio o sujeito deve provar a origem lícita do bem para evitar a medida constritiva, por sua vez, no confisco alargado o sujeito tem uma maior amplitude de provas, o que favorece o princípio constitucional da ampla defesa, já que além de poder provar a origem do bem, pode também provar a ausência do requisito temporal ou ainda a ausência de um dos requisitos alternativos³³⁶, exigidos para a efetivação da medida.

³³⁴ O sujeito somente atinge a condição de arguido quando condenado em segunda instância por um dos crimes previstos em rol taxativo.

³³⁵ Propõe-se o confisco alargado como medida *sui generis*. Ver tópico sobre natureza jurídica do confisco alargado – capítulo 6.

³³⁶ Ver proposta *lege ferenda* ao final desta pesquisa

v) Por fim, um ponto crucial que difere as medidas está na possibilidade de alienação antecipada dos bens, especialmente para evitar sua deterioração ou nos casos em que não há como acomodar referido bem. Na extinção de domínio, enquanto tramita o procedimento não há como alienar os bens, diferente do confisco alargado que, já na sentença de segunda instância ou antes mesmo dela, através de medidas assecuratórias (por exemplo, através do sequestro), pode o juiz autorizar a sua alienação antecipada, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado³³⁷ do crime que o impulsionou para a efetiva disponibilidade do capital, já que o instrumento é autônomo e independente do crime antecedente que o motivou.

Derradeiramente, mantemos nossa posição sobre a impossibilidade da medida de extinção civil de domínio atingir bens que sejam presumíveis de crimes, questão esta que o confisco alargado não deixa de atacar, como veremos no decorrer deste trabalho.

Assim, pensamos que a proposta de extinção de domínio de bens, se aplicado ao direito brasileiro, acaba por ser um instrumento muito mais paliativo de política criminal do que realmente útil no enfrentamento dos crimes complexos, praticados no marco de uma organização criminosa.

A extinção civil de domínio não seria um modelo apto a alterar o senso comum de que o crime praticado pelos detentores do poder não são exemplarmente punidos, notadamente quando as práticas envolvem dinheiro e corrupção pública, tampouco desestimulará os autores na sua consecução.

É producente, em especial sobre o ponto de vista acadêmico, consignar que países como a Alemanha já vêm enfrentando as organizações criminosas de poder há muitos anos, através de instrumentos de perda de bens que não guardam semelhanças com a extinção de domínio, justamente porque a origem deste sistema está, como visto, no Direito Anglo-Saxão – Estados Unidos.

Por certo que a extinção de domínio é um modelo importante para fazer frente às práticas criminosas envolvendo fraudes com o dinheiro público, mas não é um sistema eficaz, completo, é apenas parcial, razão pela qual, ratifica-se que o confisco alargado acaba por suprir eventuais falhas da extinção de domínio, conforme se demonstrará a seguir.

337 As únicas sentenças judiciais que fazem efeito no confisco alargado são a inexistência da autoria ou atipicidade do fato – ver proposta de *lege ferenda* ao final.

Por argumento, a análise do sistema de extinção civil de domínio, no presente trabalho, não se deu com a simples finalidade de informar acerca da existência deste procedimento. Ao contrário, a pertinência do tema está umbilicalmente relacionada à possibilidade real de sua incorporação à realidade brasileira.

O projeto de lei 856/2015, encaminhado à Presidência da República, em 18 de março de 2015, em conjunto pela Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e Ministério da Justiça, tem como escopo a criação da ação civil pública de extinção de direito de posse ou propriedade e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens ou valores de qualquer natureza que sejam produto ou proveito de atividade criminosa, improbidade administrativa ou enriquecimento ilícito.

Segundo o documento EMI nº 00039/2015-MJ-AGU-CGU³³⁸, tal iniciativa se encontra respaldada em compromissos firmados pelo Brasil perante foros internacionais, como a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional), promulgada por meio do decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e à Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), promulgada pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A proposta prevê quatro hipóteses em que serão objetos da ação civil de extinção de domínio: (i) Nos casos que os bens, direitos ou valores sejam procedentes, direta ou indiretamente de atividades criminosas ou de atos de improbidade administrativa; (ii) Quando relacionado ou tenha sido utilizado como instrumento para a realização de atividade criminosa ou improbidade administrativa; (iii) Quando tiver origem de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos pelas duas hipóteses anteriores; (iv) Por fim, nas hipóteses em que houver incompatibilidade com a renda do arguido ou a evolução do seu conjunto patrimonial e não tenha comprovação de origem lícita.

Assim, denota-se que o projeto de lei tem uma premissa central, estampada em seu artigo 1º: a ação civil pública de extinção de domínio incide somente sobre os produtos ou proveitos de atividade criminosa, de ato de improbidade administrativa e de enriquecimento ilícito. Ora, em relação aos produtos e proveitos de atividade criminosa o artigo 91 do Código Penal³³⁹ já dispõe sobre o efeito da sentença penal

³³⁸ Ofício que encaminhou a proposta legislativa para a Presidência da República.

³³⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; 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.

condenatória, determinando a perda em favor da União dos bens relativos aos instrumentos, produtos e proveitos com a prática do fato criminoso, ou seja, neste tópico, especificamente, o projeto de lei em nada inova no sistema jurídico penal pátrio.

Por sua vez, o artigo 2º do referido projeto, elenca um segundo pressuposto, isto é, a extinção do domínio será declarada nas hipóteses que o bem, direito ou valor tenha origem de atividade criminosa, seja realizado como meio ou instrumento para a realização da atividade criminosa, proceda de negócios jurídicos ou permutas que sejam relacionados diretamente ou indiretamente com a atividade criminosa e por fim, nos casos em que o bem, direito ou valor seja incompatível com a renda ou a evolução do patrimônio do investigado.

Pois bem, novamente pouco se propôs de reforma, praticamente repetindo a primeira premissa do *caput* do artigo 1º, isto é, o legislador insiste em um desdobramento jurídico já existente e pouco produtor.

Como visto anteriormente, os conceitos de instrumento, produto e proveito direto e indireto da prática criminosa, foram amplamente discutidos e clareados. Por certo que as hipóteses do artigo 2º, do projeto de lei em análise, trata de instrumentos, ou de produto, ou ainda de proveito direto ou indireto da atividade ilícita, portanto já passíveis de perda em favor da União.

Sobre a possibilidade de extinção de domínio sobre bens, direitos ou valores que guardem relação com atos de improbidade decorrente de enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da administração pública, a Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, já prevê hipóteses de perda de tais valores³⁴⁰.

Ressaltando que nos casos de desproporção entre a renda formal e o patrimônio do servidor público, é presumível como ilícito, cabendo ao servidor à prova da sua origem lícita³⁴¹.

Portanto, poder-se-ia ponderar que a inovação trazida pelo projeto de lei, que visa em primeira análise combater a corrupção, está na possibilidade de aplicar a

³⁴⁰ Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

³⁴¹ **LOPES**, Hely Meirelles. Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo, 2012. p. 563.

extinção de domínio em casos de acúmulo patrimonial decorrente de atos ilícitos outros além da improbidade administrativa, isto é, podendo envolver diretamente particulares, ainda que a Lei ° 8.429 de 02 de junho de 1992, também tenha previsto incidência contra particulares, mas, neste caso, sempre que o dano tenha alcançado a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Então, poderia, por exemplo, ser ajuizada ação civil pública de extinção de domínio contra um sujeito que tenha praticado crimes de pornografia infantil e tenha amealhado patrimônio não condizente ou não proporcional com sua renda lícita e formalmente conhecida.

Outro fato que também soma no combate a criminalidade organizada está na possibilidade da declaração da extinção de domínio independentemente da responsabilidade civil ou criminal, bem como na sua não vinculação com o desfecho das ações civis ou criminais, ressalvada as sentenças penais absolutórias que reconheçam a inexistência do fato ou negativa de autoria.

Portanto, sem pretender esgotar o tema, já que não é o propósito desta pesquisa, a ação civil de extinção de domínio, nos moldes propostos pelo projeto de Lei nº 856/2015, tem o seguinte desdobramento: é ajuizada no local do fato ou do dano, podendo ser proposta na situação dos bens ou no domicílio do réu, nos casos onde não é possível a identificação do local do fato ou do dano.

Os legitimados ativos são os constantes do artigo 4^o³⁴² da proposta de lei, podendo o juiz indeferir a petição inicial se convencido da inexistência de indícios suficientes do fato sobre o qual se funda a ação, ou seja, a demanda deve estar vinculada sempre a atos de improbidade administrativa ou a práticas criminosas ou ainda com atos de enriquecimento ilícito.

A lei também prevê a possibilidade de o juiz conceder medidas de urgência,

³⁴² Art. 4º A ação será proposta por: I - Advocacia-Geral da União ou Ministério Público Federal, quando a atividade ilícita a que os bens estiverem ligados lesar o interesse, o patrimônio ou o serviço da administração pública federal, direta ou indireta; II - Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando a atividade ilícita a que os bens estiverem ligados lesar o interesse, o patrimônio ou o serviço da administração pública, direta ou indireta, estadual, distrital ou municipal; e III - Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses não contempladas no inciso I.

específicas do CPC, para garantirem a eficácia do provimento judicial.

Recebida a inicial, o réu terá quinze dias para contestar.

Uma vez realizada a apreensão do bem, o juiz poderá deliberar sobre sua alienação antecipada, sempre que os bens estiverem sujeitos a deterioração ou depreciação ou ainda quando houver dificuldade para sua manutenção ou custódia.

Julgado procedente o pedido o juiz determinará as medidas necessárias para à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores para a União ou para a unidade da federação, conforme o caso.

Denota-se, portanto, que a lei não dispõe sobre eventual possibilidade de recurso desta decisão judicial de primeira instância, entretanto, consta expressamente do artigo 17 do referido projeto a possibilidade de se aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil e a Lei 7.347/1965 (disciplina a ação civil pública), isto é, caberá, portanto, da decisão que decreta a extinção de domínio, apelação e os recursos subsequentes, levando-se em conta a personalidade de cada via recursal.

Assim, reforçamos o entendimento de que a proposta que ora se apresenta nesta pesquisa, através do confisco alargado, cataloga mais elementos jurídicos que podem possibilitar uma luta mais eficaz contra a criminalidade praticada por atores em um marco de uma organização criminosa, em especial nos casos envolvendo bens presumíveis serem oriundos de atividades ilícitas, sem que esta concepção atente contra o núcleo duro indisponível das garantias constitucionais.

5.4. PESQUISA EMPÍRICA – ANÁLISE PRÁTICA DO USO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS E DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES EM CASOS DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE CAPITAIS.

Na tentativa de adaptação às mudanças, é imprescindível que se lance mão de institutos jurídicos de forma pioneira, ousada e inovadora, no intuito de possibilitar uma análise dos caminhos já trilhados e formas de se evitar os entraves enfrentados, tendo como norte que a crítica somente encontra seu verdadeiro sentido a partir da colocação de seus elementos no mundo concreto, nos moldes proposto por HANNA ARENDT³⁴³.

³⁴³ “(...) a experiência fundamental que existe por trás da inversão de posições entre a contemplação e a ação foi

Para tanto, é imprescindível desvencilhar-se da comum prática dos operadores do direito, em geral, da crítica no campo filosófico-teórico. A resposta para aqueles que desafiam a ordem jurídica e econômica vigente não pode ter como foco apenas o “mundo das idéias”, há necessidade de ir além, de uma análise empírica da realidade, especialmente a efetividade das medidas que visam o confisco de bens e valores na posse de criminosos no exterior, fazendo com que a expressão “o crime não deve compensar” tenha cunho valorativo e disseminado.

Nesse sentido, o caminho apto a proporcionar resultados efetivos é, sem dúvidas, a pesquisa empírica.

Debruçar-se na análise de autos de processos que tramitam ou já tramitaram envolvendo o sequestro de bens ou repatriação de ativos é essencial, especialmente para se identificar e superar as dificuldades e os pontos positivos na cooperação jurídica a fim de se operacionalizar o combate à criminalidade organizada, já que esta não encontra limites territoriais.

É com o objetivo de avaliar os critérios operacionais, que se sugere a análise de dois³⁴⁴ casos práticos, demonstrando, de uma forma geral, as benesses e os problemas que surgem no dia-a-dia de um processo de sequestro de bens no exterior, visando à repatriação das somas obtidas.

Para que os dados obtidos retratassem o mais próximo possível da realidade, foi realizada uma parceria com autoridades judiciárias que tratam de casos complexos envolvendo sequestro e repatriação de grandes valores ou bens. Entretanto, a fim de preservar o sigilo necessário para o prosseguimento destes processos, os elementos e circunstâncias que poderiam identificar os sujeitos envolvidos serão substituídos por nomes fictícios.

O primeiro caso envolve um dos maiores antagonistas do Estado brasileiro, sujeito condenado pela justiça pátria no âmbito da Justiça Federal e Estadual em diferentes entes da federação e pelos mais diversos tipos penais. Fernandes, como

precisamente que a sede humana de conhecimento só pode ser mitigada depois que o homem depositou sua fé no engenho das próprias mãos. Não que o conhecimento e a verdade já não fossem importantes, mas só podiam ser atingidos através da ação, e não da contemplação (...). As razões para que confiasse no fazer e se desconfiasse do contemplar ou observar torna-se ainda mais fortes após o resultado das primeiras pesquisas ativas (...)” ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 303.

³⁴⁴ O intuito é demonstrar a praticidade de um modelo em detrimento de outro. Como o foco da pesquisa não está no estudo da cooperação jurídica internacional, entendeu-se que dois casos concretos seriam suficientes para a demonstração de ambas realidades, ainda que não metodologicamente satisfatórios.

será aqui denominado, é um dos líderes de uma das maiores organizações de tráfico de drogas do país.

Feita esta apresentação passamos a avaliar o que interessa em meio a esta gama de delitos.

Após uma de suas condenações, Fernandes sofreu mandados de busca e apreensão decretados em face de diversos locais de sua propriedade e de interpostas pessoas ligadas às atividades ilícitas por ele exercidas.

Em assim sendo, foram efetivadas diversas diligências, com cumprimento de busca na sua residência, nas residências de comparsas, namorada, além do escritório de seu contador.

Diversos bens foram encontrados e apreendidos, porém o que mais chamou a atenção foram os elementos que indicam que Fernandes seria o proprietário de “*Sol del Mar*”, uma fazenda de dimensões exorbitantes, aproximadamente 34.000.000 ha, no interior do Paraguai.

Dentre as provas encontradas estão os livros apreendidos junto ao escritório do contador do traficante, indicando a relação de animais da fazenda, assim como um mapa detalhado da propriedade.

Já na residência da namorada, foram localizados os extratos de pagamento de funcionários, um plano para aquisição de aves e a relação de bens presentes em “*Sol del Mar*”. Ainda foi apreendida, junto à casa de um dos elementos ligados a organização criminosa e que seria uma espécie de “braço direito” de Fernandes, uma nova lista de animais.

Como se já não houvesse provas suficientes, em monitoramento telefônico, autorizado pela Justiça Federal, nas conversas realizadas entre o traficante Fernandes e seu filho, aquele é identificado negociando o pagamento de funcionários e tratando de questões cotidianas da fazenda.

Entretanto, em consulta aos sistemas locais no Paraguai, desvelou-se que a propriedade “*Sol del Mar*” estaria, em verdade, em nome de José Sol, um testa de ferro encarregado de auxiliar Fernandes em suas operações no Paraguai. Em posse de tais informações iniciou-se uma cooperação policial internacional³⁴⁵ para

³⁴⁵ A cooperação policial internacional é de suma importância para a aplicação das teorias de um espaço penal comum e de um projeto internacional de investigação. Em contrapartida deve respeitar os princípios fundamentais e os limites investigativos de modo a calcar-se nos princípios do estado democrático de direito. Cf. **AMBOS**, Kai. **La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos**. 13ª ed. Bogotá, DC - Colombia: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.

averiguação *in loco* dos fatos e dos indícios encontrados. Para tanto foram contatadas as autoridades paraguaias e de pronto novos fatos foram apresentados, dentre os quais uma pista de pouso – localizada na mesma fazenda “*Sol del Mar*”, de aproximadamente mil metros de comprimento e cinquenta metros de largura – a qual teria sido utilizada por Fernandes para o tráfico aéreo de drogas entre as fronteiras do Brasil e Paraguai.

Existiam, junto à polícia paraguaia, informações de que a referida pista teria sido utilizada para o pouso forçado de uma pequena aeronave que apresentou defeitos e estava transportando uma quantidade considerável de cocaína. Fernandes, então, fez o envio de uma segunda aeronave que teria saído do Brasil para o resgate do piloto e de sua carga, sendo novamente utilizada a pista de pouso de Sol del Mar para se efetivar a operação. A primeira aeronave foi destruída e, em decorrência de busca e apreensão, realizada meses depois, foi encontrada inteiramente queimada na propriedade. Com base nestas informações, foi instaurado um processo de confisco especial³⁴⁶ de bens visando a alienação antecipada e a repatriação de valores e bens de propriedade de Fernandes, localizados no Paraguai, fundamentando-se, principalmente, em tratados e convenções ratificados por nosso país.³⁴⁷

O processo teve como objetivo primário o confisco da fazenda “*Sol del Mar*”.

O magistrado responsável pelo caso, em uma decisão de mais de duzentas laudas³⁴⁸, utilizando-se de fundamentação pioneira, lançando mão de princípios

³⁴⁶ Confisco com fundamento na Lei 11.343/2006 e nos tratados internacionais de combate ao tráfico ilícito de drogas

³⁴⁷ Decreto nº 5015 de 12 de março de 2004 - convenção das nações unidas sobre crime organizado transnacional. **Artigo 12** - Confisco e apreensão: **1.** Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco: a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto; b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção. **2.** Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, para efeitos de eventual confisco. **3.** Se o produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens, estes últimos podem ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, em substituição do referido produto. **4.** Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados. **5.** As receitas ou outros benefícios obtidos com o produto do crime, os bens nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado podem também ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma forma e na mesma medida que o produto do crime.

³⁴⁸ Considerando que o processo tramita em segredo de justiça, não se dispõe de elementos específicos que integram ou fundamentam referida decisão judicial.

constitucionais e normativos internacionais, apresentou justificadamente a possibilidade e a necessidade de se efetivar o confisco³⁴⁹.

Referida decisão, juntamente com as devidas traduções para o espanhol, realizadas por técnicos juramentados, foi encaminhada ao Departamento de Recuperação de Ativos³⁵⁰ – DRCI – junto ao Ministério da Justiça.

Após uma criteriosa análise, o dossiê foi enviado à Suprema Corte paraguaia. O caso, então, foi encaminhado à comarca onde fica localizada a fazenda, iniciando-se aí os primeiros entraves e dificuldades. Foi nomeado para o processo um promotor de justiça paraguaio e foram expedidos mandados de busca nas dependências de “*Sol del Mar*”. Nas diligências foram localizadas a aeronave queimada de propriedade de Fernandes, assim como diversos tipos de armamentos. Também foram encontrados novos fundamentos, ainda mais fortes e veementes, a justificar a necessidade da decretação do confisco.

Entretanto, em uma interpretação atrasada em relação aos princípios que regem as relações internacionais, ditames do combate ao crime transnacional e tendências globais de cooperação jurídica internacional, o Promotor de Justiça paraguaio emitiu parecer³⁵¹ no sentido de que não seria possível a consolidação do confisco de “*Sol del Mar*” em razão da ausência de um elemento essencial para sua efetivação, qual seja: a propriedade não estava registrada em nome de Fernandes, e sim em nome de José Sol. Nos termos de uma interpretação literal e na esteira do que sustentado pelo representante da acusação neste caso, somente a instalação de uma investigação preliminar ou ação penal em face de José Sol poderiam legitimar o confisco da fazenda mencionada.

Ora, acreditar que os bens adquiridos em decorrência do tráfico de drogas estarão em nome do “chefe” da organização, seria ingenuidade de qualquer agente responsável pela *persecutio criminis*. É precisamente a dissimulação da verdadeira identidade do proprietário do patrimônio ilícito, o expediente mais empregado pelas estruturas delitivas de poder, especialmente para resguardar os ganhos obtidos com o empreendimento delituoso e, com isso, dificultar ao máximo a obtenção de prova

³⁴⁹ Artigo 5º e 6º do decreto nº 154 de 26 de junho de 1991 – Convenção de Viena de 1988 Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

³⁵⁰ Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. O DRCI, por meio de sua Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos, desempenha importante papel na atividade estatal de recuperação de ativos de origem ilícita.

³⁵¹ Considerando que o processo tramita em segredo de justiça, não se dispõe de elementos específicos que integram ou fundamentam referido parecer ministerial.

direta capaz a construir o nexa causal entre cada membro da organização aos bens e valores daí auferidos.

Por esta razão, na maioria dos casos, as autoridades judiciais e membros do ministério público³⁵², se valem de provas indiciárias³⁵³, perfeitamente aptas para este fim³⁵⁴.

Neste contexto, vale a reflexão de BLANCO CORDERO³⁵⁵, em que o confisco dos bens originado do tráfico de drogas é algo perfeitamente possível, já que as provas indicam neste sentido – perda do instrumento ou produto do tráfico de drogas, por isso os tribunais entendem que não se pode exigir uma prova similar para a perda de bens na lavagem de dinheiro, senão que se tem que recorrer a uma prova indiciária³⁵⁶, única possível de ser feita nesta espécie de delito.

Mesmo sem saber como se dará o desfecho do caso apresentado, é inegável que as inovações apresentadas no campo da cooperação jurídica internacional são expressivas e representam um avanço nas formas de se operar o direito, alterando significativamente os conceitos e idéias que se tem sobre a *persecutio criminis* e da aplicação da norma penal.

É certo que referido processo apresenta todos os requisitos formais de uma cooperação jurídica internacional propriamente dita, ou seja, envolve não só as justiças locais, mas também os órgãos centrais e as autoridades máximas dos Estados envolvidos e estão em perfeita sintonia com os tratados e convenções internacionais que regem o caso, notadamente a preservação em ambos os países dos princípios constitucionais e das garantias individuais dos envolvidos.

352 Sobre o tema prova indiciária Cf. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Lógica das provas no processo**, as provas diretas, indícios e presunções. Livraria do Advogado Editora. 1ª edição. 2015.

353 CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**. – Barueri, SP: Manole, 2004. p. 91.

354 Sobre a conformação legal e principiológica desta afirmação, remetemos o leitor a uma construção científica específica: LINHARES, Sólon Cícero. **O branqueamento de capitais, a prova indiciária e os princípios da legalidade e ampla defesa**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun. 2010.

355 BLANCO CORDERO, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 96.

356 Ver a reflexão de AGUADO, Teresa. A autora trata da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol sobre prova indiciária: “*Sentado lo anterior, em el presente caso, tanto la Sentencia de instancia como la de casación explican suficientemente las razones por las que se considera acreditado que los bienes decomisados eran propiedad del recurrente y se adquirieron con el producto obtenido de la venta de estupefacientes, lo que justifica el comiso de los mismos, conforme a lo previsto tanto em el art. 127 del Código penal (CP) com específicamente em el art. 374 CP y ello a través de una clara prueba indiciaria*” (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ8) em CORREA, Teresa Aguado. Comiso: **crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 30.

Por fim, depreende-se da tramitação do referido processo de confisco de bens no âmbito transnacional que a cooperação jurídica internacional precisa estar cada vez mais presente na realidade forense, porém devido à sua baixa regulamentação e burocratização procedimental, é preciso que ela passe por profundas adaptações e inovações a fim de se alcançar a efetividade e a celeridade que se espera de um processo de tamanha importância³⁵⁷.

Com o intuito de ilustrar ainda mais a possibilidade de cooperação efetiva entre dois sistemas jurídicos distintos visando à otimização da eficiência, repatriação de ativos e o combate à criminalidade organizada, passamos a explorar um segundo caso prático que, diferentemente do primeiro, não partiu de autoridades brasileiras, mas da Promotoria do Estado de Nova York, nos EUA.

Neste caso, foram localizados e presos no exterior quatro cidadãos brasileiros que praticavam condutas criminosas contra o sistema financeiro, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

Tais sujeitos agiam de forma a inserir na economia americana, dinheiro evadido do sistema financeiro brasileiro, através de empresas *off-shore*, constituídas em paraísos fiscais nas ilhas do Caribe. Utilizavam ainda *tradings* e empresas ilícitas de consultoria para efetuar a ocultação da origem dos valores³⁵⁸.

O esquema foi descoberto por autoridades americanas, sendo que os proprietários e administradores das referidas empresas foram indiciados pela Promotoria de Nova York perante a Justiça norte americana.

Lançando mão de institutos próprios daquele país foi realizado um acordo de cooperação entre os autores e a promotoria, sendo que os termos do referido acordo incluíam:

³⁵⁷ Em relação a este caso concreto, foi possível verificar que inúmeras pessoas participam da tramitação, tornando o processo mais sujeito a desvios e a interferências externas tais como fatores práticos e econômicos, inviabilizando sua utilização em processos menores. Ainda dentro das considerações financeiras, foi apresentado aos pesquisadores, como um dos maiores entraves para a aplicação dos meios utilizados no referido processo, os custos com transporte, tradução dos autos e a ausência de treinamento técnico e rotineiro, visando especializar os serventuários da justiça à manipulação e entendimento destes novos modelos de cooperação jurídica internacional.

³⁵⁸ MORAES, Deomar de. **Paraísos Fiscais, Centros Offshore e Lavagem de Dinheiro** - Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 98: “(...) *uma companhia internacional que administra e gerencia para companhias formadas nos principais países, na maioria das áreas offshore – e daí o termo offshore, que literalmente seria ‘litoral’, ‘fora da costa’, mas no mercado financeiro, é conceituado como ‘empresa em paraíso fiscal’.* Essa empresa possui a especialização na obtenção de oportunidades, cidadania e residências livres de impostos, quase, na maioria dos países, *tax free*, oferecendo também gerenciamento de companhias e grupos de companhias offshore de modo a proteger bens e recursos retidos confidencialmente e economizar impostos (...)”.

I) a condenação dos autores aos crimes que correspondem na legislação brasileira aos tipos descritos no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86³⁵⁹, do artigo 1º, VI, da Lei nº 9.613/98³⁶⁰, e do art. 288 do Código Penal³⁶¹;

II) o auxílio e o fornecimento de informações por parte dos autores quando solicitados, no sentido de indicar identidades, *modus operandi* e atividades dos criminosos e organizações com quem mantinham qualquer tipo de contato;

III) o mais relevante, um acordo, que contou com a aprovação por parte de autoridades brasileiras, de que um terço dos valores evadidos e apreendidos no decorrer de processos envolvendo tais agentes, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, seriam devolvidos aos cofres brasileiros e o restante ficaria a cargo do departamento de *Homeland Security* americano.

Com o referido acordo, foi possível o desmantelamento de um esquema de evasão de divisas e a investigação de uma série de outros delitos que eram cometidos em todo o continente americano, além da repatriação, em um primeiro momento, da soma de USD 1.608.133,16 (um milhão, seiscentos e oito mil, cento e trinta e três dólares americanos e dezesseis centavos), que no câmbio da época representava aproximadamente quatro milhões de reais.

Posteriormente, no Brasil, foram efetuados pagamentos de multas por parte dos autores dos delitos, representando a quantia de R\$ 3.487.858,46 sendo que dois terços desta soma foram remetidos aos Estados Unidos, em cumprimento ao acordo, pelo Departamento de Recuperação de Ativos (DRCI).

É possível perceber nesta segunda maneira de realizar cooperação jurídica internacional, resultados formidáveis porque pragmáticos, devolvendo aos cofres públicos brasileiros mais de cinco milhões de reais em pouco tempo.

Fazendo uma análise linear, é possível perceber que esta efetividade se deu por uma série de fatores, tais como:

I) a ausência de um formalismo exacerbado no decorrer do processo;

³⁵⁹ Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.

³⁶⁰ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. VI – contra o sistema financeiro nacional.

³⁶¹ Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes (redação anterior a Lei 12.850/2013)

II) uma comunicação direta entre as autoridades realmente envolvidas no cumprimento do acordo, que apenas notificavam para controle as instâncias superiores e centrais da jurisdição;

III) o incentivo a cooperação jurídica no deslinde do processo por parte dos agentes delitivos – como forma de colaboração premiada -, de tal maneira a possibilitar repatriação dos ativos e a localização de informações para o combate a grandes organizações criminosas.

Em comparação entre os dois casos práticos apresentados, evidenciam-se pontos positivos e negativos que devem servir de exemplo para a operação e tramitação de processos na posterioridade.

É através do estudo de casos como os mencionados, bem como do contexto em que está inserida a sociedade moderna globalizada, a possibilidade de elencar aspectos que devem ser considerados pelos operadores do direito, os quais tem buscado um combate incisivo à criminalidade organizada transnacional e aos delitos a ela intrinsecamente ligados. Aspectos como a efetividade das medidas aplicadas, garantia da aplicação plena dos direitos fundamentais, consciência dos benefícios do auxílio internacional mútuo e, principalmente, o afastamento da idéia de que as fronteiras dos países limitam a persecução penal, são elementos que necessitam estar presentes em todas as ações dos membros do poder judiciário, do ministério público e dos policiais nos mais diversos países.

6. O CONFISCO NA EXPERIÊNCIA COMPARATIVA

Ante a incontroversa constatação da falência da pena corporal no completo sentido de prevenção geral ou especial – já que aqui não é possível falar em um propósito de reintegração social do sujeito ativo, que, nestes casos, sempre esteve plenamente integrado socialmente – é imprescindível que se atribua, também às sanções penais, um cunho valorativo patrimonial para que, assim, se consiga atingir o perfil criminológico do sujeito que, sopesando os benefícios, riscos e prejuízos de uma possível condenação, acabe por concluir, na tangente de CAEIRO³⁶², que “o crime efetivamente não compensa”.

Não é demais insistir, na visão trazida pelas instituições formais européias, que há mais de duas décadas vêm enfrentando a criminalidade organizada reditícia, que a melhor forma de fazer frente e desestabilizar estas organizações é através de sua desestruturação financeira, atingindo aquele que é seu móvel de manutenção e, ao mesmo tempo, finalidade: o lucro. A dedução é simples e já foi exaustivamente enfrentada anteriormente, ou seja, é o patrimônio destas organizações que possibilita a prática das atividades delituosas de uma forma tão expressiva e danosa.

A incorporação, ao ordenamento brasileiro, de um sistema eficiente em matéria de recuperação de ativos deve, antes, passar por um profundo debate acadêmico, cujas conclusões – tomadas a partir de dados empíricos situando a realidade atual da criminalidade econômico-financeira em território nacional – deve, invariavelmente, partir de um estudo crítico acerca dos diversos expedientes aplicados no Direito alienígena com a mesma finalidade, verificando suas espécies, regramentos, critérios de aplicabilidade, procedimento e respeito a um mínimo indisponível de garantias fundamentais. Após a verificação de todos estes elementos é que se deverá tentar transportar esta realidade, analisando a mesma compatibilidade à estrutura normativa brasileira. Encontrar o equilíbrio entre a funcionalidade do confisco alargado e o respeito às garantias constitucionais representa um verdadeiro desafio.

³⁶² CAEIRO, Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia.** (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento ilícito). *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT, 2013. p. 456;

Diante disso, em matéria de confisco, a normativa do direito comparado, dispõe essencialmente de dois sistemas: i) um modelo que considera o confisco uma pena de natureza patrimonial³⁶³ e, portanto, para sua imposição há necessidade de uma declaração de culpabilidade do arguido, mediante uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Segundo BLANCO CORDERO³⁶⁴ trata-se de um “*sistema ciertamente obsoleto, que no sirve para luchar contra el fenómeno del crimen organizado*”; ii) outro modelo propõe o afastamento do confisco como pena, senão uma consequência de caráter distinto, a qual pode ser imposta em procedimento autônomo³⁶⁵ (administrativo ou civil, por exemplo) em relação ao processo penal. Por este sistema não há necessidade de condenação, com trânsito em julgado, do arguido. A condenação em segunda instância já é impulso necessário para o procedimento de perda *in rem*. Este modelo permite a perda de bens porque o arguido está na posse de um patrimônio que não logou provar a sua origem. Na Holanda, Suíça, Estados Unidos, Reino Unido e Colômbia com a Lei 793 de 2002³⁶⁶, tem-se este modelo³⁶⁷ que também é conhecido como medida de extinção civil de domínio.

A proposta que se pretende nesta pesquisa é dar um passo adiante, elaborar um sistema que encontre a melhor adequação entre os dois sistemas atualmente adotados pela comunidade internacional.

O confisco alargado que se propõe³⁶⁸ guarda relação direta com o primeiro modelo, mas também se aproxima do segundo modelo especialmente no que se refere a autonomização do procedimento de perda, como será visto ao longo do trabalho.

363 MAUGERI, Ana Maria, **Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo**. Milano – La confisca come pena. 2001, pg. 507.

364 BLANCO CORDERO, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 105.

365 MAUGERI, Ana Maria. *Op. cit.* pg. 883.

366 TORRES, Jenner Alonso Tobar. **Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia**. Civilizar 14 (26): 17-38 - Enero-Junio de 2014.

367 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.* p. 106.

368 Compactuamos a conclusão que chega BLANCO CORDERO ao final de seu texto: “En definitiva, una adecuada articulación del comiso ampliado, que respete los Derechos humanos y que resulte eficaz, precisa de una apropiada regulación y de la previsión de un proceso distinto (accesorio o autónomo) del penal principal em el que se puedan resolver las espinosas cuestiones ligadas a la privación del patrimonio criminal. BLANCO CORDERO, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. *Op. cit.* 2008. 110.

6.1 Os instrumentos de recuperação de ativos na normativa geral europeia – a evolução do confisco nas diretivas internacionais

A UE, sensível às novas modalidades criminosas, frente a velocidade que o desenvolvimento contemporâneo alcançou, percebeu que a própria globalização³⁶⁹, em especial em territórios comuns, criou uma espécie de *subproduto*: “a liberdade de circulação abrange tanto os ‘bons’ como os ‘maus’, quer dizer, o crime (os criminosos) também circula(m) mais facilmente”³⁷⁰.

A partir desta percepção a comunidade dedicou-se à elaboração de documentos visando a uniformização³⁷¹ dos instrumentos para o enfrentamento desta nova criminalidade organizada e, como medida eficaz, sugere a adoção da perda de bens para evitar o refinanciamento de outras modalidades delitivas.

Assim, a UE³⁷² dispõe de diversos instrumentos para a uniformização de seu entendimento legislativo, alguns vinculados e outros não, para tanto é necessário que cada órgão que compõe a comunidade, tenha sua função determinada.

Neste sentido, a comunidade europeia dispõe de cinco órgãos para o cumprimento de suas tarefas³⁷³: O Conselho Europeu, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Contas Europeu.

O Conselho Europeu é o mais importante órgão legislativo que, fundamentado nos tratados, toma as decisões finais, seja no âmbito jurídico ou legislativo. Está preocupado essencialmente com as políticas a serem implementadas na comunidade. A Comissão Europeia tem como missão a aplicação das disposições elencadas nos Tratados. Assim, é um órgão que funciona como intermediário entre os Estados-membros e a comunidade. O Parlamento Europeu, por sua vez, recebe as propostas

369 Aqui me refiro aos países nacionais que se unem para intercambiar mercadorias e facilitar o desenvolvimento, a exemplo da Comunidade Europeia. Sobre o tema ver: **CHOCLÁN MONTALVO**, José Antonio. **Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación**. El derecho de la globalización: delincuencia organizada y transnacional. pg. 159-182, em Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII, 2013.

³⁷⁰ **LAUREANO**, Abel. **Dois Institutos da “Cooperação Judiciária em Matéria Penal” na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, jan./jun. 2010.

³⁷¹ **TIEDEMANN**, Klaus: Coordenador Adán Nieto Martín. Eurodelitos. **El Derecho Penal económico em la Unión Europea**. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004. p. 53.

³⁷² **RODRIGUES**, Anabela Miranda e **MOTA**, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**. Quadro de instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora. 2012. p. 105.

³⁷³ **DANNECHKER**, Gerhard. **Evolución Del Derecho Penal y Sancionador Comunitario Europeo**. Traducción de Carmem Bascón Granados. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales Editora. Madrid, 2001. p. 21.

vindas do Conselho Europeu para, posteriormente, deliberar sobre seus aspectos materiais e formais. Por isso o Parlamento não dispõe de competência legislativa, tampouco de direito de iniciativa. A missão do Parlamento está no controle e nas deliberações acerca das competências atribuídas via tratados assinados pela comunidade europeia. O Tribunal de Justiça Europeu, com sede em Luxemburgo, assegura os direitos e proporciona as interpretações e aplicações dos Tratados da Comunidade Europeia. Por fim, o Tribunal de Contas que está direcionado a examinar a legalidade e a regularidade dos gastos e ingressos de capital na comunidade, assegurando uma boa gestão financeira³⁷⁴.

Os instrumentos formais³⁷⁵ de que dispõe a UE para externar seus objetivos e normas, são: o regulamento, as diretivas, as decisões, decisões-quadro e as recomendações.

O regulamento caracteriza-se por ser um ato legislativo vinculado, aplicável a todos os países membros; as diretivas, por sua vez, são atos legislativos que fixam um objetivo geral para a comunidade, trata-se de um norte que todos os países nacionais da comunidade devem buscar, portanto, não vinculada. As decisões, por outro lado, são emitidas pela comunidade europeia e não possuem efeito vinculante em sentido amplo, entretanto, vinculam os seus destinatários especificamente. As decisões-quadro também integram a normativa da UE, são aquelas que se fundamentam no princípio do reconhecimento mútuo. As decisões-quadro foram instituídas pelo Conselho Europeu de Tampere como elemento essencial para a cooperação jurídica civil e penal da UE. Por fim, as recomendações, são instrumentos não vinculados que auxiliam as instituições a conhecer os seus pontos de vista e sugere um norte de práticas de conduta.³⁷⁶

Assim, o Conselho Europeu, atento à convergência dos países nacionais no sentido de que uns dos instrumentos que mais dão resultado no combate à criminalidade organizada é o confisco dos proventos da organização criminosa, bem como que é imprescindível uma cooperação jurídica internacional para combater o branqueamento dos proventos das atividades ilícitas e ainda que a cooperação em

374 **DANNECHKER**, Gerhard. **Evolución Del Derecho Penal y Sancionador Comunitario Europeo**. Traducción de Carmem Bascón Granados. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales Editora. Madrid, 2001. p. 28.

375 *Ibidem*, p. 29 *et. seq.*

376 **RODRIGUES**, Anabela Miranda e **MOTA**, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**. Quadro de instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora. 2012. p. 728.

matéria de confisco passou a ser um tema essencial para a luta contra o crime organizado, em especial a partir dos anos 80, com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilegal de Drogas, assinada em 19/12/1988, a problemática envolvendo o confisco de bens tornou-se pedra angular do debate.

Já em 15/11/2002, as Nações Unidas elaboraram a Convenção³⁷⁷ contra a Criminalidade Organizada Transnacional. Este documento insere novas medidas de confisco dos produtos e proveito do crime, impulsionando o Conselho Europeu para emitir a recomendação nº 26, convidando os Estados-membros a adotarem medidas específicas no que se refere ao instituto do confisco de bens provenientes do crime organizado. Esta recomendação faz referência à Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de 1990, a qual foi ratificada por todos os Estados-membros, com exceção da Turquia³⁷⁸.

Em seguida, ainda na década de 90, em 15 de outubro de 1999, o Conselho Europeu de Tampere, como visto anteriormente, recomendou um estreitamento entre o Direito Penal e Processual Penal, especialmente no que se refere à lavagem de dinheiro e ao confisco de bens oriundos desta prática criminosa³⁷⁹.

Em 27 de março de 2000, O Conselho Europeu aprovou o plano de ação intitulado “prevenção e controle da criminalidade organizada: Estratégia da UE para o Novo Milênio”. Dentre as propostas da ação estava a possibilidade de cada Estado-membro mitigar o ônus da prova à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de um delito ligado à criminalidade organizada³⁸⁰.

Posteriormente, em 26 de junho de 2001, o Conselho Europeu adotou a Decisão-Quadro nº 2001/500/JAI³⁸¹, relativa à lavagem de dinheiro, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, com base em iniciativa da França.

Após, em março de 2002, também na Finlândia, em Tampere, o Conselho Europeu adotou estratégia para o início do novo milênio, dentre elas dar prioridade no

377 As Convenções de Mérida sobre a corrupção de 2003, a Convenção de Viena de 1988, e Convenção de Palermo de 2000, serão tratadas ao final deste tópico.

378 MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. **Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional**. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII. Nuevos instrumentos de la Unión Europea relativos ao comiso. 2013. p. 410.

379 DEL ARCOM, Andrés Palomo. **Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional**. Origen y desarrollo de la asistencia judicial penal en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII. Origen. 2013. p. 52.

380 CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 26.

381 MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. **Derecho Penal Supranacional ...Ob. cit.**, p. 409.

combate ao branqueamento dos proventos do crime e reforçar as medidas de confisco de bens proveito do crime³⁸².

O passo seguinte sobre o confisco de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime foi dado pelo Reino da Dinamarca,³⁸³ em agosto de 2002, tendo em vista a aprovação pelo Conselho Europeu da Decisão-Quadro nº 2002/0818-CNS. Esta decisão-quadro aprovou projeto dinamarquês, iniciado através das discussões na reunião do Tratado de Amesterdão³⁸⁴e visava garantir uma unificação para os Estados-membros de regulamentação do confisco quando a pena privativa de liberdade for superior a um ano de reclusão. Da mesma forma os Estados-membros são instados a adotar o confisco alargado dos bens do condenado pela prática de crime previamente previsto em rol taxativo. Neste caso, o confisco não atinge somente os bens proveito do crime, mas também outros que o condenado não possa provar a origem lícita.

Em seguida, no ano de 2003, o Conselho da Europa decidiu através da Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI³⁸⁵, pela adoção expressa do princípio do reconhecimento mútuo para todos os Estados-membros, referente a decisões de congelamento de bens oriundos da prática de crimes.

Adiante, o Conselho da Europa emitiu a Decisão-Quadro nº 2004/757/JAI³⁸⁶ de 05/10/2004, sobre as regras mínimas aos Estados-membros de sanções aplicáveis para sujeitos que estejam no domínio do tráfico de drogas e orienta a promoção para a perda dos instrumentos, produtos e proveito do tráfico de drogas, ressaltando que o termo perda em favor do Estado de instrumento, produtos e bens, tem a mesma lógica e acepção que o artigo 1º da Convenção do Conselho da Europa de 1990, relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime.

Já no ano de 2005, o Conselho Europeu emitiu a Decisão-Quadro nº

382 RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**. Quadro de instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora. 2012. p. 727.

383 Projeto de Relatório sobre a iniciativa do Reino da Dinamarca de 30/09/2002. Relator Giuseppe Di Lello Finuoli. Projeto disponível no site do Parlamento Europeu <http://www.europarl.europa.eu>

384 Este tratado ocorreu em 02/10/1997 e redimensionou os órgãos da União Europeia, dentre outras coisas conferindo maior garantia aos direitos fundamentais da comunidade. Tratado disponível no site do Parlamento Europeu <http://www.europarl.europa.eu/eu-law>

385 Decisão-Quadro disponível no site da Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/copy_of_decisoes/ Acesso em 30/09/2015.

386 Decisão-Quadro disponível no site da Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Disponível: http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/copy_of_decisoes/ Acesso em 30/09/2015.

2005/2012/JAI³⁸⁷, de 24 de fevereiro de 2005, partindo da premissa de que a criminalidade organizada transfronteiriça tem como principal motivação o lucro. Por este motivo, qualquer medida capaz de combater esta modalidade criminosa, deve partir de instrumentos que tenham capacidade de conter este lucro. Justamente porque este capital, oriundo do crime, é novamente reinvestido em outros crimes. O confisco e a perda de bens é, neste tópico, a medida mais eficaz. Assim, o Conselho orienta os Estados-membros da comunidade europeia a tomar medidas que possam tornar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos ou produtos de infrações penais puníveis com pena privativa de liberdade superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos³⁸⁸.

No ano de 2006, o Conselho Europeu decidiu através da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI³⁸⁹, estabelecendo, através do princípio do reconhecimento mútuo³⁹⁰, a conformidade para todos os Estado-membros de decisões de confisco de bens, ou seja, o objetivo central foi o de estabelecer regras para que os Estado-membros reconheçam e executem, no seu território, as decisões de perda de bens proferidas por tribunal competente em matéria penal de outro Estado-membro.

Por sua vez, no ano de 2007, o Conselho decidiu através da Decisão-Quadro nº 2007/845/JAI³⁹¹, sobre a necessidade de criação, pelos Estados-membros, de gabinetes de recuperação de ativos, a fim de facilitar a cooperação entre os estados e a detectar de forma mais rápida os bens provenientes de atividades criminosas dentro da UE.

Em seguida, necessitando dar efetividade a ação comum nº 98/733/JAI, o Conselho da Europa proferiu a Decisão-Quadro nº 2008/841/JAI de 24.10.2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada. Nesta decisão o conselho entendeu necessária a aproximação das legislações dos Estados-membros, seja na cooperação jurídica e policial, seja no efetivo combate às organizações criminosas³⁹².

387 Decisão-Quadro disponível no site da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/copy_of_decisoes/ Acesso em 30/09/2015.

388 Conforme dispõe expressamente o artigo 2º da Decisão-Quadro nº 2005/2012/JAI

389 Decisão-Quadro disponível no site da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/copy_of_decisoes/ Acesso em 30/09/2015.

390 A Itália, recentemente editou o Decreto Legislativo nº 137, de 07/08/2015, estabelecendo a aplicação em todo o território nacional do princípio do reconhecimento mútuo em decisões referente a confisco de bens.

Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/09/02/15G00152/sg> Acesso em 30/09/2015.

391 http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_smmp_projecto_portaria_gra.pdf Acesso em 11/09/2015.

392 Disponível em: [http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Branqueamento De Capitais/ Documents/DECIS% C 3 % 83O-QUADRO%202008_841.pdf](http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Branqueamento%20De%20Capitais/Documents/DECIS%C3%83O-QUADRO%202008_841.pdf) Acesso em 12/09/2015.

Posteriormente, em 2012, em Bruxelas, no dia 03 de abril, o Conselho elencou uma proposta³⁹³ de Diretiva sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na UE. A idéia fundamental, inserida na exposição de motivos, foi a de facilitar o confisco e a recuperação de ativos pelas autoridades dos Estados-membros. Nesse sentido, propõe-se proteger a concorrência legal, coibir que a criminalidade organizada também adentre no mercado formal, prejudicando o desenvolvimento.

Dispõe, expressamente no artigo 4º do projeto, a necessidade de instituir o confisco alargado no território dos Estados-membros, entendendo esta modalidade de confisco como aquela que vai além dos bens que foram instrumentos, produtos ou proveitos do crime. O confisco ampliado somente teria lugar quando o Poder Judiciário concluísse, por dados fáticos e concretos, que o condenado por uma infração previamente prevista em rol taxativo, possuísse bens, em relação aos quais, seria provável que foram adquiridos com a prática de outras atividades criminosas de gravidade semelhante aos outros tipos penais do catálogo, conforme estabelecido expressamente no artigo 4º da referida proposta. A presente proposta também elenca outras duas modalidades de confisco: i) não baseado em uma condenação (art. 5º) e ii) confisco de bens de terceiro (art. 6º)

Finalmente, em 03 de abril de 2014, o Conselho Europeu editou a diretiva nº 2014/42/UE³⁹⁴, dispondo sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na UE. Um dos objetivos desta diretiva é alargar e alterar as disposições das Decisões-Quadro de nºs 2001/500/JAI e 2005/2012/JAI, devendo os Estados-membros, ao seu tempo, substituir as diretivas de 2001 e de 2005 pela de 2014/42/UE.

Outro ponto crucial elencado pela diretiva de 2014 está na possibilidade de decisão pelo Poder Judiciário pela perda ampliada ou alargada, quando os bens, objetos do confisco, estão na posse de um sujeito que tenha um **estilo de vida criminoso**. Não há necessidade de prova de que os bens tenham origem de comportamento criminoso, basta a prova do comportamento criminoso do sujeito para que os bens sejam presumíveis do crime.

É de perceber que esta nova diretiva possibilita a decretação pelo Poder Judiciário de perda alargada através da **função das probabilidades**, é dizer: se é

393 Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/uniao-europeia-proposta_1/downloadFile/attachedFile_f0/COM_2012_85_PT_ACTE_f.pdf?nocache=1332926041.78 Acesso em 12/09/2015.

394 Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections> Acesso em 12/09/2015.

possível presumir que é bastante mais provável, que os bens objetos do congelamento tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso, ao invés da prática de outra atividade legal, poderá o Juiz ponderar sobre as circunstâncias específicas do caso, com fundamento nos fatos e provas juntadas aos autos, de que os bens podem ser oriundos do crime, portanto passíveis de perda. Por certo que o arguido poderá provar a licitude dos bens ou que está na posse dos mesmos sobre determinado tempo razoável, o que pode ser aceito como justificável e a medida constritiva deixará de existir.

No que diz respeito às Convenções, ainda que já tratado anteriormente nessa pesquisa, é oportuno registro sobre a perda de bens na Convenção de Viena contra o Tráfico de Drogas de 1988, a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado de 2000 e a Convenção de Mérida de 2003, contra a corrupção.

Neste contexto, a Convenção das Nações Unidas³⁹⁵, contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de Viena em 1988, estimula a possibilidade de adotar a *“inversão do ônus da prova no que diz respeito à origem ilícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda”*.

Nesta mesma linha, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional³⁹⁶, de 15 de novembro de 2000, adotada na cidade de Nova Iorque/EUA e assinada em Palermo/ITA, incentivou expressamente que os Estados Parte deverão 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”*.

Já a Convenção de Mérida,³⁹⁷ ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006, define confisco como a privação em caráter definitivo de bens por ordem de um tribunal ou autoridade competente. Os Estados signatários comprometem-se a adotar medidas visando a permissão do confisco de instrumentos para a corrupção, produto da corrupção e de bens cujo o valor corresponda ao produto. No item 8 da referida convenção, os Estados-partes comprometem-se a considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto do delito ou de outros bens expostos ao confisco, ou seja,

395 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm Acesso em 07/10/2015.

396 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm Acesso em 07/10/2015.

397 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm Acesso em 08/10/2015.

invertendo-se o ônus da prova. O instrumento também reforça a necessidade de uma efetiva cooperação internacional para fins de confisco.

É de ver que o Brasil, além de ser signatário das três principais convenções – contra o tráfico ilícito de drogas, contra a criminalidade organizada e contra a corrupção –, as quais ratificam a necessidade de instituir medidas de confisco de bens provenientes de infrações penais, inversão do ônus da prova e o confisco alargado, também promulgou e trouxe suas diretrizes para o ordenamento interno brasileiro, através dos decretos nºs 154/1991, 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente.

Some-se ainda a recomendação do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI)³⁹⁸ sobre a adoção de medidas similares às previstas nas Convenções de Viena e Palermo, notadamente o confisco de bens.

6.2 O Confisco de Bens na realidade normativa de Portugal

O entendimento atual que se tem na doutrina lusitana, em relação a criminalidade econômico-financeira é no sentido de que as medidas clássicas de enfrentamento, seja através de penas privativas de liberdade ou através da perda de bens dos instrumentos e produtos dos delitos, não possuem a eficácia desejada para o desestímulo nas consecução dos delitos, havendo necessidade de romper modelos, por isso uma das maiores preocupações com a política criminal em Portugal vai ao encontro com a reflexão de GODINHO³⁹⁹, vale dizer: é necessário demonstrar que o crime não deve compensar.

A premissa central parte do pressuposto de que é impossível um combate efetivo à criminalidade econômico-financeira, portanto, socorre-se as medidas que pelo menos evite que ele compense e o lucro seja novamente “reinvestido” em novos crimes, contaminando, dentre outras categorias, a economia formal⁴⁰⁰.

398 Recomendação nº 03 e 04: “Os países deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes. 4. Confisco e medidas cautelares. Os países deveriam adotar medidas semelhantes àquelas estabelecidas na Convenção de Viena, na Convenção de Palermo e na Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo, inclusive medidas legislativas, para permitir que suas autoridades competentes possam congelar ou apreender e confiscar, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé”. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org> Acesso em 08/10/2015.

399 GODINHO, Jorge. Brandos Costumes? **O confisco penal com base na inversão do ônus da prova** (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, Artigos 1º e 7º a 12º). Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Manual da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Editora Coimbra. 2003. p. 1317.

⁴⁰⁰ CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. INCM, 2012. Lisboa. p. 25.

Assim, o direito português, atua em três frentes diversas:

- a) Confisco dos instrumentos do crime;
- b) Confisco das vantagens do crime;
- c) Confisco Alargado.

As duas primeiras modalidades são semelhantes às previstas no direito brasileiro no artigo 91 do Código Penal, sendo, portanto, mero efeito da sentença penal condenatória.

A novidade está na terceira frente, ou seja, na modalidade de perda de bens conhecido como confisco ampliado ou alargado.

Trata-se de instrumento que possui requisitos de ordem formal, imprescindíveis para o sucesso da medida.

O primeiro dele diz respeito à condenação do arguido por um dos crimes do catálogo da Lei nº 005/2002⁴⁰¹ de 11 de janeiro, que também traz medidas de produção de provas, quebra de segredo profissional.

No artigo 1º da mencionada legislação, há um rol taxativo de delitos⁴⁰² que se submetem à perda ampliada, entretanto, é no artigo 7º que a medida de perda de bens é expressamente prevista.

Segundo este comando normativo, se um sujeito for condenado por um dos delitos do rol, a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, presumem-se constituir bens ou valores de origem criminosa.

Vê-se, portanto, que a legislação portuguesa adotou uma presunção *juris tantum*, é dizer: poderá o arguido provar a origem lícita dos bens ou que está na posse dos mesmos há mais de cinco anos, neste caso, sem que haja necessidade de provar a origem ou destino dos bens⁴⁰³. Em um dos dois casos, uma vez demonstrado pelo arguido, a medida de confisco alargado deixa de existir.

Portugal, em seguida à promulgação da Lei nº 5/2002, também aprovou novas

401 Ver site oficial da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa/Portugal. Acesso em 08/10/2015.

Disponível http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

402 Rol taxativo e atualizado do artigo 1º da Lei 5/2002 - a) tráfico de drogas; b) terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento ao terrorismo; c) tráfico de armas; d) tráfico de influência; e) corrupção ativa e passiva; f) peculato; g) participação econômica em negócio; h) branqueamento de capitais; i) associação criminosa; j) contrabando; l) tráfico e viciação de veículos furtados; m) lenocínio e lenocínio de menores; n) tráfico de pessoas; o) contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; A lei ressalta que os crimes de contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio de menores; tráfico de pessoas e contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda somente são submetidos às normativas da lei se praticados de forma organizada.

403 Esta previsão vem disposta no artigo 7º, item 2, alínea “c” da Lei 5/2002 da República Portuguesa.

medidas de combate à corrupção, realizando primeira alteração na legislação de 2002, editando a Lei nº 019 de 21 de abril de 2008⁴⁰⁴.

As alterações sofridas dizem respeito ao rol taxativo do artigo primeiro da Lei nº 5/2002, cujo acréscimo se deu pela inserção dos crimes de tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, peculato e participação econômica em negócio.

Por sua vez, no ano de 2009, a legislação base de combate a criminalidade organizada e econômica-financeira lusitana sofre nova alteração, promovida pelo Decreto-Lei nº 317/209⁴⁰⁵, em especial na produção de provas durante o inquérito policial e na instrução de processos relativos aos crimes previstos no artigo 1º da Lei 5/2002.

Novamente, agora em 2012, através do Decreto Lei nº 242⁴⁰⁶ de 07 de novembro, houve alteração na Lei nº 5/2002. A novidade foi obrigar as instituições financeiras e de créditos comunicar quaisquer movimentações sobre contas correntes à autoridade judiciária ou ao órgão de polícia criminal, num prazo de 24 hora, subsequentes a movimentação suspeita.

A quarta alteração sofrida pela Lei nº 5/2002 ocorreu em 23 de agosto de 2013, promovida pela Lei nº 60.⁴⁰⁷ Acrescentou-se ao artigo 1º da Lei 5/2002 os crimes de lenonício e lenocínio de menores, além do tráfico de pessoas.

Por fim, a quinta alteração da Lei nº 5/2002 diz respeito a inserção do crime de terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento ao terrorismo. Tais medidas foram introduzidas pela Lei 55 de 23 de junho de 2015⁴⁰⁸.

Sobre a atual Constituição Federal Portuguesa, segundo CORREIA,⁴⁰⁹ não há previsão expressa de proibição do confisco, ao contrário das constituições antecessoras.

Da mesma forma, também não há norma que autorize expressamente a instituição do confisco, por outro lado, a reflexão parte da premissa de que não é admissível em um Estado de Direito, a convivência com patrimônio oriundo de práticas criminosas, justamente porque seria uma forma de desenvolvimento não sustentável,

404 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 Acesso em 08/10/2015.

405 *Idem*, Acesso em 08/10/2015.

406 *Idem*, Acesso em 08/10/2015.

407 *Idem*, Acesso em 08/10/2015.

408 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?Nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 Acesso em 08/10/2015.

409 CORREIA, João Conde. *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*. INCM. 2012. pg. 46.

já que fundado na prática de delitos, como por exemplo, a corrupção.

Assim, o próprio fundamento do Estado de Direito é elemento essencial para a validação do confisco como também é elemento limitador para evitar abusos, excessos e desproporções, eventualmente praticados pelo instrumento de perda alargada, é dizer: O Estado de Direito é fundamento do confisco porque não se admite que os bens dos cidadãos que compõe este Estado sejam provenientes de infrações jurídico-criminais, bem como é fundamento do limite do confisco, já que jamais pode o Estado confiscar bens incompatíveis sem a exigência de um efetivo *due process law*⁴¹⁰.

Denota-se, por conseguinte, que o confisco na legislação portuguesa tem um carácter essencialmente preventivo, ou seja, visa impedir a perturbação da paz jurídica,⁴¹¹ colocando o condenado em situação patrimonial que estaria caso não tivesse praticado o delito.

Por certo que o confisco alargado sofre críticas no direito português, notadamente sobre a indagação se a medida é ou não de cunho penal.

Segundo GODINHO⁴¹², trata-se sim de matéria penal, já que o impulso inicial é feito por uma sentença penal condenatória, orienta-se para a prevenção criminal e o regime subsidiário do confisco alargado é regido por regras do Código de Processo Penal ou Penal.

Assim, ainda na visão de GODINHO⁴¹³, o confisco alargado deve obedecer, estritamente, a presunção de inocência, é dizer: o sujeito somente pode sofrer o confisco de seus bens após uma sentença penal condenatória transitada em julgado, por esta razão não teria o arguido o ônus de carregar a prova e nos casos em que houver dúvida sobre a origem dos bens, deve-se favorecer o arguido – *in dubio pro reo*.

Em que pese os fortes argumentos apresentados por Godinho, frente às novas formas de organizações criminosas, seja no tráfico de drogas, armas, exploração infantil, lavagem de dinheiro, somos partidários de um novo modelo de política criminal.

410 CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 47,

411 *Ibidem*, pg. 85.

412 GODINHO, Jorge. Brandos Costumes? **O confisco penal com base na inversão do ônus da prova** (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, Artigos 1º e 7º a 12º). Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Manual da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Editora Coimbra. 2003. p. 1352.

413 *Ibidem*, p. 1358.

É necessário romper com o protótipo clássico.

“Não se combate câncer com aspirina”⁴¹⁴.

Assim, pretende-se demonstrar, ao longo desta pesquisa, dentre outros elementos que compõe o confisco alargado, que a medida não ofende o princípio da presunção da inocência, justamente porque não guarda relação de início-fim com o processo penal. Seria, por exemplo uma medida inadequada, se o sujeito através de movimentações suspeitas em sua conta corrente e após a comunicação do órgão competente para o controle e fiscalização, submetesse imediatamente as regras do confisco alargado. É justamente por respeito às garantias constitucionais que o impulso da medida necessita de uma prévia condenação por um dos crimes previamente previstos em lei específica, em que o juiz decidirá com **provas acima de qualquer dúvida razoável** pela condenação ou absolvição e, neste último caso, não se preencherá o primeiro requisito da medida. Assim, a condenação penal não guarda relação direta com o confisco, apenas é característica vinculada para o seu início. A ausência de vinculação é tamanha que o arguido pode, inclusive, ser absolvido posteriormente pelo crime que foi o impulso do confisco alargado e mesmo assim, ver seus bens serem confiscados. Isto pode ocorrer se perfeitamente demonstrado pelo Estado, através de provas, que o arguido tem uma vida dedicada à prática criminosa ou demonstrar que o arguido não obteve sucesso em provar a origem de seus bens ou ainda que não está na posse dos mesmos por mais de 5 anos. Pode o Estado ainda demonstrar que bens confiscados foram adquiridos pelo arguido a título gratuito, ou ainda que ele não é um terceiro de boa fé e que, portanto, tinha condições de saber que os bens que estavam em sua posse eram de origem criminosa. Perceba-se que as demonstrações acima mencionadas podem ser contraditadas pelo arguido em um processo que respeita o *due process of law*.

414 MENDRONI utilizou o termo: “*não se combate câncer com aspirina*” Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.239.

6.3. O Confisco de Bens na realidade normativa da Alemanha

A Lei de 15/07/1992 foi a responsável pela inserção do confisco ampliado em todo território alemão (§ 73d do StGB)⁴¹⁵, permitindo ao magistrado, diante de determinados crimes, decretar a perda quando os fatos apontem ou permitam apontar para suposta origem criminosa dos bens.

Assim, antes da decretação do confisco, dispõe a Alemanha de instrumento que autoriza a medida de indisponibilidade dos bens, é dizer: as instituições financeiras estão autorizadas a não executar ou mesmo suspender, eventuais transações em que se presumem estarem ligadas diretamente a lavagem de dinheiro. Tal suspensão se dá por até dois dias úteis. Esta medida autoriza a polícia e o ministério público investigarem, junto às instituições financeiras, eventual prova ou indício de prova para subsidiar o confisco.⁴¹⁶

É de se perceber, portanto, que a legislação alemã não deixou de utilizar do artifício da presunção para a decretação do confisco alargado, isto é, nos casos em que o sujeito tenha uma extensa vida dedicada ao crime, é de se presumir que os outros bens que dispõe também são provenientes de delitos, ainda que outros não investigados, assim, passíveis também de indisponibilidade, até prova em contrário.

Outra inovação do direito alemão está na possibilidade de confisco dos instrumentos e produtos do crime⁴¹⁷ no que se refere à previsão da possibilidade de substituir os instrumentos ou produtos pela perda de seu valor (73 e s/s do StPO – Código de Processo Penal Alemão)⁴¹⁸.

O Tribunal Constitucional Alemão já enfrentou a constitucionalidade ou não do artigo 73 do Código Penal Alemão. Na decisão o Tribunal Federal⁴¹⁹ consignou que o

415 Disponível em: <http://dejure.org/gesetze/StGB/73d.html> Acesso em 08/10/15.

416 LIMA, Vinícius de Melo. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012.

417 CORREIA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006, p. 92.

418 Art. 73: I. Quando tenha sido cometido um crime, e o autor ou partícipe dele tenham obtido algum bem, o Juízo ordenará o seu sequestro. Não se procederá, na medida em que prejudique o direito de um terceiro de boa-fé, circunstância em que o autor ou partícipe terão sequestrados valores equivalentes. II. O sequestro deverá ser estendido aos proventos obtidos. Também poderão ser estendidos aos proventos de eventual venda dos produtos ilícitos obtidos, ou como substituição pela sua destruição, dano ou privação, que tenham por fundamento um direito adquirido Os parágrafos 73a, 73b, 73c, 73d, 73e do StPO (Código de Processo Penal Alemão) tratam das circunstâncias e consequências do sequestro, e são, respectivamente: 73a: Substituição do bem por valor equivalente; 73b: Valoração do bem; 73c: Pressuposto de insuficiência (quando se verifique a não existência do bem – produto do crime, no patrimônio do acusado); 73d. Ampliação do sequestro; 73e: Efeito do sequestro (resguardo sob a tutela do Estado). Disponível em: <http://dejure.org/gesetze/StGB/73d.html> Acesso em 08/10/15.

419 Decisão BverfG, de 22 de novembro de 1994. (Disponível em BGHSt, 40, 1995, p. 371). CORREIA, João

confisco alargado ou ampliado não tem objetivos repressivos ou mesmo punitivos, pelo contrário, trata-se de medida de prevenção geral e especial.

Não se trata, portanto, segundo o Tribunal Federal Alemão de medida que esteja albergada pela idéia do princípio da culpa ou da responsabilidade penal subjetiva, não violando por isso, a presunção de inocência do acusado, tampouco o direito a ampla defesa ou *indubio pro reo*. A utilização do confisco alargado como medida de presunção é um remédio apto a ultrapassar as concretas dificuldades de provas. Logicamente que para sua adoção há requisitos objetivos e de ordem formal que devem ser preenchidos, dos quais trataremos no capítulo seguinte desta pesquisa.

Outro ponto interessante do direito penal alemão está na possibilidade da ordem de sequestro ser dada por um promotor de justiça ou por seus funcionários auxiliares no caso de risco de demora. Nestes casos o Juiz deve homologar o sequestro em até três dias⁴²⁰.

A reflexão de MENDRONI⁴²¹ sobre o assunto demonstra que a política criminal internacional, em especial na UE, não tem medido esforços para o combate à criminalidade excessivamente organizada e àqueles delitos que tenham por finalidade o ganho econômico, como nos casos de corrupção ativa, passiva, peculato, associação criminosa, organização criminosa, financiamento ao terrorismo, tráfico de drogas, armas, tráfico de influência, dentre outros que acabam por afetar a própria relação econômica interna.

Ainda segundo MENDRONI⁴²², é possível dizer que a diretriz desta nova política criminal está dedicada no rastreamento dos bens oriundos de práticas criminosas, para tanto, o princípio da presunção de inocência não é dirigido aos bens

Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 59.

⁴²⁰ Art. 98 do StPO: Os sequestros de bens só podem ser determinados por um Juiz, mas também pelo Promotor de Justiça ou por seus funcionários auxiliares em caso de risco de demora (parágrafo 152 da Lei de Organização Judiciária – chamados de “Hilfsbeamte”). O funcionário que tenha sequestrado um bem sem ordem judicial deverá obtê-la no prazo de 3 dias, se durante a execução não estiverem presentes o imputado e nem um familiar adulto, ou se o imputado, ou na sua ausência um familiar adulto, tenham formulado oposição expressa contra o sequestro. O imputado pode solicitar a qualquer momento uma decisão judicial. Enquanto a ação pública não seja proposta, decidirá o Juízo de garantias em cuja comarca tenha tido lugar o sequestro. Se já tenha ocorrido em outro lugar o sequestro, se forem confiscados documentos e correspondências, então caberá ao Juízo de garantias em cuja comarca tenha sede a Promotoria de Justiça responsável pela investigação. Neste caso o imputado também poderá apresentar requerimento ao Juízo de garantias do lugar onde o bem tenha sido sequestrado. Acesso em 15/09/2015. Disponível em: <http://dejure.org/gesetze/StGB/73d.html>

⁴²¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Sequestro e confisco de bens no sistema processual penal alemão**. 2008. p.17.

⁴²² *Idem*, p.17.

do condenado, mas tão somente a ele, como sujeito de direitos, razão pela qual “não é necessário aguardar-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o poder público confisque o patrimônio móvel, imóvel ou direitos, ações e/ou qualquer bem que tenha valor econômico”.

Finalmente, sobre sua constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Alemão, na decisão de janeiro de 2004⁴²³, entendeu ser perfeitamente constitucional o confisco alargado previsto no § 73 do Código Penal Alemão. Entendeu o tribunal que não há afetação do princípio da presunção de inocência, já que o arguido é submetido a uma condenação, por um delito de alta gravidade, com contraditório e ampla defesa, bem como que se encontra na posse de bens incompatíveis com sua renda formal e não conseguiu provar a origem dos mesmos⁴²⁴.

Ao se analisar detidamente a decisão do Tribunal Constitucional Alemão,⁴²⁵ é possível dizer que os elementos e premissas que formam seu entendimento está na natureza jurídica do confisco alargado. Segundo o tribunal o confisco alargado não tem natureza penal, não guarda relação com as finalidades da pena, como retribuição ou ressocialização. Tampouco se pretende castigar ou reprovar um comportamento antijurídico, do qual necessitaria da declaração de culpabilidade do sujeito.

A finalidade do confisco alargado é apenas preventiva, isto é, impedir uma situação patrimonial ilícita, decorrente da prática de um crime que gera resultados econômicos.

Assim, estaria ligada diretamente a impedir que no futuro, persista uma efetiva perturbação do ordenamento jurídico, fruto do reinvestimento do capital ilícito em outras atividades delitivas.

É exatamente este mecanismos que pretende impedir o confisco alargado.

423 Decisão de 14 de janeiro de 2004 – 2BvR 564/95, Acesso em 08/10/2015.

Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%20BvR%20564/95>

424 **BLANCO CORDERO**, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 93.

425 *Ibidem*, p. 94.

6.4 O Confisco de Bens na realidade normativa da Espanha

O artigo 127, nº 1, Código Penal Espanhol,⁴²⁶ acrescentado pela Lei Orgânica – L.O. nº 15/2003, também demonstrou preocupação com a criminalidade reditícia, indo ao encontro da política criminal internacional de combate ao lucro oriundo da delinquência organizada, dispondo expressamente na segunda parte do texto que: “*O Juiz deve ampliar o confisco dos bens, instrumentos e ganhos de origem ilícitas cometidas no contexto de uma organização ou grupo terrorista ou de um delito de terrorismo*”⁴²⁷.

Para esta finalidade, a legislação espanhola entende que são provenientes de atividades ilícitas o patrimônio de todos os membros da organização ou grupos criminais que tenham patrimônio incompatível com os ganhos formais.

Este mesmo entendimento foi aplicado pela Suprema Corte Espanhola para os delitos de lavagem de capital e tráfico de drogas.⁴²⁸

Recentemente o Código Penal Espanhol ganhou alteração de profunda densidade jurídica, a qual foi promovida pela Lei Orgânica – L.O. nº 1/2015 de 30 de março⁴²⁹.

Conforme dispõe no preâmbulo da referida normativa, a Espanha, sensível às novas mudanças provocadas pelo transcurso de tempo e pelas demandas sociais,

426 Art. 127, nº 1, Código Espanhol: Toda pena que se imponga por un delito o falta doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. **El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.** A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. (destaque nosso).

Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf Acesso em 08/10/15.

427 O texto anterior dispunha: “ Toda pena que se imponga por un delito o falta doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Disponível para acesso em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf Acesso em 08/10/2015.

⁴²⁸ CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. INCM, 2012. Lisboa. p. 59.

429 Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 15/09/2015.

entendeu que o Código Penal de 1995⁴³⁰ necessitaria de adequação, em especial para atender os compromissos internacionais firmados, notadamente a Diretiva 2011/93/UE, relativa a luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de menores e a pornografia infantil, bem como a Diretiva 2014/42/UE, sobre o confisco dos instrumentos e dos produtos de crimes na União Européia⁴³¹.

Assim, a regulação das medidas de confisco no direito penal espanhol visa facilitar a utilização dos instrumentos legais para recuperação de ativos provenientes de crimes, bem como formas para uma melhor gestão econômica destes ativos.

Outra questão pontual introduzida pela Lei nº 1/2015, foi o confisco sem sentença, o confisco alargado e o confisco de bens de terceiros. O fundamento para a edificação destas três modalidades de confisco está na compreensão de que no direito penal clássico, é possível se promover a perda de bens decorrentes de uma sentença penal condenatória, a exemplo do que se dispõe no Brasil, artigo 91 do Código Penal, isto é, trata-se de verdadeiro efeito da sentença penal condenatória. É justamente nesta percepção que pretende avançar o Código Penal Espanhol, quando traz o confisco de bens sem sentença. Nesta medida, a diretriz que norteia o legislador espanhol é a mesma do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ou seja, o confisco sem condenação não tem uma natureza jurídica eminentemente penal, já que não tem a imposição de uma sanção privativa de liberdade, ligada diretamente ao elemento culpabilidade, por isso é mais semelhante a restituição de um enriquecimento ilícito do que propriamente uma sanção penal⁴³².

Esta posição vai ao encontro com a reflexão de AGUADO CORREA⁴³³, quando entende que há compatibilidade do confisco alargado com o direito constitucional de presunção de inocência, justamente porque esta medida de perda de bens não pressupõe e nem acarreta uma declaração de culpabilidade pela atividade delitiva do sujeito.

Nesse sentido, confisco alargado, medida introduzida no direito espanhol pela Lei Orgânica – L.O. nº 5/2010,⁴³⁴ tinha utilização voltada para delitos cometidos em um

430 Antes da alteração feita pela Lei Orgânica 1/2015, a última alteração significativa sofrida pelo Código Penal Espanhol foi promovida pela Lei Orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro.

431 Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 15/09/2015.

432 Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 15/09/2015.

433 CORREA, Teresa Aguado. **Comiso: crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 29.

434 VERVAELE, John. A. E., **A experiência holandesa como modelo para a Espanha?** Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim. Revista Liberdades nº 14 – setembro/dezembro de 2013.

marco de uma organização ou grupo criminal terrorista ou ainda de um delito de terrorismo⁴³⁵, atualmente, em especial com a mudança ocorrida pela Lei Orgânica – L.O. nº 1/2015, tornou-se um instrumento que pode incidir sobre outros bens do arguido, desde que estes sejam presumíveis de outras atividades ilícitas, alheias aos fatos que deram origem à condenação ou a eventual indisponibilidade dos bens, ou seja, o sujeito uma vez condenado por um dos crimes previstos em rol taxativo, será considerado um sujeito que está na posse de bens presumíveis serem de atividades criminosas⁴³⁶.

O argumento pelo qual a legislação espanhola entende ser amplamente possível a aplicação do confisco alargado está no fato de que tal instrumento está ajustado aos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, pois não se está perseguindo reprovar o sujeito pela realização de um fato ilícito, no que seria especificamente uma sanção de cunho penal. O que se busca é corrigir uma situação patrimonial ilícita, derivada de um enriquecimento injusto de origem delitiva⁴³⁷. Portanto, o entendimento sobre a natureza jurídica que predomina na Espanha é que a medida é uma consequência acessória da própria pena⁴³⁸.

Por fim, o confisco de bens de terceiro, elemento anteriormente previsto pelo Código Penal Espanhol, sofreu melhoras de ordem técnica, destinadas a incrementar a eficácia e a segurança jurídica de sua aplicação.

435 AGUADO, Javier-Alberto Zaragoza. **La Nueva regulación del Decomiso de Bienes em el Código Penal y em el Derecho Comparado**. Combate al Lavado de Activo desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú. Org. Isidoro Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga e Javier Zaragoza Aguado. 2014. p. 349.

436 a) Delitos de trata de seres humanos; b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264; d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; e) Delitos relativos a las insolvencias punibles; f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; g) Delitos de corrupción en los negocios; h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298; i) Delitos de blanqueo de capitales; j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; n) Delitos de falsificación de moneda; o) Delitos de cohecho (suborno); p) Delitos de malversación; q) Delitos de terrorismo; r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

437 Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 15/09/2015.

438 Sobre este aspecto é válido remeter o autor à Lei nº 18.494/2009 da República do Uruguai, o qual expressamente dispõe no artigo 63.1 sobre o conceito de confisco “ *El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita*”. Sobre a natureza jurídica do confisco no direito Uruguai ver: BLANCO, Ricardo Pérez. Determinación de la Naturaleza Jurídica del Decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida. 2011. p. 21 – Disponível em: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf Acesso em 08/10/2015.

Assim, nos casos em que não seja possível localizar os bens, porque transferidos a terceiros ou se os bens estejam fora do alcance dos tribunais ou juízes, ou ainda que tenham sido destruídos, ou mesmo tenham perdido o valor em relação ao momento em que foi incorporado ao patrimônio do sujeito, o Juiz ou Tribunal pode realizar uma análise estimativa dos bens a ser confiscado e determinar uma quantidade aproximada do valor do bem, tornando indisponível outros bens, ainda que na posse de terceiros, mas ligados ao arguido. O Código Penal Espanhol dispõe que será aplicada esta regra quando os bens forem transferidos ao terceiro a título gratuito ou por um preço inferior ao real de mercado, nestes casos, será presumível ser de origem criminosa, salvo prova em contrário, as quais podem ser feitas pelo terceiro comprovando que não conhecia ou que não tinha motivos para suspeitar que se tratassem de bens de uma atividade ilícita ou que lhes foram transferidos para evitar o confisco⁴³⁹.

Outro ponto interessante trazido pela Lei nº 1/2015⁴⁴⁰ diz respeito a possibilidade de os juízes decidirem pelo confisco alargado de bens quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) Condenação do sujeito por um dos crimes do rol taxativo do artigo 127, 1;
- b) Que o delito tenha sido praticado em continuidade delitiva;
- c) Que existam indícios fundados de que os bens do arguido são procedentes de outra atividade delitiva.

Neste quesito a própria lei espanhola define o que sejam indícios fundados, isto é, aqueles provenientes da ocultação da titularidade dos bens por interpostas pessoas físicas ou jurídicas ou a utilização de paraísos fiscais para o envio de recurso ou em territórios que não tributem referidos bens, dificultando determinar a sua origem.

O disposto no artigo – 127, 1 – somente será aplicado se o arguido obtiver um benefício superior a 6.000 euros. A lei também define o que entende por continuidade delitiva afeta ao confisco alargado, ou seja, o arguido deve ter sido condenado por três ou mais delitos que derivaram a obtenção do benefício econômico.

Por fim, no item 67 do artigo 127 da Lei 1/2015, dispõe que nos casos em que não seja possível realizar o confisco dos bens, por sua natureza ou por qualquer outra circunstância, pode o juiz determinar o confisco de outros bens, inclusive de origem

439 Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 15/09/2015.

440 Artigo 127, item 65 da Lei 1/2015.

lícita, mas que esteja na posse dos sujeitos criminalmente responsáveis pelos fatos, por um valor equivalente a parte não submetida ao confisco.

6.5 O Confisco de Bens na realidade normativa da Itália

Semelhante ao sistema português de confisco alargado, tem-se o modelo italiano, previsto no artigo 12 - sexies do D. L italiano nº 306 de 8 de junho de 1992 que assim dispõe: “ é sempre possível o confisco de dinheiro, bens ou outra utilidade do qual o condenado não pode justificar a sua origem”⁴⁴¹.

Para a legislação italiana, inverte-se o ônus probatório para o condenado que esteja na posse de bens desproporcionais com sua renda declarada, podendo como na maioria dos Estados-membros da UE, incidir o confisco sobre bens por valor equivalente⁴⁴².

Recentemente, através do Decreto Legislativo nº 159/2011⁴⁴³, a Itália reforçou o combate à criminalidade organizada, em especial através de medidas preventivas e anti-máfias. No título II⁴⁴⁴ do referido decreto legislativo, encontra-se previsto o confisco como medida de prevenção financeira. Nestes casos, o artigo 18, 3, estabelece inclusive a possibilidade da incidência do confisco sobre os bens no caso de morte do arguido. Neste caso o mecanismo deve incidir dentro de um período de cinco anos, depois da morte e vai alcançar somente os bens que foram transmitidos aos sucessores pela morte do arguido.

A legislação italiana também se preocupou com o destino e administração dos bens e valores confiscados. Tal previsão vem disposta no título III, em que os bens passam a ser de responsabilidade da Agência Nacional⁴⁴⁵ para a administração e o seu destino, quando confiscados da criminalidade organizada. O decreto legislativo

⁴⁴¹ **CORREIA**, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. INCM, 2012. Lisboa. p. 59

⁴⁴² Conforme dispõe o Artigo 24 - texto original: “ *Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*” e Artigo 25 – texto original: “ *Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente*”.

⁴⁴³ <http://www.giurdanella.it/codice-antimafia-aggiornato-testo-vigente-dl-159-2011/> Acesso em 16/09/2015.

⁴⁴⁴ http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2011_0159.htm#028 Acesso em 16/09/2015.

⁴⁴⁵ Texto original do artigo 30 “ *... l'amministratore giudiziario nominato nel procedimento penale prosegue la propria attività nel procedimento di prevenzione, salvo che il tribunale, con decreto motivato e sentita l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, di seguito denominata «Agenzia», non provveda alla sua revoca e sostituzione*”.

se refere, no decorrer do texto, apenas ao nome agência para se referir ao órgão responsável pela gestão dos bens e valores confiscados.

Antes da decisão em primeira instância do confisco, a agência pode assistir o administrador judicial para o melhor uso da propriedade. Após esta decisão de primeira instância, a agência passa assumir a responsabilidade pela propriedade objeto do confisco.

Recentemente o artigo 12 *sexies* do D. L. italiano, sofreu alteração pela lei nº 68⁴⁴⁶, de 22/05/2015, a qual entrou em vigor na Itália em 29/05/2015. Tal lei se refere as mudanças nos delitos ao meio ambiente, entretanto incluiu novas modalidades delitivas no rol taxativo⁴⁴⁷ do artigo 12 e reforçou o entendimento da inversão do ônus da prova sempre que o arguido não possa justificar a origem do dinheiro, bens ou outros utilitários que estão na sua posse ou na posse de uma terceira pessoa, física ou jurídica, ligada ao arguido.

Em agosto de 2015, através do Decreto Legislativo 137⁴⁴⁸, de 07 de agosto, a Itália atualizou a Decisão-Quadro 2006/783/GAI, relativa a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo sobre decisões de outros Estado-nacionais da UE, no que se refere ao confisco de bens, dinheiro ou utilidades.

Portanto, denota-se que a legislação italiana, no que se refere ao confisco, dispõe de três instrumentos:

- i) O confisco clássico destinado a perda de bens que são instrumentos ou produtos do crime;
- ii) O confisco baseado em uma condenação do sujeito, que tem em sua titularidade, de forma direta ou indireta, um patrimônio incongruente com os seus rendimentos formais conhecidos. Neste caso há a inversão do ônus

446 Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/28/15G00082/sg> Acesso em 16/09/2015.

447 Versão em Italiano: *articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, sesto comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473, 474, 517-ter e 517-quater, 416-bis, 452-quater, 452-octies, primo comma, 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 601, 602, 629, 630, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter del codice penale, nonche' dall'art. 12-quinquies, comma 1, del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, o dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ovvero pertaluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione deirelativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, 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 valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attivita' economica.*

448 Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/09/02/15G00152/sg> Acesso em 16/09/2015.

probatório, cabendo ao arguido a prova de que seus bens foram adquiridos de forma lícita;

iii) O confisco preventivo de bens que estão na posse de pessoas integrantes de organizações criminosas tipo máfias, fundado, neste caso em presunção de que os bens são oriundos da criminalidade. Esta última modalidade tem superado a busca de provas, elemento essencial para a condenação criminal, mas de difícil obtenção quando se pensa na perda de bens das organizações criminosas.

Da mesma forma, está afinada com as decisões-quadros emanadas pelo Conselho Europeu, notadamente no que se refere à cooperação jurídica internacional, como por exemplo, a adoção do princípio do reconhecimento mútuo em decisões de confisco elaboradas por outros Estados-membros. Esta faceta da Itália demonstra que aquele país está buscando instrumentos e ferramentas para fazer frente à criminalidade de *profitto*, ou seja, aquele tipo de organização criminosa que visa o lucro com a mesma sede que busca o poder⁴⁴⁹.

Sobre a constitucionalidade ou não da medida prevista no artigo 12 – sexies do D.L. de 08/06/1992, nº 306, modificado pela Lei nº 356 de 07/08/1992, tanto o Tribunal Supremo Italiano, como o Tribunal Constitucional, consideraram o instrumento de acordo com a constituição da Itália. Entenderam que o objetivo do confisco alargado italiano não é sancionar o condenado, mas sim impedir que os bens sejam novamente utilizados para outras práticas criminosas, isto é, para ambos os tribunais italianos, trata-se de medida patrimonial fundamentada na periculosidade da coisa e não do condenado⁴⁵⁰.

Assim, o que se percebe é que na Itália o mecanismo de confisco alargado está ligado diretamente aos bens e não ao juízo de culpabilidade do sujeito ativo, reforçando a idéia que se trata de medida nitidamente de prevenção.

449 **BLANCO CORDERO**, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 71.

450 *Ibidem*, p. 75.

6.6 O Confisco de Bens na realidade normativa de outros países da U.E.

Na França, a partir da Lei nº 2006-64, foram instituídas normas mais rigorosas para pessoas condenadas a penas superiores a cinco anos, abrangendo também as pessoas que tenham ligação com os condenados e não apresentam rendimentos lícitos justificáveis com a sua forma de vida⁴⁵¹. A Lei nº 2006-24 alterou o artigo 321-6 do Código Penal Francês.⁴⁵²

Outro ponto importante na legislação francesa está na alteração proporcionada pela Lei nº 2007-297, a qual modificou o artigo 131-21 do Código Penal Francês, estabelecendo o *confiscation* tratada como pena complementar, de caráter facultativo, porque aplicável somente nos casos expressamente previstos em lei e às infrações puníveis com penas superiores a um ano, exceto os crimes de imprensa, podendo o arguido provar a origem lícita de seus bens

O direito britânico⁴⁵³, por sua vez, estabelece duas frentes para a perda das vantagens oriundas de crimes: o confisco penal (*criminal confiscation*) e o confisco administrativo (*civil recovery*). Para o confisco penal, inicialmente o Tribunal faz uma análise se o arguido tem ou não um modo de vida criminoso, o qual deve ser provado pela acusação, levando-se em conta o sistema *balance of probabilities*, isto é, há requisitos objetivos que subsidiam a prova do modo de vida do acusado, são eles: a) condenação como autor, coautor ou partícipe em crimes de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, direção de grupos terroristas, tráfico de pessoas ou armas, contrafação e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão; ou b) o crime se insere numa sequência de atividades criminosas, em que o agente obteve com o crime um benefício não inferior a cinco mil libras, neste caso, o agente tem que ter sido condenado no processo por pelo menos três outros crimes e tenha obtido idêntico benefício ou se, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha obtido idêntico benefício;

⁴⁵¹ CAEIRO. Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia** (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 21. Vol. 100. jan.-fev. / 2013. p. 466/467.

⁴⁵² Passou a incriminar, punindo com pena de três anos de prisão e 75.000 euros de multa, o fato do agente não apresentar recursos lícitos que justifiquem o seu modo de vida, mantendo ao mesmo tempo relações habituais com pessoas que, ou se dedicam ao cometimento de crimes puníveis com pena não inferior a cinco anos de prisão, os quais acabam lhes trazendo benefício direto ou indireto. Sobre o tema Cf., CAEIRO. Pedro. *Ob. cit.*, 2013.

⁴⁵³ CAEIRO. Pedro. **Sentido...** *Ob. cit.*, p. 471.

ou c) o crime foi cometido durante, seis meses e o condenado obteve um benefício não inferior a cinco mil libras.

Após esta análise o Tribunal britânico conclui ou não pelo modo de vida criminoso do agente. Em caso positivo, presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos anteriores ao início do processo e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento posterior a sentença penal condenatória, mas antes do fim do processo, constitui resultado de atividade criminosa e podem ser confiscados pela coroa, podendo, sempre, o arguido provar a origem lícita dos bens que estão sobre a sua posse ou disponibilidade.

Por fim, o confisco administrativo ou *in rem*⁴⁵⁴ é aquele que recai contra a propriedade objeto do confisco, a qual é definida como aquela que foi obtida pelo investigado através de práticas criminosas de valor superior a dez mil libras. Nestes casos a Coroa não tem que provar o cometimento de um crime pelo arguido, basta a prova, pelo sistema *on the balance of probabilities*, que os bens têm procedência de fatos que integram certo gênero ou gêneros de crimes como, por exemplo, furto, roubo, extorsão, fraudes e receptação.

Assim, como visto, denota-se que a comunidade internacional está preocupada em combater a criminalidade que visa lucro e impedir que estes delinquentes, novamente, reinvestam o dinheiro em novas práticas criminosas, podendo, inclusive, afetar a própria ordem econômica, já que tem capacidade de contaminar a concorrência entre os mercados, provocando uma deslealdade que deságua, em última análise, na aflição do próprio desenvolvimento,

Por isso, é previdente se pensar, em direito brasileiro, na possibilidade de se adotar a inversão do ônus da prova nos casos de patrimônio incongruente com as rendas formais do arguido, preenchidos, logicamente, alguns requisitos de ordem formal/objetiva, já que esta concepção de mudança do encargo probante reforça e proporciona muita efetividade às medidas de confisco.

De tudo, o que se percebe, em quase maioria dos Estados estudados, é que o instrumento de confisco, uma vez integrado à legislação interna, passa a ter eficácia ao fim que se propõe, entretanto, uma questão carente de exame são os problemas

⁴⁵⁴ CAEIRO. Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia** (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 21. Vol. 100. jan.-fev. / 2013. p. 472.

dos casos de execução de ordens de confisco em um contexto internacional. A Itália, conforme demonstrado, já tomou frente sobre este ponto, adotando no seu território o princípio de reconhecimento mútuo de decisões de Estados-membros da UE, no que pertine à perda de bens oriundos do crime.

A questão ganha contornos na medida em que o Estado que deseja executar uma ordem de confisco, pode não ter a competência ou jurisdição para tal, especialmente porque a propriedade na qual quer executar a ordem de confisco está situada fora de sua competência - no exterior, por exemplo.

Sobre este tema, STESENS⁴⁵⁵ demonstra a possibilidade de solução através da cooperação, ou seja, o Estado que carece de jurisdição para execução da medida pode solicitar cooperação jurídica de um outro Estado que tenha essa jurisdição. Esta cooperação será concentrada, na maioria dos casos, na base dos mecanismos de cooperação tais como daqueles fornecidos pela Convenção de Viena de 1988.

Também, poderia se cogitar na possibilidade de um Estado determinar o confisco de bens em propriedade localizada fora do seu território e sem que haja a cooperação jurídica – seriam medidas unilaterais de confisco. Por certo que esta última opção está na contramão de direção de toda a dogmática penal internacional, em especial pelos conceitos restritivos de soberania.

Sobre a cooperação, STESENS⁴⁵⁶ elenca duas possibilidades: ou o confisco estrangeiro é reconhecido e executado no Estado onde a propriedade está situada – cooperação direta, ou o Estado que recebe a execução de confisco instaura novo processo e reforça a decisão de confisco do Estado demandante – cooperação mediata. No caso de um novo processo de confisco no Estado requerido, a ordem estrangeira servirá como ponto de partida para aquele processo. As Convenções de Viena de 1988, a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 e a Convenção Contra a Corrupção de 2003, todas analisadas anteriormente, atendem às duas possibilidades, isto é, sobre os dois modelos de cooperação internacional.

Assim, quando um Estado recebe um pedido para a execução de uma ordem de confisco estrangeira, pode optar a começar um novo processo de confisco ou mesmo realizar a cooperação de forma direta. Em alguns casos isto pode até ser necessário como, por exemplo, quando o Estado requerido recebe um pedido para a

⁴⁵⁵ STESENS, Guy. *Money Laundering. A new international law enforcement model*. CSICL. Cambridge Studies in: *International and Comparative Law*. 2008. p. 382.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 385.

execução de uma ordem de confisco emitida contra uma corporação. Neste caso, o Estado requerido terá que começar um novo processo a fim de determinar a respeito de qual propriedade de pessoa natural esta ordem de confisco precisa ser feita. Excepcionalmente, o Estado requerente ou o Estado requerido, podem optar por usar uma combinação de ambos os modos de cooperação.

Percebe-se que a questão processual e de cooperação são inerentes ao confisco, independentemente do Estado Nacional que se esteja analisando.

Neste vértice, também denota-se que a grande maioria dos sistemas de justiça penal está bem familiarizada com a modalidade de confisco, quando decorrente de apreensão do bem utilizado para a prática criminosa ou como consequência desta resulta em um produto ou proveito do crime – é o chamado confisco objeto.

Entretanto ainda é incipiente a discussão internacional sobre o confisco que esteja relacionado com os frutos do crime, isto é, com os ganhos financeiros obtidos com a prática criminosa - *fructum sceleris*, ou mesmo o confisco de valores equivalentes ao ganho com a prática criminosa – confisco valor.

Desta forma, por exemplo, na Holanda⁴⁵⁷ há uma nítida distinção entre o confisco de instrumentos do crime, que é considerado como uma sanção penal e o confisco valor, visto como uma medida preventiva.

Também, no modelo Holandês, há um forte movimento político no sentido de autonomizar⁴⁵⁸ o confisco, isto é, tratá-lo como medida independente de um processo penal, podendo apenas ter o impulso inicial por uma condenação de natureza penal, entretanto, o procedimento posterior seria autônomo em relação ao processo que lhe originou.

Outros ordenamentos jurídicos diferenciam o confisco no âmbito penal – confisco como finalidade repressiva e confisco como forma de apreensão -, este último como meta preventiva. Esta distinção é, por exemplo, conhecida na Bélgica, Luxemburgo e na lei Suíça⁴⁵⁹.

457 CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 165.

458 No Direito Italiano também há esta tendência. Cf. MAUGERI, Ana Maria, **Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo**. Milano, 2001, pg. 883.

Disponível em: <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/371815924.pdf> - Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporâneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 105.

⁴⁵⁹ STESSENS, Guy. **Money Laundering. A new internacional law enforcement model**. CSICL. Cambridge Studies in: Internacional and Comparative Law. 2008. p. 31.

Em alguns casos, o confisco criminal pode ter funções reparativas, como por exemplo quando a propriedade é confiscada para compensar as vítimas de um crime. A legislação da Suíça estipula que a propriedade que constitui provento de crime não poderá ser confiscada se um terceiro a adquiriu, inconsciente e sem conhecimento dos atos criminosos anteriores. Uma exigência semelhante existe na Holanda – art. 32 (2) do Código Penal Holandês.

Esse requisito, também é apresentado pela Lei Belga⁴⁶⁰ (art. 42, 1º e 2º do Cód. Penal Belga), isto é, precisa ser analisado o bem no momento em que o crime é cometido, caso contrário, seria suficiente para mudar a posse depois da perpetração do crime, a fim de escapar do confisco da instrumentalidade do crime. A respeito do confisco objeto de rendimentos/lucros advindos de crime, a jurisprudência Belga estabeleceu que não é possível confiscar rendimentos advindos de crime o qual foi adquirido por terceiros inocentes.

Portanto, é perceptível nos sistemas internacionais anteriormente referidos, a existência de duas modalidades de perda de bens, uma destinada ao objeto do crime ou seu produto – conhecido por confisco objeto e outra destinada aos valores ou proveitos do crime – conhecido por confisco por valor equivalente ao *quantum* obtido com a prática criminosa, isto é, a primeira opera *in persona* somente, vale dizer: o confisco objeto leva em conta os benefícios que o sujeito auferiu com a prática criminosa e, neste caso, a perda incidirá sobre os bens de sua propriedade. Já o confisco valores leva em conta apenas e exclusivamente os valores auferidos pelo arguido com a ofensa criminosa, o que é determinado pela avaliação judicial, e objetiva os rendimentos resultantes do fato ilícito. Por esta razão, nada obsta que o pagamento do resultado da avaliação do confisco valor seja pago com recursos lícitos do arguido.

Da mesma forma, também não há obstáculo para aplicação mista do confisco objeto e valor, ou ainda, sua aplicação de forma facultativa.

O Parlamento Belga⁴⁶¹ optou por um sistema de confisco opcional a fim de permitir aos juízes a renúncia do confisco se os efeitos sociais possam ser pesado demais do que suas próprias vantagens. A lei Suíça explicitamente permite ao juiz

⁴⁶⁰ **STESSENS**, Guy. *Money Laundering. A new internacional law enforcement model*. CSICL. Cambridge Studies in: Internacional and Comparative Law. 2008. p. 34.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 38.

prestar atenção aos fatores pessoais e desistir do confisco valor se isto for impedir a reintegração social do ofensor (artigo 59(2) do Código Penal Suíço).

Basta uma análise superficial para perceber que o confisco de valores é preferível. Ele fornece um modelo legal melhor de privar os infratores de seus ganhos infundados, na medida em que não está restrita a propriedade que constitui rendimentos de crime, mas sim na avaliação destes rendimentos, justamente porque seu alcance é, em princípio, confinado a propriedade em posse do infrator, o risco de violação dos direitos legítimos de terceiros é muito baixo.

Outro ponto importante para a reflexão sobre o confisco valor está na confusão das propriedades, isto é, uma lícita junto à outra ilícita.

Imaginemos um caso hipotético: um traficante de drogas que vende determinada quantia de entorpecentes e adquire com isso, certa quantia em dinheiro. Com este proveito obtido, o sujeito compra cavalos de raça para colocar em sua fazenda e também investe parte do dinheiro em aplicações que já possui anteriormente. Neste caso há uma mistura entre os bens semoventes que, inicialmente podem ser lícitos e outros ilícitos, bem como o dinheiro aplicado nas ações, que acabam se misturando.

Para solução deste problema, necessário incursionar na definição de propriedade que pode ser objeto de confisco. Para a Convenção de Viena pode ser confiscado o “patrimônio de toda espécie, seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, tangível ou intangível e ainda os documentos legais ou instrumentos provando título para, ou interesse nestes bens”.

Por sua vez, a Convenção de Estrasburgo de combate a lavagem de dinheiro, difere ligeiramente ao dispor que é “propriedade de qualquer denominação, seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel e documentos legais ou instrumentos provando o título para, ou interesse em tal propriedade”⁴⁶².

A diferença está, portanto, no fato da Convenção de Viena⁴⁶³ estipular, expressamente, que tanto a propriedade tangível⁴⁶⁴ quanto a intangível podem ser

462 Artigo 1º, alínea “B” da Convenção. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf> Acesso em 17/09/2015.

463 Artigo 1º, alínea “C” da Convenção. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm Acesso em 18/09/2015.

⁴⁶⁴ Bens tangíveis são aqueles que tem existência física, podem ser tocados. Por exemplo, um carro, um cavalo de raça. Bens intangíveis são aqueles representados por direitos, como ações, marcas, patentes.

confiscadas, uma disposição que é inexistente na definição da Convenção de Lavagem de Dinheiro.

Na medida em que no confisco objeto a questão pode levantar problemas, ou seja, se é possível ou não o confisco dos rendimentos que foram transformados ou convertidos em outra propriedade, a pertinência desta questão é óbvia: criminosos podem separar mais rapidamente possível a propriedade que constitui rendimentos/produtos primários de seus crimes com as outras adquiridas licitamente, a fim de obstruir qualquer tentativa para rastrear a propriedade ilícita.

A Convenção de Viena, ao dispor sobre o confisco de propriedade com a qual produtos tenham sido confundidos, entende ser possível o seu confisco, já a convenção de lavagem é silente sobre o assunto.

Assim, vê-se que na medida em que o sistemas jurídicos operam um modelo de confisco de valores, nem um destes aspectos é provável representar um problema, já que o modelo de confisco valores pode ser executado em todo tipo de propriedade detida pelo condenado, mesmo até se legalmente adquirida⁴⁶⁵.

Denota-se, por conseguinte, que o tema gira sobre a ótica da natureza jurídica do próprio confisco, se tido como uma sanção penal, portanto natureza jurídica punitiva ou se apenas reparadora, esta com intuito de colocar o condenado ao *status quo ante*.

Sobre este ponto, tanto um quanto outro, tem a finalidade de evitar que os criminosos colham benefícios econômicos com a prática ilícita.

A questão ganha contornos quando se discute se é possível confiscar o lucro bruto do delinquente ou se somente é possível confiscar lucro líquido⁴⁶⁶, neste caso, possibilitando, por exemplo, que o criminoso desconte os tributos e taxas pagas com a atividade.

Evidentemente que por este raciocínio poderia se chegar a um contrasenso, especificamente ao se pensar que criminosos de colarinho branco. No caso de ser confiscado a sua renda bruta, pela prática de atividades ilegais, significaria dizer que o criminoso do colarinho branco, o qual provavelmente pagou todos seus tributos/taxas pela atividade ilegal que praticou, acabará por ser penalizado mais do que um criminoso (profissional) que nunca pagou seus impostos, na medida em que

⁴⁶⁵ **STESSENS**, Guy. *Money Laundering. A new internacional law enforcement model*. CSICL. Cambridge Studies in: Internacional and Comparative Law. 2008. p. 48.

⁴⁶⁶ Sobre o tema ver: **BLANCO CORDERO**, Isidoro. *El Decomiso de Ganancias de la Corrupción*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB – Ano 1. Vol. 1. Nº 1, 2013.

ao criminoso de colarinho branco, neste contexto de confisco da renda bruta, não será possível deduzir suas taxas/tributos.

Não obstante a conclusão que somente o lucro líquido deveria ser confiscado, foi demonstrado⁴⁶⁷ que na prática real muitas políticas criminais internacionais tendem para um conceito mais amplo e assim adicionam um lado claramente punitivo ao confisco de rendimentos/produtos de crime.

Por outro lado, percebe-se que o impulso da nova política de justiça criminal é precisamente que os infratores, se condenados, não serão capazes de se beneficiarem de crime que cometeram.

Desta forma, o confisco de produtos de crimes é característico de uma visão meritocrática que prevalece na sociedade contemporânea: é destinado a assegurar que ninguém tenha o que não merece, isto demonstra, que a nova política de justiça criminal também tem um viés de natureza punitiva e não somente preventiva⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Ver capítulo 4 desta pesquisa.

⁴⁶⁸ **STESSENS**, Guy. *Money Laundering. A new internacional law enforcement model*. CSICL. Cambridge Studies in: Internacional and Comparative Law. 2008. p. 53.

7. A INEFICÁCIA DO MODELO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DE PADRÕES: O CONFISCO ALARGADO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PROVENIENTES DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA – UMA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

A sociedade está insatisfeita com os resultados que os métodos clássicos de resposta à criminalidade econômico-financeira vêm atingindo. O conceito de confisco clássico pode ser obtido em DOMINGUEZ⁴⁶⁹ quando refere-se à perda de bens, ou seja, “*la pérdida definitiva de los efectos, objetos y ganancias relacionadas con una infracción delictiva*”.

Entretanto atualmente, o crime, em especial o lucrativo, não se basta apenas com condutas regionalizadas, necessita ultrapassar fronteiras, ocultar bens provenientes de crimes, dissimular sua origem e posteriormente dar uma nova roupagem ao capital acumulado, a fim de inserir novamente na sistemática delitiva, no intuito de maximizar, cada vez mais, seus lucros ilícitos.

Assim, políticas públicas criminais efetivas e instrumentos de cooperação internacional que visem coibir estas práticas e resgatar os investimentos monetários injetados nestas organizações – não raras vezes desviados das contribuições públicas – são os novos desafios das sociedades do século XXI.

É certo que o Código Penal Brasileiro, no artigo 91, como amplamente visto alhures, dispõe de instrumentos para perda em favor da União, dos instrumentos e dos produtos do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito ou ganho pelo agente com a prática criminosa. O modelo brasileiro de confisco, chamado por alguns de confisco clássico ou de efeitos secundários da pena privativa de liberdade, prevê a possibilidade de se perder em favor do Estado, os bens corpóreos e incorpóreos que foram produzidos pelo próprio crime ou *através* do crime (*producta sceleris*), bem como àqueles utilizados para a prática criminal (*instrumenta sceleris*).⁴⁷⁰ Esta medida foi muito bem introduzida no código penal pátrio, já que não é admissível conviver em

⁴⁶⁹ DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo. **Análisis jurídico-penal de la figura del comiso**. Editora Comares. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada. 2004. p. 5.

⁴⁷⁰ Ressalte-se que atualmente os bens incorpóreos também podem ser confiscados, deste modo, eventual arquivo que contenham pornografia infantil devem ser subtraídos ao poder do imputado.

uma sociedade que, por exemplo, não pode confiscar eventualmente a arma do crime⁴⁷¹ ou a moeda falsa⁴⁷².

Denota-se que tal medida é essencialmente preventiva, no sentido que procura evitar ou diminuir os riscos decorrentes da disponibilidade destes elementos em “mãos erradas”, podendo ser utilizado como fomento para novas práticas criminosas.

Por outro lado, com a atualização operada na lei de lavagem de dinheiro no Brasil, expandindo as modalidades e hipóteses de cabimento de medidas assecuratórias patrimoniais, máxime no que diz respeito à possibilidade de alienação antecipada de bens, a perseguição de ativos na realidade brasileira alcançou outros contornos, principalmente porque tais transformações serviram de supedâneo à reconfiguração de nossa legislação codificada.

Nesse sentido, verifica-se que no ano de 2012, o artigo 144-A foi incorporado ao Código de Processo Penal, permitindo a venda antecipada de bens a quaisquer das modalidades típicas previstas na lei penal substantiva, seja ela codificada, ou não, superando a restrição legal à qual os operadores do direito se viam submetidos – tais expedientes específicos de medidas cautelares patrimoniais até então somente eram possíveis nas leis que dispunham sobre o branqueamento de capitais e sobre o tráfico de estupefacientes.

Frente à especialização da criminalidade econômica atual, todavia, e como amplamente debatido neste expediente, apenas estas medidas não são suficientes ou capazes de mudança do senso comum, qual seja: que o delito econômico, em todas as suas modalidades, não deve compensar.

O direito penal e processual penal brasileiro ainda carecem de instrumentos eficientes ao enfrentamento destas modalidades criminosas. Crimes graves e complexos devem ser enfrentados com leis rigorosas e eficientes. Entendemos que o confisco alargado de bens é medida de cunho processual pragmático, na medida em que torna possível frear a realização dos delitos econômicos a longo prazo e retornar o delincente ao *status quo ante*.

Outro ponto central que poderia reforçar o modelo de confisco alargado seriam os casos em que há a extinção da punibilidade do agente.

⁴⁷¹ Os crimes definidos no Estatuto do Desarmamento seguem a regra disposta no artigo 25 da Lei 10.826 de 22.12.2003.

⁴⁷² É bom ressaltar que do ponto de vista processual, os instrumentos do crime serão objetos de apreensão pela autoridade policial, podendo, caso não tenham sido encontrados no local do crime, ser objeto futuro de busca e apreensão nos termos do artigo 240 do CPP.

Para elucidar melhor a questão basta imaginar um sujeito detido, transportando com seu caminhão, 500 kg de cocaína. O caminhão é avaliado em quatrocentos mil reais. Neste caso, como o caminhão é instrumento do tráfico de drogas, automaticamente, como efeito secundário da condenação, será dado perdimento em favor da União, (vide artigo 91 do Código Penal Brasileiro). Imagine-se que este sujeito, após inúmeros recursos contra a sentença penal condenatória, morre no transcurso da ação penal. Neste contexto, obrigatoriamente o magistrado terá que proferir sentença declaratória de extinção da punibilidade pela morte do agente. Assim, os sucessores deste sujeito poderiam levantar a constrição do bem e inventariá-lo, já que não houve sentença penal condenatória, ainda que cabalmente provado o bem como um instrumento do tráfico ilícito de drogas⁴⁷³.

Neste caso, ao se ponderar pela ótica do confisco alargado, como houve sentença penal condenatória em segunda instância de tráfico de drogas, caberia ao sujeito ou aos seus sucessores provar a origem lícita do bem e de outros que estão sob suas responsabilidades, sob pena de serem considerados presumíveis de origem criminosa e, portanto, objeto de perda alargada em favor da União.

7.1. A NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO ALARGADO E SUA EFICÁCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CRIMINALIDADE REDITÍCIA

O confisco alargado, como medida de combate à criminalidade reditícia ou de profitto, é instrumento que, em primeira análise, pode causar estranheza aos operadores do Direito. Entretanto, após uma compreensão ampla sobre a densidade jurídica proposta, o instituto passa a ganhar luzes que permitem um caminhar rumo ao desenvolvimento, justamente porque ele reforça o Estado de Direito, ao reafirmar o valor das regras, reforça a concorrência legal porque impede o reinvestimento de valores oriundos de prática ilícitas na economia formal e por fim, reforça o padrão preventivo, isto é, que o crime não é um modelo de acumular patrimônio.

Nesse sentido, quando se pensa no confisco alargado e na sua natureza jurídica, inicialmente, é essencial ponderar a respeito da decisão do TEDH - Tribunal

⁴⁷³ Sobre este ponto ver decisão do Tribunal Regional Federal 5ª região: TRF-5 APR 2253720134048100 - Data de publicação: 18/07/2013 - (TRF5, ACR 6236/CE, Rel. Des. Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Segunda Turma, DJ 28/01/2009, p. 245).

Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Filipe vs Reino Unido*⁴⁷⁴ ocorrido em 05/07/2001. O tema central da discussão levada a efeito pelo Tribunal está fundamentado em duas premissas: a primeira encontra-se prevista no artigo 2º da Lei de Drogas de 1994 do Reino Unido, o qual dispõe, em síntese, que todos os bens que estiverem na posse do arguido, até seis anos antes do início do processo por tráfico de drogas, dado o contexto em que se insere o sujeito, permitem a conclusão de que também integram o patrimônio construído através do tráfico de entorpecentes, exceto se o arguido provar que os obteve de maneira lícita. A presunção se legitimaria através da comprovação da seguinte assertiva: o acusado necessariamente trabalhou em outras atividades legais antes de ser condenado por tráfico de drogas. A segunda premissa está vinculada ao princípio da presunção de inocência, estampado no art. 6º, §2º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal de Estrasburgo decidiu que o princípio da presunção de inocência se aplica aos crimes para os quais haja previsão de pena privativa de liberdade, excluindo-se as hipóteses de incidência do confisco de bens. Por esta razão o Tribunal entendeu que o confisco alargado não violaria os Direitos do Homem, tampouco o princípio da presunção de inocência.⁴⁷⁵

Assim, especialmente sobre o princípio da presunção de inocência e *indubio pro reo*, muito se discute acerca da natureza jurídica do confisco alargado, mesmo nos países em que ele já está integrado à legislação e incorporado à prática forense.

As teses sobre a natureza jurídica⁴⁷⁶ do mecanismo, oscilam entre propostas de caráter penal, como efeito secundário de uma sentença condenatória, civil, como forma de reparação do dano e administrativo, como medida de cunho não jurisdicional⁴⁷⁷.

A proposta de natureza penal tem como fundamento o próprio efeito da pena, com consequências patrimoniais e não automáticas⁴⁷⁸.

Trata-se, portanto, de medida de política criminal relacionada à prática de crimes e à perda de bens, vantagens e proveitos, com delineamentos de finalidade

474 Disponível em: www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sumários%202007.pdf

Acesso em 08/10/2015.

475 **CORREIA**, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. INCM. 2012. pg. 63.

476 A natureza jurídica de um instrumento jurídico, não deve estar adstrita unicamente ao corpo jurídico legal que se encontre ou se situe estruturalmente, mas principalmente, na esfera jurídica em que produz seus efeitos. No mesmo sentido Ana Isabel Cerezo Domínguez in **Análisis jurídico-penal de la figura del comisso**. Editora Comares. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada. 2004. p. 32.

477 **DOMÍNGUEZ**, Ana Isabel Cerezo. **Análisis jurídico-penal de la figura del comisso**. Editora Comares. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada. 2004. p.23 et.seq.

478 Esta é a posição de **DIAS**, Augusto Silva. **Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito**. 2ª Congresso de Investigação Criminal. Editora Almedina. 2010. p. 39.

retributiva pelo mal causado, e, apesar de combatida por FIGUEIREDO DIAS⁴⁷⁹de que estaria fundamentada no princípio da culpa, não há como negar esta característica, ou seja, o Estado, neste modelo, exigiria comprovação de um ilícito penal praticado pelo sujeito ativo, entretanto não haveria necessidade, neste caso, de comprovação da culpabilidade porque não guardaria relação direta com a pena, já que lhe faltaria o sentido, a justificação, a finalidade e os limites da própria pena, portanto, para este autor, os efeitos da pena não guardariam relação com a culpa, mas unicamente em exigências de prevenção geral e individual.

Seria uma espécie de consequência jurídica da própria sanção penal, ou seja, uma vez condenado o sujeito por determinado crime, com trânsito em julgado, como resultado automático desta condenação, este sujeito sofreria o confisco dos seus bens – proveitos direto e indireto auferidos com a prática criminosa –, portanto, seria medida muito mais próxima ao confisco clássico do que um instituto novo, apto a fazer frente às novas formas de práticas criminais econômicas.

Ademais, sob este prisma, a concepção que vê a medida de confisco alargado como natureza de cunho penal não pode estar à margem das limitações impostas ao poder punitivo estatal, principalmente os princípios constitucionais.

Por outro lado, ainda sobre a concepção penal, o confisco alargado, como demonstrou GODINHO,⁴⁸⁰ganhou força no direito português e em países do bloco europeu, no que se refere a relação direta entre confisco e a medida de segurança.

Segundo esta posição, o binômio fundamental está em relacionar a pena com a culpa do sujeito e a medida de segurança com a sua periculosidade. A posse de bens incongruentes por parte do arguido é suscetível a uma reação penal de prevenção já que há um perigo latente de que tais bens sejam reinvestidos em novas práticas criminais e, assim, o confisco, visto pelas lentes da medida de segurança, seria justificável, já que objetiva apenas a perda dos bens em favor do Estado e não uma privação de liberdade.

Sob este prisma, ainda que se desloque a natureza jurídica para a medida de segurança, haverá dificuldade para adequação da medida com os princípios constitucionais de índole penal e processual penal, ou seja, em relação a este entrave

479 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**. Parte II, As Consequências Jurídicas do Crime. 3ª Reimpressão. Coimbra Editora. 2011. 94.

480 GODINHO, Jorge. **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. 2013. Coimbra Editora, p. 1349.

em nada há de diferença à primeira concepção de natureza estritamente penal, quando revestido com o caráter de medida de segurança.

Por esta razão, há quem defenda o confisco alargado como expediente de cunho não penal, de natureza administrativa, portanto. Em assim sendo, a idéia passaria necessariamente pela concepção de que o confisco alargado não guardaria relação direta com a prática de um crime.

Sob esta perspectiva, tratar-se-ia de medida administrativa impulsionada pela prática de um crime anterior que alcançaria o acusado que estivesse na posse de bens incongruentes, anormais quando comparados aos seus rendimentos lícitamente declarados. Tal procedimento administrativo, todavia, seria processado com estrita obediência ao contraditório e à ampla defesa, sendo conduzido por uma comissão.

Deste modo, a medida administrativa nasce no exato momento em que o pressuposto principal é preenchido, qual seja: incongruência patrimonial do acusado, que está sendo investigado pela prática de um crime que não guarda relação direta com a medida de constrição. Esta é a posição encampada por DAMIÃO DA CUNHA⁴⁸¹: a de que o confisco alargado é medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal.

Em última análise, seria uma medida próxima ao confisco civil, uma vez que o principal objetivo do instrumento estaria na análise da desproporção entre os bens do investigado quando comparados com os seus rendimentos formais, ou seja, na situação patrimonial ilícita⁴⁸².

Neste contexto civilista o confisco seria uma medida muito próxima da reparação do dano, já que com características reparatórias. A dificuldade na identificação das vítimas em determinados crimes, a exemplo do tráfico de drogas, é o grande obstáculo para a concepção cível e administrativa do confisco, já que não há como restaurar o “*status quo ante*”. O confisco, nesta perspectiva, estaria relacionado diretamente a reparação do dano causado pelo ilícito ou pela forma ilícita que o arguido amealhou o patrimônio desproporcional a sua renda. É certo que os danos causados pela criminalidade organizada, como pontuou MONTOYA⁴⁸³, vão

481 CUNHA, José M. Damião da. **Perda de Bens a Favor do Estado**. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume III. Coimbra Editora. 2009, 134.

482 OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Sobre la Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia em la Receptación Civil**. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 12-r2, p. r2:1 – r2:20 (2010).

483 MONTOYA, Daniel Mário. **Máfia e Crime Organizado**. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007. p.69.

desde aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, ou seja, são danos difusos, de difícil determinação.

Por outro lado, compreender o confisco alargado como expediente de cunho estritamente administrativo seria ter que responder a perguntas que poderiam ir além dos resultados positivos que a medida poderia trazer, ou seja, poderia-se criar mais entraves e problemas do que aqueles que a proposta pretende solucionar, como por exemplo, quem nomearia a comissão administrativa para proceder o confisco? Quem decidiria sobre a liquidação dos bens, o juiz ou a comissão? Como seria composta esta comissão? Por outro lado, inclinar-se como uma simples medida penal, como consequência da pena – a exemplo do que atualmente instituído no Brasil com as medidas clássicas de perda previstas no artigo 91 do Código Penal Brasileiro –, seria inviabilizar materialmente o instituto, seria condená-lo a nascer atrofiado, ineficaz.

Por tudo, preferimos uma nova posição – intermediária -, ou seja, o confisco alargado como medida única, autônoma, *sui generis*⁴⁸⁴ e excludente⁴⁸⁵, da qual não guardaria relação direta com o processo penal, apesar de ter que respeitar o núcleo duro de seus princípios, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência. Em contrapartida, a se pensar assim, a medida também se aproximaria da posição civilista pela concepção da independência e da necessidade de reparar o dano pelo delito, é dizer, uma vez condenado o arguido por um dos crimes previamente previstos em rol taxativo, **no marco de uma organização criminosa**, constante do instrumento normativo que discipline específica e exhaustivamente o confisco alargado – lei ordinária –, haverá a possibilidade de instauração de procedimento pelo Ministério Público, através da liquidação dos bens incongruentes do sujeito, abrindo para o imputado a possibilidade de provar dentro deste processo autônomo e independente, que tais bens foram adquiridos de forma lícita.

⁴⁸⁴ *Sui generis* porque o confisco alargado possui elementos em comum com o direito penal e direito civil. Guarda relação com a dogmática penal porque necessita a ocorrência de um fato, descrito como crime na lei penal, bem como pela sua efetiva condenação processual penal. Por outro lado, também tem em comum com o direito civil a necessidade de reparação ou compensação dos efeitos que o delito tenha causado a eventual vítima ou os terceiros prejudicados, inclusive a própria coletividade. Assim, pode-se dizer que se está diante de uma consequência jurídica de um delito de caráter civil.

⁴⁸⁵ Excludente porque enquanto tramita o processo penal, por crime do catálogo, a exigência de *standard* probatório é de uma prova acima de qualquer dúvida razoável para a condenação, não guardando relação alguma com o *standard* probatório do processo civil. Por outro lado, a partir do momento que o sujeito se torna arguido (acordão condenatório de segunda instância) o procedimento afeto ao confisco alargado é estritamente de ordem civil com um *standard* probatório exigido do Juiz cível de preponderância das evidências, excluindo-se qualquer *standard* probatório do juízo criminal.

Neste sentido, ainda como medida *sui generis*, é aceitável que o magistrado que elaborou o decreto condenatório acerca do crime anterior, seja o mesmo a conduzir, juntamente com o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, o procedimento de perda dos bens e vantagens do patrimônio incongruente, proporcionando ao arguido o momento certo para provar a sua origem.

Também é aceitável, ao se desvincular o confisco alargado como medida de cunho estritamente penal, que o seu *standard* probatório seja menor do que o *standard* probatório para uma condenação penal. Explica-se. Para aplicação de uma pena privativa de liberdade deve existir uma **prova acima de qualquer dúvida razoável**, enquanto para a perda de bens basta o sistema do ***preponderance of evidence***, ou seja, exige-se que o magistrado demonstre por meio do conjunto probatório disponível as evidências prováveis. Mais uma vez neste ponto, há um reforço sobre o entendimento que pautamos sobre a natureza jurídica do confisco alargado, isto é, *sui generis*, já que o processo penal, por exemplo, não exige uma prova acima de qualquer dúvida razoável para se decretar o sequestro de bens, receber a denúncia do Ministério Público ou mesmo para pronunciar o réu nos delitos afetos aos crimes contra a vida, vale dizer: a única conclusão possível é a de que o Código de Processo Penal Brasileiro exige uma prova acima de qualquer dúvida razoável para a efetiva condenação do réu a uma pena privativa de liberdade. Neste sentido, considerando que o Código de Processo Civil pauta-se pelo sistema *preponderance of evidence*, não haveria óbice legal para que o confisco alargado, vinculado apenas aos bens patrimoniais desproporcionais do arguido, tenha uma dupla natureza jurídica, qual seja: necessidade de uma prova acima de qualquer dúvida razoável para a condenação do arguido por um dos crimes, previamente previstos pelo legislador, praticados no marco de uma organização criminosa, para seu impulso inicial e, por outro lado, vincula-se ao sistema *preponderance of evidence* para o efetivo perdimento dos bens que sejam desproporcionais ao rendimento lícito do arguido.

Não haveria óbice, por conseguinte, que o legislador avaliasse a melhor forma de condução deste procedimento de perda, isto é, a possibilidade de ser adequado ou não ser o magistrado que proferiu o decreto condenatório, também o responsável pela presidência do procedimento de perda alargada, podendo a lei, também, por outro lado, elaborar gabinetes de recuperação⁴⁸⁶ de ativos sob a responsabilidade de

486 O Conselho Europeu, através da Decisão-Quadro nº 2007/845/JAI, elencou como medida eficaz no combate a criminalidade organizada a criação, pelos Estados-Membros, de gabinetes de recuperação de ativos, os quais

um juiz, auxiliado diretamente por funcionários e sempre sob a fiscalização e intervenção do Ministério Público.

Entretanto, independentemente desta discussão, o certo é que a questão central a ser superada diz respeito ao trâmite do procedimento de perda alargada de forma independente do processo que lhe deu origem, ou seja, os rumos de um e do outro podem ser diversos.

O reforço desta concepção ganha contornos quando a reflexão do confisco alargado alcança medidas de prevenção geral e especial, vale dizer: o confisco alargado não tem relação com a pena acessória porque não relacionado com o princípio da culpabilidade, tampouco guarda relação com o efeito extrapenal da sentença condenatória, justamente porque não se exige uma condenação para sua efetivação. Da mesma forma, não tem relação alguma com medida de segurança porque não se fundamenta na periculosidade do agente⁴⁸⁷.

Portanto, a proposta seria a condução, por um magistrado, de um procedimento não penal, com contraditório, ampla defesa e devido processo legal, acerca da elucidação da licitude dos bens incompatíveis com os vencimentos formais, conhecidos e devidamente declarados à Receita Federal do Brasil por parte do arguido.

Assim, a defesa estaria adstrita aos pressupostos do próprio confisco alargado, isto é, focada na prova da licitude dos bens do arguido ou debruçada no requisito temporal, nestes casos, uma vez demonstrado um ou outro requisito, seria a própria extinção da medida de perda e os bens retornariam a disponibilidade do arguido.

O confisco alargado dependeria, portanto, da cumulação de três requisitos essenciais: I) uma condenação penal em segunda instância, por um dos crime do rol taxativo⁴⁸⁸; II) prova material ou indiciária da posse e/ou domínio jurídico e fático do condenado sobre um patrimônio incongruente com os seus rendimentos lícitos e conhecidos;⁴⁸⁹c) que os bens patrimoniais, objetos do sequestro e de

atuariam na cooperação entre os estados, a condução de procedimentos de perda e a detectar de forma mais rápida os bens provenientes de atividades criminosas dentro da União Européia.

⁴⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem**. 2ª Edição. rev. e atual. Lisboa. 2010. p. 356.

⁴⁸⁸ Crimes praticados por organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e corrupção passiva, crimes de fraude a licitações, enriquecimento ilícito de funcionário público, peculato, qualquer crime que viole a dignidade sexual de menor de 14 anos, tráfico de drogas e tráfico de armas, tráfico de pessoas, lenocínio, dentre outros a ser elaborado pelo legislador ordinário através de lei específica.

⁴⁸⁹ CAEIRO. Pedro. **Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21 - 100 - janeiro e fevereiro de 2013. pg. 494.

indisponibilidade, estejam na posse do arguido há pelo menos dez anos, contados da sua condição de arguido, decretado via sentença judicial.

Após, preenchido estes requisitos de ordem objetiva, o Juiz na sentença determinaria a indisponibilidade de todos ou parte dos bens do arguido, já que presumíveis serem de origem criminosa. O Ministério Público acompanharia todo o procedimento de perda alargada/ampliada.

Por esta razão no exato entendimento dos procuradores do Ministério Público de Portugal⁴⁹⁰, há necessidade de preparação dos membros do órgão acusatório e do próprio Poder Judiciário para a hercúlea tarefa de conduzir duas investigações de grande complexidade - aquela tendente à responsabilização criminal do arguido e aquela que visa garantir a efetividade da declaração de perda, no caso de serem os próprios atores deste procedimento de perda.

Outro ponto que se poderia refletir sobre aplicação do mecanismo alargado seria a necessidade de sua vinculação ao princípio da proporcionalidade, isto é, a possibilidade de aplicação da perda alargada total ou parcial⁴⁹¹.

Neste caso, o magistrado, atento sempre a cada caso concreto, decide sobre o confisco, se de todo o patrimônio do arguido ou de parcela dele. A proporcionalidade, neste contexto, seria um elemento a ser obrigatoriamente observado pelo juiz em cada caso concreto, ou seja, funcionaria como um instrumento visando obstaculizar eventuais decisões inadequadas. O TEDH ao se pronunciar sobre o tema entendeu que o juiz deve observar o princípio da proporcionalidade, caso por caso, de medidas que restringem o direito fundamental a propriedade,⁴⁹² em especial nos casos de confisco não baseado em uma condenação, confisco de bens de terceiros e o confisco alargado.

Desta forma, denota-se para o procedimento de perda alargada basta, para seu impulso inicial, a existência de uma sentença condenatória em segunda instância por um dos crimes do catálogo, **praticados sempre no marco de uma organização criminosa**, a construção de provas materiais ou indiciárias do patrimônio

⁴⁹⁰ RODRIGUES, Hélio Rigor e Rodrigues. Carlos A. Reis. **Recuperação de activos na criminalidade econômico-financeira**. Viagem pelas Idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. SMMP. 2013. p. 15.

⁴⁹¹ A Comissão Europeia na Decisão-Marco 2005/2012-JAI, artigo 4.1, prevê esta possibilidade: “ *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal ...* ”

⁴⁹² CORREA, Teresa Aguado. **Comiso: crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 10.

incongruente do condenado e o requisito temporal, não abrindo espaço, deste modo, para questionamentos acerca de violações aos princípios do “*indúbio pro reo*”, *nemo tenetur se detegere*, presunção de inocência ou demonstração de culpa pela auferição do dito capital, justamente porque a medida não tem natureza jurídica penal, mas sim *sui generis*, e visa atacar o patrimônio compreendido como incongruente, não a pessoa do condenado.

A lei portuguesa⁴⁹³ inclusive prevê possibilidade processual de exercer o confisco alargado antes mesmo da primeira sentença penal condenatória, mas condicionando os efeitos da medida de confisco à posterior condenação penal.

O resultado nítido da adoção do confisco alargado poderia ser observado em três frentes:

I) o crime não rende benefícios, ao se mudar este senso comum que o crime não deve compensar porque o arguido não poderá usufruir dos frutos, seria uma espécie de mensagem enviada a toda a sociedade e ao indivíduo, especificamente, que o crime não compensa – prevenção geral e especial, respectivamente;

II) evitar que a criminalidade passe a reinvestir o que lucrou ilicitamente em novas modalidades criminosas ou mesmo no mercado formal, dificultando a concorrência legal e o próprio sistema econômico e financeiro;

III) por fim, a possibilidade de obtenção de recursos pelo Estado no intuito de proceder à indenização devida à vítima e à reestruturação do aparelhamento das instituições formais de combate à criminalidade organizada, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a própria Polícia.

O fundamento do confisco alargado, portanto, está na obtenção dos benefícios ou ativos de uma prática criminosa em sentido amplo, a qual resulta de toda uma vida passada criminosa, isto é, considerando que as medidas tradicionais ou clássicas de perda são insuficientes, na medida em que devem vincular o bem ou ativo a ser confiscado com um crime anterior concretamente provado em procedimento judicial, a comunidade internacional tem visto com bons olhos o confisco alargado, notadamente como instrumento eficaz no enfrentamento de crimes graves, como o tráfico de drogas, de armas, lavagem de dinheiro, organizações criminosas financiamento ao terrorismo e a exploração sexual infanto-juvenil.

⁴⁹³ Lei n.º. 005/2002, artigo 1º n.º. 02. de 11 de janeiro.

A sustentabilidade de uma organização criminosa está ligada diretamente com a possibilidade efetiva de lucrar e no aporte financeiro às novas formas de delinquir, às modalidades delitivas que se operam neste ciclo chamamos de criminalidade reditícia ou de profitto.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a delinquência econômica, reditícia está revestida pela obtenção de vantagens, rendas, lucros e no seu próprio reinvestimento.

Obviamente que a norma jurídica penal que busca “frear” estas práticas criminosas não tem obtido eficácia justamente porque o comando normativo somente prevê, como efeito extrapenal de uma sentença condenatória, a perda de produtos, instrumentos e proveitos do crime, impossibilitando o verdadeiro alcance dos valores relacionados com estas práticas. O que se pretende então, mediante a aplicação de uma nova configuração do confisco, é demonstrar aos atores desses tipos penais que o crime não deve compensar, especialmente sob o viés financeiro.

Neste contexto, é essencial abastecer o aparato formal do estado para coibir estas condutas desviadas, seja com medidas que privem a liberdade de seus infratores, seja mediante instrumentos que permitam a perda de bens, no intuito de manter a paz social do próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, denota-se que o crime, por ser uma forma compensação⁴⁹⁴, jamais é praticado, especialmente quando se pensa na criminalidade econômica, sem antes, o sujeito ter elaborado intelectualmente as possibilidades de ganhos e rentabilidade em contraposição com as possibilidades efetivas de privação de liberdade e/ou riscos.

É aqui que o conteúdo do tema passa a demonstrar interesse, isto é, pela escolha racional⁴⁹⁵, justamente porque a perda das vantagens eventualmente trazidas pelo crime deve estar ligada com o adágio “o crime não compensa” o qual passa a ter um conteúdo eminentemente normativo e valorativo: “o crime não deve compensar”⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Escolha Racional e Criminalidade:** Uma avaliação crítica do modelo. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, nº 22, p. 93-110, 2008.

⁴⁹⁵ Sobre a escolha racional Cf. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Op. cit.* P. 93 *et. seq.*

⁴⁹⁶ MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.16. No mesmo sentido, DAMÁSIO SIMÕES e TRINDADE falam na necessidade em realizar um “*asfixiamento econômico do agente do crime*”. In: DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)*. In: Revista Julgar online – 2009, p.02.

Assim, a nova política criminal internacional⁴⁹⁷ que pretende fazer frente à criminalidade reditícia e econômica no intuito de buscar uma tranquilidade jurídica e social deve se pautar, necessariamente, pelo confisco alargado.

Portanto, como já referido anteriormente, a comprovação para a sociedade de que o crime econômico não deve compensar está ligado diretamente à efetividade que esta mesma sociedade dá a perda dos bens provenientes do crime.

Assim, a medida de confisco alargado tem como fundamento essencial a anulação dos benefícios econômicos do crime e o retorno do condenado à situação patrimonial que se encontrava antes da prática do delito, reforçando a noção predominante da sua natureza jurídica, qual seja: preventiva - demonstrando ao autor que a prática de crimes não é a modalidade de acumular patrimônio, tampouco um meio profissional de vida.

Neste contexto de perda ampliada, a própria norma penal seria reafirmada perante toda a comunidade.

7.2. DA COMPATIBILIDADE DO CONFISCO ALARGADO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O direito, como ciência, reforça a concepção do conhecimento científico, é dizer: a pergunta que se faz diante de uma teoria é se ela, ao ser desenvolvida para a aplicação do direito, tem suas premissas fundamentadas em elementos que demonstram a veracidade do resultado pretendido ou, ao contrário, se tais premissas são falsas e, portanto, a consequência é deslocada da certeza e da validade.⁴⁹⁸

Sob ponto de vista de um conceito jurídico de validade, há que se demonstrar que a norma foi elaborada dentro das formalidades legais previamente estipuladas. Por outro lado, há que se demonstrar que tal norma tem também eficácia social, elemento este que integra ao conceito de validade jurídica, é dizer: “quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, sem nenhuma eficácia social, esse sistema normativo ou esta norma não tem validade jurídica”⁴⁹⁹.

497 Sobre as premissas da política criminal internacional, em especial no direito alemão, ver: **MENDRONI**, Marcelo Batlouni. **Sequestro e confisco de bens no sistema processual penal alemão**. 2008.

498 **ALEXY**, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés ... (et al); tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

499 *Ibidem*, p. 103.

Portanto, é perceptível que o debruce da pesquisa está focado nas premissas, as quais, por sua vez, podem sustentar a validade da sua aplicação envolvendo casos concretos.

Não seria equivocado afirmar que as transformações sofridas pelo direito contemporâneo influenciaram diretamente nesse processo de operacionalizar o direito.

Para tanto, é imprescindível, ainda que tangencialmente, fazer uma breve retrospectiva dos elementos que acabaram influenciando na mudança dos elementos do Direito Contemporâneo.

Na reflexão demonstrada por BARROSO⁵⁰⁰, o grande desafio do Direito está nas grandes tensões geradas a partir do século XX, ou seja, os conflitos entre os direitos fundamentais de um lado e a soberania popular de outro⁵⁰¹, passando necessariamente por “novas” transformações, caracterizadas, especialmente, pela superação do formalismo jurídico, pela chegada de uma cultura jurídica pós-positivista e pela ascensão do direito público e centralidade da Constituição.

Portanto, a densidade jurídica do direito contemporâneo passa, necessariamente, pela análise de três elementos centrais⁵⁰²:

- i) uma carta política que garante direitos fundamentais;
- ii) um regime democrático;
- iii) a existência de tribunais constitucionais ou cortes supremas com jurisdição para solução destes litígios.

O formalismo jurídico, enaltecido pelo pensamento jurídico clássico, tinha como sustentação a idéia de que a norma jurídica é a mais pura expressão da razão e da justiça e que a concretização do direito, conseqüentemente, era apenas a subsunção dos fatos à norma, isto é, a função principal do Magistrado, ao analisar o caso concreto, estaria apenas em proferir a consequência deste processo de subsunção.

Com a evolução das novas tecnologias⁵⁰³, a privacidade, a imagem, a vida e suas interrelações, também sofreram fortes mudanças.

⁵⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito** / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 71.

⁵⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/> Acesso em: 18/09/2015.

⁵⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Princípios Formais: e outros...** *Ob. cit.*, p. 72

⁵⁰³ Sobre o tema ver: LINHARES, Fernando Moura e FEITOSA, Gustavo Raposo P. F. - **Novas tecnologias aplicadas à justiça e suas implicações no direito à privacidade**. O texto trabalha a colisão entre o princípio da publicidade, decorrente de processo judicial em face do princípio da privacidade dos jurisdicionados, relacionados

A solução decorrente destes “novos” conflitos não está pré-pronta no ordenamento jurídico, portanto, ela deverá passar, obrigatoriamente, pela reconstrução destes conceitos - por uma reconstrução argumentativa⁵⁰⁴ feita pelo intérprete, já que este processo pertence, segundo HASSEMER⁵⁰⁵, às finalidades mais urgentes da Ciência do Direito.

Ora, se a solução, como visto, não está mais somente no processo de subsunção do fato à norma, é preciso buscá-la em outro lugar, surge então um ambiente de cultura jurídica pós-positivista. É preciso se aproximar da filosofia moral - no dizer de BARROSO⁵⁰⁶, em busca da justiça e de outros valores -, da filosofia política - na realização da legitimidade democrática e de fins públicos que tragam o bem comum⁵⁰⁷ e a concepção geral de justiça firmada pelo senso comum coletivo.

Neste contexto a interpretação jurídica constitucional ganha novos contornos, especialmente pela inserção dos valores, sejam eles decorrentes dos princípios ou das regras.

Finalmente, já no século XX e início do século XXI, a interpretação constitucional ganha contornos que ultrapassam a lógica apenas do direito privado, alcançando categorias de direito público, como por exemplo, proteção dos hipossuficientes, a concepção ambiental, a propriedade com nova perspectiva de função social. Na reflexão de CANOTILHO⁵⁰⁸, a interpretação é uma tarefa a ser feita de forma metodológica, visando encontrar um resultado constitucionalmente justo através do uso de um procedimento controlável e racional.

A lógica criminal, da mesma forma, também ganha novas perspectivas, de proteção de bens jurídicos coletivos, da ordem econômica, tributária e espaço para

a permissão legal de implantação do processo virtual. Acesso em 24/12/2015.

Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2802.pdf

⁵⁰⁴ Segundo BUSATO, Paulo Cesar “O Direito é uma ciência argumentativa” e para discutir um ponto dogmático, necessita-se fixar com clareza alguns pontos centrais a respeito do pensamento: O que é ciência penal? Qual o propósito do Direito penal? Por que se aplica a pena? Que tipos de garantias pode oferecer o direito penal? Como punir? A escolha, segundo ele, deve sempre inclinar-se a favor de um sistema democrático de Direito penal. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático** – 4ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.

⁵⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *Apud* Robert Alexy. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. tradução Zilda Hutchinson Schild Silva ; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 39.

⁵⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/> Acesso em 18/09/2015.

⁵⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito** / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 72.

⁵⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** - 6ª edição, revista. Livraria Almedina. Coimbra, 1995. p. 210.

discussões sobre a perda de bens – por exemplo, a CF de 1988, foi recentemente emendada para incluir a proteção a todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo, autorizando o confisco destes bens e determinando que o valor se reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei⁵⁰⁹.

Já para DWORKIN⁵¹⁰, a interpretação deve ser feita em cadeia, isto é, inicialmente o intérprete avalia a aplicação de um princípio, seu peso no caso concreto, comparadas às normas jurídicas em vigor. No caso de existir a colisão entre dois princípios em um caso concreto, o intérprete deve aplicar o princípio que tenha uma teoria política que melhor justifique as práticas adotadas naquela comunidade que está inserido. A conclusão de Dworkin é a de que a escolha de um ou outro princípio a ser utilizado no caso concreto, não pode depender de preferências pessoais do juiz, há que existir uma hierarquia entre os princípios, de forma que se possa dizer que em um determinado caso concreto, determinado princípio tem mais peso que outro.

A partir destas transformações e aspectos interpretativos, surgem pensamentos e teorias para compatibilizar a aplicação do direito com estas novas demandas.

Neste trabalho de pesquisa⁵¹¹ optou-se pela utilização das categorias que integram a reflexão trazida por Robert Alexy, em especial a análise dos princípios e regras constitucionais, notadamente sua estrutura dentro das normas de direito fundamental, bem como a solução para os eventuais conflitos entre ambos.

A distinção⁵¹² entre regras e princípios, segundo ALEXY⁵¹³, é a principal fonte para o estudo da estrutura da teoria dos direitos fundamentais - é a chave para solução de eventuais conflitos e colisões envolvendo a dogmática dos direitos fundamentais.

⁵⁰⁹ Emenda Constitucional nº 82 de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc82.htm Acesso em 18/09/2015.

⁵¹⁰ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia**. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2006. p. 81.

⁵¹¹ DWORKIN, Ronald, também é um expoente na teoria da aplicação e validade do direito. Por escrever através de um sistema jurídico inclinado para o *Common Law*, optamos por utilizá-lo, apenas tangencialmente, notadamente em comparação a teoria de ALEXY, Robert. Entendemos que este método acaba por enriquecer a presente pesquisa.

⁵¹² Para Alexy, a distinção entre princípios e regras é o elemento básico da teoria dos princípios.

⁵¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 85

Assim, princípios⁵¹⁴ são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, por conseguinte, mandados de otimização”⁵¹⁵. Por sua vez as regras, tem caráter fechado, ou seja, ou é realizada plenamente ou não. Não há meio termo.

Portanto, sendo válida, uma regra implica na declaração da invalidade de outra regra contraditória com a primeira. Regras, portanto, contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, portanto, sua distinção é de qualidade/qualitativa e não uma distinção de grau.

Neste contexto, trazido por Alexy, pode-se vislumbrar proximidade com DWORKIN⁵¹⁶, já que as regras para este autor são aplicadas através do tudo-ou-nada, assim, “*dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*”.

Seguindo sua teoria, Alexy reforça que a distinção entre regras e princípios se torna mais clara no caso de colisão entre estes e nos conflitos entre aquelas, tema este recorrente no trabalho de ÁVILA⁵¹⁷, que parte do pressuposto que os estudos em direito público estão cada dia mais avançados, em especial no que se refere a interpretação e aplicação da norma constitucional, razão pela qual a distinção entre princípios e regras vem ganhando muito espaço nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Sobre o conflito entre regras, o autor alemão assevera que o mesmo somente pode ser solucionado com a inclusão de uma cláusula de exceção⁵¹⁸, ou seja, a regra X deve ser obedecida no caso da ocorrência da circunstância Y, podendo não ser cumprida em hipóteses excepcionais Z.

514 **BONAVIDES**, Paulo elenca um conceito mais complexo de princípio, entendendo ser um vínculo unificador de seis premissas: 1) alto grau de generalidade; 2) por ter um alto grau de generalidade, requerem interpretação para casos concretos; 3) são normas de caráter programático; 4) posição elevada nas fontes de hierarquia do direito; 5) são normas que desempenham função fundamental no sistema jurídico; 6) são normas dirigidas aos órgãos de aplicação cuja função é fazer escolha da norma adequado para o caso concreto. **BONAVIDES**, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 257/258.

515 **ALEXY**, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 90.

516 **DWORKIN**, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

517 **ÁVILA**, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 27.

518 **ALEXY**, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudos introdutórios Alexandre Gomes Trivisonno – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 175.

Para tanto, ALEXY⁵¹⁹ traz o exemplo da sala de aula. A regra é a de que não pode sair da sala de aula durante a exposição do professor, exceto nos casos de soar o alarme de incêndio. No caso de não ser possível este tipo de solução, ou seja, a inclusão da regra excepcional, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, conseqüentemente, retirada do ordenamento jurídico.

Sobre este aspecto, Alexy traz o exemplo resolvido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. O art. 31 da Constituição Alemã prevê que o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual. Portanto, a regra federal permitiria a abertura das lojas e, portanto, o trabalho entre as 7h e às 19h nos dias úteis. A lei do Estado de Baden previa a possibilidade do horário de funcionamento do comércio nos mesmos horários da norma federal, proibindo, entretanto, a abertura das lojas após as 13h nas quartas feiras.

A questão central está na impossibilidade de convivência das duas normas ao mesmo tempo, já que a norma federal proibia o que a norma estadual permitia. O resultado único possível, segundo o Tribunal Federal Alemão, foi a de declarar inválida a norma de direito estadual.

Por outro lado, no que se refere à colisão entre princípios, ALEXY⁵²⁰ propõe a solução de forma totalmente diversa da aplicada no conflito entre as regras.

Diferentemente das regras, as quais quando em conflito uma precisará ser declarada inválida, na colisão de princípios esta consequência não ocorre: o princípio não aplicado ao caso concreto deve ceder, mas não ser declarado nulo ou inválido.

Por esta razão, a dimensão de conflito das regras está em patamar totalmente distinto dos princípios. Enquanto aquela está no campo da validade ou não da norma, este está no sopesamento, no peso que um princípio tem em relação ao outro levando em conta as condições fáticas e jurídicas.

Como exemplo, Alexy traz o *hard case* enfrentado pelo Tribunal Constitucional Federal onde estava em discussão a incapacidade de uma pessoa em participar de audiência processual na presença de um acusado, justamente porque causaria uma tensão muito grande, já que esta pessoa tinha grande possibilidade de sofrer um derrame cerebral ou um infarto durante o procedimento judicial.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁵²⁰ ALEXY Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 97.

Por outro lado há o interesse do Estado em aplicar o direito penal da forma mais eficiente possível, vale dizer: de um lado a garantia, na maior medida do possível, da aplicação do direito penal e de outro, do dever estatal de manter incólume, na maior medida do possível, a vida e a integridade física dos cidadãos.

Perceba que se houvesse apenas um dos princípios, não haveria colisão e o resultado seria simples.

Não existindo o princípio de proteção da vida e da integridade física, logicamente a audiência seria realizada, sem nenhum problema de colisão.

Da mesma forma, em não existindo o princípio da operacionalidade do direito penal, não seria realizada a audiência.

Entretanto, ambos existem e, no caso concreto, são contraditórios, portanto, a solução não pode passar pela simples declaração de invalidade de um deles.

Justamente por este motivo a proposta de Alexy deve passar pela análise do sopesamento⁵²¹.

Para isso, é preciso estabelecer a relação de precedência de um princípio sobre o outro e esta relação se dá pela análise das condições fáticas do caso concreto, ou seja, em determinadas condições X um princípio tem precedência sobre o outro, em contrapartida, se presente as condições Y, o outro princípio precede em relação ao primeiro.

ALEXY⁵²² demonstra esta lógica através de uma fórmula simples, isto é, P1 será chamado de direito à vida e à integridade física; P2 da necessidade da aplicação do direito penal em determinados casos, ou seja, da obrigatoriedade ou da operacionalidade do direito penal, princípio este que integra o próprio Estado Democrático de Direito.

Como símbolo de precedência de um sobre o outro, o autor propõe a utilização de *p* e para as condições fáticas sob as quais um princípio tem precedência sobre outro, Alexy utiliza o símbolo C.

A partir deste contexto, há a possibilidade de quatro soluções para o caso em estudo:

(1) P1 p P2

(2) P2 p P1

521 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Org./trad. Luís Afonso Heck. - 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora 2011. p. 67.

522 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 96 *et seq*

(3) P1 p P2 (C)

(4) P2 p P1 (C)

É perceptível que as soluções (1) e (2) são incondicionadas já que, conforme proposto em (1) e (2), há uma relação de precedência absoluta de um sobre o outro o que foi refutado de plano pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Assim, restaram as soluções (3) e (4) as quais, necessariamente, dependem das condições (C).

Denota-se, portanto, que serão as de precedência das condições (C) os elementos decisivos para o julgamento do *hard case*.

Somando-se a este raciocínio, Alexy acrescenta outro desdobramento essencial - Se o princípio P1, sob as condições (C) tem precedência sobre P2, isso quer dizer que existe, neste caso, uma consequência jurídica R, então, vale dizer uma regra: (C) é o suporte fático e R a consequência jurídica.

Também vale dizer sobre a afirmação do resultado do raciocínio acima, ainda que menos técnica, que as condições sob as quais um dado princípio tem prevalência sobre outro princípio constituem o suporte fático de uma regra que determina a consequência jurídica do princípio que tem prevalência sob o outro⁵²³.

Para melhor esclarecer o resultado da reflexão lógica acima, Alexy traz um *hard case* - caso *Lebach*⁵²⁴. Neste processo o que estava em “jogo” era possibilidade ou não de uma emissora de televisão exibir um documentário chamado: O assassinato de soldados em *Lebach*.

O filme contava o assassinato de quatro soldados que estavam como sentinelas de um depósito de munições do Exército Alemão e por estarem dormindo não perceberam a entrada dos seus algozes que, após matarem as vítimas, roubaram as armas do depósito para a prática de outros crimes. Um dos condenados pelo crime, após cumprimento parcial da pena, estava próximo de ganhar a liberdade e alegava que a exibição do filme violaria o seu direito fundamental a personalidade, já que o

⁵²³ Segundo Alexy esta lei é chamada de “lei de colisão”, a qual é o fundamento central da teoria dos princípios. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 99.

⁵²⁴ BVerfGE 35, 202. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Individuais**. Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 18 | p. 388 | Jan / 1997 | DTR\1997\113.

documentário trazia seu nome e fotos suas da época do crime. Alegava ainda que sua ressocialização estaria gravemente ameaçada com a exibição do documentário.

Perceba que pesam nas balanças deste *hard case*, de um lado, o direito a liberdade de informar por meio de radiodifusão e de outro a proteção da personalidade do cidadão, ambos direitos fundamentais previstos na constituição alemã.

Como solução proposita por Alexy, pode-se denominar como P1 o direito a personalidade do sujeito e como P2 a liberdade de informar.

Levando-se em conta a lei da colisão, constata-se que duas primeiras situações são incondicionadas e, portanto, ineficaz para a solução do caso, já que a prevalência de um princípio levaria a proibição do outro. Não é o caso. É preciso o debruce sobre as condições (C) do caso concreto.

Neste sentido o Tribunal Federal Alemão dispunha de duas situações:

Situação A: P1 p P2 (C)

Situação B: P2 p P1 (C)

Na situação A o direito a personalidade do cidadão prevaleceria sobre a liberdade de informar em determinadas situações fáticas.

Por outro lado a situação B, ao contrário, prevaleceria a liberdade de informação, a depender das situações fáticas.

Portanto, o caso envolve a colisão entre dois princípios fundamentais e abstratamente estão no mesmo nível.

Neste sentido o Tribunal Constitucional Alemão entendeu, em um primeiro momento que, *ceteris paribus*,⁵²⁵ a informação atual sobre criminosos tem precedência sobre a personalidade.

Entretanto, ao se analisar outras variáveis ao caso concreto, o Tribunal constata que a repetição inúmeras vezes do noticiário sobre um grave crime, não mais estaria revestido de atual informação sobre criminosos, mas por outro lado, estaria sim, colocando em alto risco a ressocialização daquele condenado.

Portanto, no caso prático, as situações fáticas da personalidade do autor tem prevalência sobre a liberdade de informar, o que resulta na regra jurídica da proibição da veiculação da notícia. Assim, prevalece o enunciado.

⁵²⁵ Expressão em latim que significa: todo o mais constante ou mantida inalteradas todas as outras coisas. Utilizada muito em direito econômico e na economia para análise de mercado.

(P1 P P2) C

ALEXY⁵²⁶ reforça esta solução ao conceber as situações fáticas em quatro condições “(repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização)”, isto é, a regra (R) é a de que uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual sobre a informação (T2), sobre um grave crime (T3) e que coloca em risco a ressocialização do sujeito (T4) é vedada sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

$$R - T1 + T2 + T3 = T4$$

A reflexão deste *hard case* pode ser feita imaginando-se a exibição do filme apenas uma vez, em uma sala de cinema onde houvesse forte fiscalização a fim de evitar que pessoas entrassem com dispositivos eletrônicos capazes de captar as imagens durante a exibição.

Isto tornaria possível a exibição do filme já que a notícia não seria repetida diversas vezes, entretanto, por óbvio que se assim fosse, implicaria na inviabilidade material para a transmissão do documentário, já que não renderia os eventuais lucros esperados.

Por outro lado, ao se vedar a exibição do filme, prestigiando-se o direito fundamental a personalidade, vale dizer que o Tribunal Constitucional Alemão também impossibilitou, ainda que indiretamente, a exibição apenas uma vez.

Pode-se refletir ainda, acrescentando-se outras variáveis ao caso, isto é, poderia-se pensar no interesse público.

Haveria interesse social em obter informações sobre o conteúdo do documentário já que trazia informações de criminosos de alta periculosidade, por outro lado, também há o interesse social em ressocializar o sujeito autor do delito, já que se pensar na sua não ressocialização, estaria-se pensando em uma eventual pena de banimento, em extirpar, aniquilar o autor do delito do convívio social, o que também não interessa a coletividade.

Da mesma forma, outra variável que reforça a decisão do Tribunal Alemão, seria a voltada ao aspecto puramente econômico, vale dizer: O Estado Alemão gastou valores consideráveis com aquele detento durante o cumprimento da sua reprimenda, tudo no intuito de buscar seu “novo” convívio social.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 102.

Ao se cogitar que o próprio Estado Alemão, agora através do Tribunal Federal, determina que se exiba um documentário que fere totalmente o intuito final da pena (ressocialização), seria, ao mínimo, contraditória a decisão, já que os custos arcados com a ressocialização e a não ressocialização pela exibição do documentário, teriam uma mesma origem de fonte - a própria sociedade.

Diante disto, denota-se que a teoria dos princípios proposta por Alexy, é um instrumento eficaz para solução de *hard cases* envolvendo colisão entre princípios ou conflitos de regras, em especial quando a reflexão envolve direitos fundamentais.

Entretanto, referida proposta não está a salvo de críticas, notadamente àquelas relacionadas a incapacidade da teoria em determinar, adequadamente, de um lado a tensão entre direitos fundamentais e jurisdição e de outro lado entre direitos fundamentais e democracia⁵²⁷.

Ciente das diversas críticas a sua teoria, Alexy se propõe reafirmar sua reflexão. Parte da premissa de que é possível a utilização da teoria dos princípios sem que se maculem os direitos fundamentais. O fundamento, segundo o autor está na aplicação da teoria da discricionariedade legislativa⁵²⁸.

Para tanto, é necessário que, neste momento, o leitor fixe as concepções de Alexy, isto é, princípios são comandos de otimização - quer dizer que eles devem ser observados e realizados na maior medida do possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.

Já as regras são comandos definitivos.

Enquanto a aplicação dos princípios se dá pela fórmula da ponderação de pesos, a da regra se dá pela subsunção⁵²⁹.

Assim, a natureza essencial dos princípios leva o operador do direito a uma ligação direta entre princípios e proporcionalidade, já que este último elemento também resulta na otimização, eis que se leva em conta a adequação, a necessidade

⁵²⁷ ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁵²⁹ Uma reflexão interessante sobre a invalidade de uma regra por outra e sobre a impossibilidade de convivência entre regras conflituosas, bem como que a regra não é passível de sopesamento, mas de invalidação ou instituição de uma cláusula de exceção, vale a observação de Humberto Ávila sobre o conflito entre regras sem que ocorra a sua invalidação e a solução para um conflito entre regras através do sopesamento, citando dois exemplos práticos. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 58.

e a proporcionalidade em sentido estrito, vale dizer - os dois primeiros elementos ligados a situações de fato e o terceiro relacionado às possibilidades jurídicas.

Poderia-se, então, elaborar o seguinte entendimento lógico:

P = Princípio

P1 = Proporcionalidade

A = Adequação (ligada a situações fáticas)

N = Necessidade (ligada a situações fáticas)

Pse = Proporcionalidade em sentido estrito (ligada a situações jurídicas)

P equivale a P1 (A+N+Pse)

Portanto, não seria equivocado afirmar que a “natureza dos princípios implica na máxima da proporcionalidade e vice-versa”⁵³⁰.

Diante deste contexto, Alexy propõe uma reformulação da fórmula do peso⁵³¹, já que esta tem impacto direto na lei da ponderação envolvendo a colisão entre princípios. O autor chama esta nova reflexão de fórmula do peso completa e refinada.

Pode-se definir da seguinte forma:

Pdp - princípio da aplicação do direito penal

Pi- presunção de inocência

Wdpi - representa o peso concreto de Pdp em relação a Pi e vice versa

Idp- importância do princípio e a intensidade de interferência no Pi

Ii- importância do princípio e a intensidade de interferência no Pdp

Wdp - dimensão material da ponderação em relação ao outro

Wi - dimensão material da ponderação em relação ao outro

Rdpe - Premissas empíricas do princípio Pdp

Rdpn - Premissas normativas do princípio Pdp

Rie - Premissas empíricas do princípio Pi

Rin - Premissas normativas do princípio Pi

Segundo ALEXY⁵³², ficaria assim a nova fórmula do peso completa e refinada:

⁵³⁰ ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 8.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 9.

⁵³² *Ibidem*, p. 11.

W d p i = I d p . W d p . R d p e . R d p n
l i . W i . R i e . R i n

Por certo que há necessidade de se atribuir números aos fatores.

Alexy propõe atribuir uma escala de intensidade de “leve”, “médio” e “grave”, representado em valores de 1-leve; 2-médio e 4-grave, já que a perspectiva do sopesamento remete a idéia de peso, portanto há necessidade de se atribuir números.

Assim, poderíamos imaginar um *hard case* envolvendo a aplicabilidade do direito penal face o princípio do estado de inocência.

Hipoteticamente, imaginemos o seguinte exemplo: um sujeito é acusado pelo Ministério Público Federal de integrar uma organização criminosa dedicada à prática de crimes contra o sistema financeiro, corrupção ativa, organização criminosa e lavagem de capitais.

Durante as investigações este sujeito tem alguns bens patrimoniais sequestrados.

Em julgamento de primeiro grau o sujeito é condenado pela prática dos quatro crimes conforme imputados na denúncia ministerial.

Há recurso ao Tribunal Federal em que o sujeito, além de pedir a absolvição pelos crimes, solicita a baixa do sequestro de seus bens alegando, dentre outras coisas, que o processo deve ter um curso razoável, especialmente porque está com seus bens materiais indisponíveis há mais de 3 anos, impossibilitando, desta forma, sua própria subsistência como pessoa, além de outras privações de cunho educacional e da própria saúde e de sua família.

O Tribunal, diante desta situação, enfrenta a colisão de dois direitos fundamentais: de um lado o princípio do estado de inocência (art. 5º, inc. LVII da CF/88) e de outro o princípio da duração razoável do processo que traz consigo a ideia da aplicação do direito processual penal, que tem como medida real assecuratória o sequestro dos bens do sujeito, ressaltando que esta aplicação deve ter um tempo razoável para o réu (art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88).

Assim sendo, levando em conta o caso hipotético, seria possível elaborar uma regra onde poderia se presumir⁵³³ que determinados bens, na posse do investigado/arguido, são oriundos do crime. Explica-se.

Imagine-se uma lei ordinária, previamente publicada, exigindo os seguintes requisitos obrigatórios para sua efetiva aplicação. Configuraria estes requisitos obrigatórios como elementos centrais na decisão do magistrado de presumir que os outros bens do arguido também seriam de atividades criminosas:

A) Que o arguido tenha sido condenado por um Juiz competente, ainda que em segunda instância, por um crime grave e lucrativo, previsto em rol taxativo⁵³⁴ (obrigatório);

B) Que os bens que estão na posse do arguido, objetos do confisco, estejam na sua posse pelo menos há 10 anos; (obrigatório);

C) Que o arguido não tenha obtido êxito em provar, em fase preliminar⁵³⁵, a origem lícita do patrimônio que mantém direta ou indiretamente – defesa de fonte legítima -. (obrigatório);

D) Que o patrimônio do arguido ou que o mesmo dispõe de forma direta ou indireta, é desproporcional com seus rendimentos lícitos e formalmente conhecidos. (obrigatório).

A mesma lei hipotética, também deverá exigir, além dos quatro requisitos obrigatórios, pelo menos a presença, cumulativa, de um requisito alternativo.

1) Que o arguido faz da sua vida criminosa uma profissão (alternativo);

2) Que o patrimônio a confiscar não tenha sido financiado de forma

533 AGUADO, Teresa Correa, menciona decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, “sentencia 7.10.88 (TEDH 1988,20) caso Salabiankn y 25.9.92 (TEDH 1992,60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina majoritaria”, no sentido de que a prova da presunção da procedência dos bens terem sido adquiridos pelo arguido de outros crimes devem vir acompanhadas de elementos objetivos diferentes do fato descoberto e merecedor de condenação, ou seja, a prova necessária da presunção deve ser de outra natureza e estar vinculada obrigatoriamente a atividade desenvolvida pelo arguido, como por exemplo, prova indiciária das investigações policiais sobre a dedicação do arguido há tempos com atividades ilícitas e que os bens a serem confiscados foram adquiridos por ele nesta época, outro exemplo, seria a prova de que os bens a serem confiscados pelo arguido não foram financiados legitimamente por ele e ainda que o patrimônio que ele dispõe não é adequado aos seus vencimentos lícitos. Cf. CORREA, Teresa Aguado. **Comiso: crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 30.

534 Por exemplo, organização criminosa, tráfico ilícito de drogas, armas, lavagem de capitais, evasão de divisas, fraude em licitações, corrupção ativa e passiva, peculato, tráfico de influência, exploração de prestígios, dentre outros delitos que visam lucro.

535 Preliminarmente porque o arguido poderá fazer o levantamento de eventual medida constritiva de indisponibilidade dos bens, como, por exemplo, o sequestro.

lícita pelo arguido e pago por ele de forma lícita **(alternativo)**;

3) Que o arguido utiliza-se de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, para ocultar seus bens. **(alternativo)**;

4) Que o arguido mantém empresa em seu nome ou em nome de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, em paraísos fiscais ou em países que isentam de tributação o capital estrangeiro, dificultando a detecção de sua origem; **(alternativo)**;

5) Que o arguido já tenha sido condenado ou encontre-se respondendo a ação penal, por um outro crime econômico-financeiro **(alternativo)**;

Nestes casos, preenchido os requisitos objetivos (conjugação de todos os requisitos obrigatórios e ao menos um alternativo), a consequência é que o patrimônio do arguido, do que dispõe da posse direta ou indireta, é presumivelmente oriundo de outros crimes, isto é, todos os bens do arguido, no período de dez anos, são presumíveis serem provenientes do crime por qual foi condenado e por outros delitos que o Estado detém provas diretas ou indiciárias.

Como é uma medida, *sui generis*, não guarda relação com o final do processo que lhe deu impulso, podendo, inclusive, o arguido ser absolvido pelo delito, entretanto, a única sentença absolutória que traria efeito no confisco alargado seria sentença absolutória por inexistência de autoria ou atipicidade do fato. As demais não produziram efeito e o confisco alargado continuaria seu trâmite.

Ressalte-se a importância da criação de requisitos de ordem objetiva para o convencimento do magistrado sobre a presunção da origem criminosa dos bens do arguido, isto é, para a decretação do confisco alargado o juiz deve demonstrar amplamente quais foram os elementos objetivos que o convenceram serem os bens do arguido oriundos de outras práticas delitivas.

Este ponto reforça a necessidade de se observar outra garantia constitucional e, ao mesmo tempo, valida o mecanismo de perda alargada. Segundo AGUADO⁵³⁶, ao se elaborar requisitos objetivos para o convencimento da presunção do magistrado está se observando a ampla defesa, é dizer: a defesa do arguido se atentará à impugnação dos elementos que levaram ao juiz decidir pela presunção de probabilidade serem os bens do arguido, na sua totalidade ou parte deles, oriundos de outras práticas criminosas.

536 CORREA, Teresa Aguado. Comiso: **crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 31.

Retornado ao caso hipotético, sob a perspectiva da constitucionalidade da medida de confisco alargado, não há se cogitar em afronta ao princípio de presunção de inocência⁵³⁷e, portanto, os bens deste sujeito seriam perdidos para o Estado.

Ademais, sob a ótica da proposta ora defendida, quando se analisa a compatibilidade do confisco alargado com os princípios constitucionais é necessário que se reafirme a tese acerca da natureza jurídica do instituto em pauta, ou seja, trata-se de instrumento que não tem natureza jurídica estritamente penal, portanto o viés que deve se dar ao estudo foge da logística tradicional.

Não existiram entraves em um panorama de confisco alargado para a solução do caso hipotético.

Por isso, seja pela concepção da aplicabilidade do direito e sua solução através do sopesamento dos princípios envolvidos, como propõe ALEXY⁵³⁸, seja pela proposta de que o confisco alargado não tem natureza jurídica penal, mas *sui generis*, a conclusão que se chega é a mesma trazida pelo TEDH⁵³⁹, vale dizer: o confisco alargado não fere a presunção de inocência quando exigidos requisitos objetivos para sua aplicação.

As questões centrais que poderiam se levantar contra o instituto da perda alargado no Brasil estariam eventualmente na violação do princípio do estado de inocência, *indúbio pro reo*, *nemo tenetur se detegere*, princípio da culpa e princípio acusatório.

O artigo 5, inc. LVII da Constituição Federal encarta o princípio da presunção de inocência, ou seja, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁵³⁷ Recentemente o STF analisou a constitucionalidade da Lei Complementar 135 (ficha limpa) e entendeu pela sua constitucionalidade, restringindo, em parte, as concepções do princípio da presunção de inocência ao vedar a candidatura para políticos condenados em decisões colegiadas da segunda instância. Neste julgamento o voto da Ministra Rosa Weber tornou-se referencial, já que enfrentou uma análise profunda sobre o princípio da presunção de inocência, levando em conta seus aspectos probatórios, especialmente para uma condenação criminal - o *standard* probatório exigido deve ser de uma prova acima de qualquer dúvida razoável “*beyond any reasonable doubt*” - e, segundo ela, este seria o núcleo duro do princípio, não passível de flexibilização. (Cf. *ADC 29/ADC 30 e ADI 4578, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno do STF, julgamento em 16/02/2012*). A reflexão ganha contornos quando pensado pelo sistema do *preponderance of evidence*: neste sistema não se exige do juízo uma certeza para a decisão. Para se formar a convicção da decisão exige-se apenas que o julgador demonstre, por meio do conjunto probatório disponível, as evidências prováveis, aptas a formar uma convicção. Este sistema não tem a finalidade de retirar todas as dúvidas do julgador, apenas o inclina, pelas provas que preponderam, por um lado da balança (*the balance of the probabilities*). Este último sistema é adotado nos EUA e no Reino Unido para fins de perdimento de bens em favor do Estado.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudos introdutórios Alexandre Gomes Trivisonno – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 147.

⁵³⁹ Disponível: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Acesso em 08/10/15.

O que se preserva com este princípio constitucional é o estado do sujeito como inocente antes de proferido o decreto condenatório definitivo.

Portanto, é vedado ao sujeito sofrer qualquer tipo de constrição à sua liberdade enquanto se defende em processo judicial.

Neste sentido, supor que o arguido praticou outros crimes para além daquele que foi definitivamente condenado e que, por esta razão, dispõe de patrimônio incongruente, estaria se ferindo o estado de inocência.

Reafirmamos que o “olhar” do instituto não pode ficar arraigado em bloqueios de princípios penais e processuais penais.

Considerando que para a efetivação do confisco alargado, não é necessário que se demonstre a culpa do arguido é evidente que o instituto ora defendido não possui caráter ou natureza sancionatória, portanto, não se trata de condenação penal por crimes hipotéticos, mas simplesmente uma medida judicial ligada a uma situação patrimonial dissociada com a realidade.

Nesse sentido, o consultor externo do projeto Fênix⁵⁴⁰ de recuperação de ativos em Portugal afirmou que *“a perda alargada não viola a presunção de inocência (...) porque não se trata de imputação de crimes: trata-se de determinação de confisco de um patrimônio de origem ilícita provada através de presunção”*⁵⁴¹.

Portanto, CAEIRO⁵⁴² reforça o entendimento exposto nesta pesquisa, vale dizer: não visa o confisco alargado a uma reação penal, mas sim de privar o sujeito de bens que não tiveram sua origem lícita comprovada através de um procedimento com ampla defesa, contraditório e devido processo legal, portanto, presumíveis serem oriundos do crime.

⁵⁴⁰ O Projeto Fênix nasceu em 2009 em Portugal com intuito de prevenir e combater a criminalidade organizada, bem como se proceder a recuperação de ativos. Trata-se de uma equipe de Procuradores, Juizes e Investigadores Criminais que produziu um manual de boas práticas e um repertório de canais dedicados a comunicação. Inicialmente tratam de identificar as dificuldades encontradas nas diversas etapas processuais para realizar a perda clássica e a perda alargada, bem como dar guarda e adequada destinação aos ativos recuperados. Em um segundo momento formularam circuitos para a tramitação célere de informação e a transmissão de pedidos de autoridades judiciárias, policiais e administrativas, quer ao nível interno ou internacional.

⁵⁴¹ Ver trabalho de Ana Patrícia Cruz Duarte sob orientação do Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha. Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito. O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 08/10/15.

⁵⁴² CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013

Como desdobramento deste princípio em direito penal, é certo que ninguém pode ser condenado sem a clara demonstração da conduta, típica, ilícita e culpável.

Portanto a sanção penal somente sobrevém quando perfeita e detalhadamente delineada com os contornos da teoria do crime.

O confisco alargado que se propõe nesta pesquisa pode ser combatido quando se afirma que o mesmo seria uma espécie de perda de bens sem a efetiva demonstração da culpa do investigado.

Ora, como já referido, o instituto se basta pela incongruência patrimonial do sujeito e pela condenação criminal por outro crime que ligue o patrimônio como suspeito, ou seja, que tenha sido adquirido com a prática de outros crimes.

O embate encontra aqui sua principal batalha, especialmente quando a reflexão leva em conta as posições contrárias à medida⁵⁴³ - é dizer, que o instrumento fere o direito constitucional a propriedade privada, bem como ao contraditório e ampla defesa.

Ousamos, com a devida vênia, discordar, já que a propriedade privada continua sendo respeitada, justamente porque a concepção do confisco alargado é retornar a situação *quo ante*, isto é, não é lícito, tampouco justo, que o delinquente disponha de um patrimônio que não lhe pertence.

Por outro lado, ao pensar que se estaria violando o direito de propriedade privada, indagamos: como explicar o artigo 91 do Código Penal Brasileiro? Este dispositivo é defendido pelo mesmo autor⁵⁴⁴ que critica o confisco alargado, já que este dispositivo prevê a possibilidade de perda para a União do instrumento, produto e proveito do crime, inclusive por valor equivalente e não se estaria ferindo o direito constitucional da propriedade privada, ainda que não elencada nas possibilidades constitucionais (expropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro).

⁵⁴³ Juarez Cirino dos Santos ao comentar sobre o confisco alargado, entende a medida é uma concepção conservadora e autoritária do Sistema de Justiça Criminal. Além disso, afirma o autor que no âmbito interno, a Constituição brasileira garante a propriedade (art. 5º, XXII), que só pode ser expropriada por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, além do que, no plano internacional, a 5ª Emenda à Constituição americana exige o *due process of law* para privação da propriedade (da vida e da liberdade), sobre a base do contraditório e da ampla defesa, além da absoluta proibição de provas obtidas por meios ilícitos. Cf. **SANTOS, Juarez Cirino dos. Reflexões sobre o Confisco Alargado.** BOLETIM IBCrim, ano 23, número 277, dezembro 2015, p. 23.

⁵⁴⁴ Ver nota anterior.

Outra crítica ao confisco alargado, seria fazer “vista grossa” para a vedação de penas por prática de condutas suspeitas e, portanto, medida de cunho soberano, inquisitivo, não admissível em nosso direito brasileiro.

Ressalta-se que esta posição é perfeita quando se pensa no confisco alargado como medida penal, o que não é a sugestão apresentada neste trabalho.

A partir do momento que se desliga o confisco alargado como medida penal, “cai por terra” a análise da teoria do crime para sua imposição, lembrando que o ponto nevrálgico de direito penal é apenas o impulso inicial para a medida.

O que está em “jogo” é o patrimônio incongruente do sujeito que pode ser novamente utilizado para prática de novos ilícitos.

Assim o que se busca é justamente impedir este ciclo.

Registre-se, o que se retirará do sujeito é o patrimônio incongruente, deixando-se os demais incólumes quando provado sua origem.

Por fim, também se cogita na violação do brocardo jurídico “*indúbio pro reo*”, isto é, como a medida é apenas de presunção de ilicitude dos bens do arguido, é justo que se incline pela dúvida e, neste caso, a presunção deve ser lícita e não ilícita. Logicamente que o raciocínio ora exposto tem um viés puramente penal.

Novamente reafirmamos, não é esta a proposta.

A partir do momento que o confisco alargado passa a ser compreendido como instituto não penal, nada impede o raciocínio inverso, isto é, como não houve por parte do arguido a demonstração cabal da licitude dos bens, um dos pressupostos do confisco alargado está perfeitamente preenchido e, portanto, não há óbice legal para sua efetivação.

Da mesma forma, o confisco alargado quando visto pelas lentes do direito penal, especificamente, também poderia encontrar obstáculo no brocardo jurídico “*nemo tenetur se detegere*”, isto é, nenhum sujeito tem o dever de se auto-incriminar, de produzir provas contra sua pessoa, pode inclusive ficar em silêncio, se for o caso.

Ao se desvincular o confisco alargado da natureza jurídica penal, não há que se falar em produção de provas em desfavor do arguido, pelo contrário, terá ele o direito e a oportunidade de fazer valer sua defesa, demonstrando e provando a licitude da origem do patrimônio que se sugere incongruente ou atacando os pontos objetivos da medida.

Ressaltamos que este é o novo norte da política internacional contra a criminalidade organizada, isto é, autonomizar o confisco alargado em relação ao processo penal⁵⁴⁵.

7.3 DA PROPOSTA “*LEGE FERENDA*” DE CONFISCO ALARGADO.

A proposta pretende a elaboração de lei ordinária, sem que altere os dispositivos do Código Penal e de Processo Penal⁵⁴⁶.

Trata-se de uma lei ordinária que permite a perda de bens quando vinculados a situações que conduzam à presunção de que o acúmulo patrimonial se deu de maneira ilícita. Tal perda, entretanto, deverá obrigatoriamente preencher requisitos de ordem objetiva para sua concessão judicial.

Assim, a medida de confisco alargado dependeria da condenação do arguido, por sentença judicial, em segunda instância, por crimes do catálogo⁵⁴⁷, os quais, obrigatoriamente, devem ter sido praticados no marco de uma organização criminosa ou associação criminosa⁵⁴⁸, vale dizer, em concurso de crimes com a Lei 12.850/2013 ou com o art. 288 do CP. Este ponto é crucial para se evitar injustiças em relação ao instrumento de confisco ampliado, ou seja, os delitos quando praticados sobre o suporte de uma organização ou associação criminosa, por certo que se trata de um delito mais aparelhado, sistemático, de difícil comprovação pelos meios normais de investigação e dirigido à obtenção de lucro para posterior reinvestimento em outras modalidades delitivas.

545 Sobre este tema ver: MAUGERI, Ana Maria, **Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo**. Milano, 2001, pg. 883. Disponível em: <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/371815924.pdf> - Acesso em_08/10/2015; Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. **Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas. Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de La Política Criminal. Granada. 2008. p. 105.

546 A proposta desta pesquisa se distancia do modelo proposto pelo Ministério Público Federal – no pacote de 10 projetos de leis penais e processuais penais – “medidas contra a corrupção”, especificamente porque entendemos necessário que os delitos antecedentes, os quais justificariam o impulso necessário para o confisco alargado, tenham sido praticados no marco de uma organização criminosa. Outro fato que também diferencia nossa pesquisa da medida do MPF está na exigência dos requisitos objetivos, conforme sugerido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH.

547 A título exemplificativo sugere-se: I) Tráfico ilícito de drogas, disposto nos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/2006; II) Tráfico ilegal de arma de fogo e comércio ilegal de arma de fogo; III) Corrupção Ativa e Passiva; IV) Peculato nas modalidades dolosas; V) Concussão; VI) Lavagem de Dinheiro; VII) Contrabando; VIII) Tráfico de pessoas; IX) Fraude a licitações disposto na Seção III da Lei 8.666/1993; X) Delitos de Pornografia infantil ou envolvendo crianças. (Vale ressaltar que todos os delitos devem estar em concurso de crimes com o delito de organização criminosa).

548 Entende-se que deve ser adotado conceito de organização criminosa como a reunião, permanente, de quatro indivíduos ou mais, com hierarquia e divisão de tarefas, para praticar crimes com pena mínima de 4 anos de reclusão e de associação criminosa o disposto no artigo 288 do CP.

É de se notar que a exigência da condenação do sujeito em segunda instância por crime previsto em rol taxativo vai ao encontro da nova posição do Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁹ que permitiu a execução provisória da sentença penal condenatória. Ora, se a Corte máxima brasileira não vê óbice na execução da pena após vencida a segunda instância, tampouco há que se cogitar em medida afeta a constrição de bens e não de liberdade.

A sentença judicial que impulsiona o confisco alargado também coloca o sujeito em uma condição de arguido e determinará a indisponibilidade da integralidade ou apenas parte dos seus bens, estejam eles na sua posse, ou não.

A proposta que se sugere também deve prever a indisponibilidade de bens de interpostas pessoas, sejam físicas ou jurídicas, utilizadas pelo arguido para ocultar ou dissimular a origem dos bens.

No direito português, Lei nº 5/2002, também houve previsão da prioridade de tramitação do confisco alargado, uma vez efetivada a constrição judicial sobre o bem, medida esta que é vista com bons olhos porque proporcionará uma resposta judicial mais rápida, evitando, por exemplo, a deterioração dos bens.

É crucial que a lei, em respeito à ampla defesa e ao contraditório, oportunize um prazo razoável ao arguido para que este concretize sua defesa, a qual, necessariamente, deve estar adstrita ao combate dos requisitos objetivos que motivaram a concessão da medida, como por exemplo, a prova da origem lícita do bem ou demonstrar cabalmente que a parcela patrimonial constrita está na posse do arguido ou na sua propriedade há mais de 10 (dez) anos, contados, retroativamente, do momento que o mesmo foi constituído como arguido por sentença judicial.

Nestes casos, uma vez demonstrado ao juiz a inexistência dos mencionados requisitos objetivos, o confisco alargado se extinguirá e os bens retornarão à disponibilidade do arguido ou da interposta pessoa.

Após a contestação do arguido o Juiz deve determinar a avaliação dos bens, em 60 (sessenta) dias, por dois peritos oficiais. Também determinará que os peritos atestem sobre a incompatibilidade ou não dos bens do arguido, quando comparados com sua fonte legítima. Após, ouvido o Ministério Público, o Juiz decidirá sobre a procedência ou não da medida de confisco alargado.

⁵⁴⁹ HC nº 126292 - decisão do plenário do STF de 17/02/2016.

A medida de confisco será procedente quando preenchidos os seguintes requisitos formais e objetivos, de natureza cumulativa, ou seja, há necessidade de demonstração pelo Ministério Público, através de provas diretas ou indiretas, da presença dos quatro requisitos abaixo:

i) Condenação judicial, em segunda instância, por um dos delitos constante de rol taxativo, sempre que praticado no marco de uma organização ou associação criminosa⁵⁵⁰;

ii) Que os bens que estão na posse do arguido, objetos do confiscado alargado, estejam na sua posse há um tempo inferior a 10 anos, contados da data da sua condição de arguido;

iii) Que o arguido não tenha obtido êxito em provar a origem lícita do património que mantém direta ou indiretamente – defesa de fonte legítima -;

ii) Que o património do arguido ou que o mesmo dispõe de forma direta ou indireta, seja desproporcional aos seus rendimentos lícitos e formalmente conhecidos;

Para dar mais transparência à medida, seria prudente o legislador exigir, além dos quatro requisitos cumulativos acima, a presença, também, de um dos quatro requisitos alternativos, abaixo transcritos:

i) Que o arguido tenha um estilo de vida criminosa⁵⁵¹;

ii) Que o património a confiscar não tenha sido financiado de forma lícita pelo arguido e pago por ele de forma lícita;

III) Que o arguido se utiliza interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, para ocultar ou dissimular a origem de seus bens;

iv) Que o arguido mantém empresa em seu nome ou em nome de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, em paraísos fiscais ou em países que isentam de tributação, dificultando a detecção da origem do seu património;

⁵⁵⁰ Para efeito do conceito de organização e associação criminosa, sugere-se adotar as definições da Lei 12.850/2013 e do artigo 288 do Código Penal.

⁵⁵¹ Seria possível, a exemplo do Reino Unido, o legislador elencar requisitos objetivos que levam a um estilo de vida criminosa. A análise deve partir do sistema *balance of probabilities* e podem ser elencados requisitos objetivos, não cumulativos, como por exemplo: **a)** condenação como autor, coautor ou partícipe em crimes de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, direção de grupos terroristas, tráfico de pessoas ou armas, contrafação e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão; ou **b)** o crime se insere numa sequência de atividades criminosas, em que o agente tenha obtido com o crime, um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais (cinco mil libras no caso do Reino Unido), neste caso, o agente tem que ter sido condenado no processo por pelo menos três outros crimes e tenha obtido idêntico benefício ou se, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha obtido idêntico benefício; ou **c)** o crime foi cometido durante seis meses e o condenado obteve um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais (cinco mil libras no caso do Reino Unido).

Assim, para que os bens do arguido sejam declarados como presumíveis de origem de outros delitos seria necessário a comprovação pelo Ministério Público, durante o procedimento de confisco alargado, da presença dos quatro requisitos cumulativos e pelo menos um alternativo.

Nestes casos, como os requisitos são de ordem objetiva estaria assegurado os princípios constitucionais, em especial, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Neste sentido é a proposta do TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵⁵² -, é dizer: a prova de que a origem dos bens do arguido presume-se ser de origem criminosa, deve vir acompanhada de elementos objetivos diferentes do fato descoberto e merecedor de condenação, ou seja, a prova necessária a amparar presunção deve ser de outra natureza.

Em sendo procedente a medida de confisco alargado, a lei poderia prever a possibilidade de leilão ou pregão eletrônico, preferencialmente, sempre por determinação judicial.

Posteriormente ao leilão ou ao pregão, a quantia apurada seria depositada em conta judicial remunerada, observado os seguintes procedimentos:

i) Nos processos de competência da Justiça Federal e do Distrito Federal os depósitos seriam efetuados em instituição financeira oficial, onde ficaria aguardando a decisão final do procedimento de confisco, sendo sempre corrigidas monetariamente;

ii) Nos processos de competência da Justiça dos Estados, os depósitos seriam efetuados em instituição financeira oficial em que a unidade da federação possua mais da metade do capital social integralizado ou, na sua ausência, em instituição financeira oficial da União, onde ficaria aguardando a decisão final do procedimento de confisco, sendo sempre corrigidas monetariamente;

⁵⁵² **CORREA**, Teresa Aguado, menciona decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, “sentencia 7.10.88 (TEDH 1988,20) caso Salabiankn y 25.9.92 (TEDH 1992,60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina majoritaria”, no sentido de que a prova da presunção da procedência dos bens terem sido adquiridos pelo arguido de outros crimes devem vir acompanhadas de elementos objetivos diferentes do fato descoberto e merecedor de condenação, ou seja, a prova necessária da presunção deve ser de outra natureza e estar vinculada obrigatoriamente a atividade desenvolvida pelo arguido, como por exemplo, prova indiciária das investigações policiais sobre a dedicação do arguido há tempos com atividades ilícitas e que os bens a serem confiscados foram adquiridos por ele nesta época, outro exemplo, seria a prova de que os bens a serem confiscados pelo arguido não foram financiados legitimamente por ele e ainda que o patrimônio que ele dispõe não é adequado aos seus vencimentos lícitos. Cf. **CORREA**, Teresa Aguado. **Comiso: crónica de una reforma anunciada**. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014. p. 30.

Em sendo improcedente a decisão judicial de confisco alargado, o Juiz determinaria que o valor do depósito, fosse colocado à disposição do arguido, atualizado monetariamente.

Também seriam os valores colocados à disposição do arguido nos casos de absolvição do arguido pelo crime antecedente que motivou a abertura do procedimento de confisco alargado quando: por inexistência do fato ou da autoria.

Registre-se que a medida de confisco seguiria até seu termo nos casos, por exemplo, de absolvição do arguido pelo crime antecedente, por extinção de sua punibilidade.

Por outro lado, em sendo a sentença de confisco alargado procedente, os valores seriam disponibilizados para União ou para o Estado, conforme o caso, sempre corrigidos monetariamente;

Como conceito de patrimônio, objeto do confisco alargado, é interessante que o legislador opte pela disposição constante do artigo 2º, alínea “d”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015 de 12/03/2004⁵⁵³, ou seja, os bens de toda espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis e ainda os documentos legais ou instrumentos provando título para, ou interesse nestes bens.

Para garantir a eficácia da medida, a lei também poderia prever a possibilidade da concessão das medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, seja na fase pré-processual ou mesmo após a denúncia do Ministério Público.

Outro ponto interessante, especialmente para desonerar financeiramente o Estado, seria a previsão legal da realização de perícia, preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da administração pública. Em não sendo possível a utilização de perito oficial, os eventuais custos com perícia e/ou honorários do perito não integrante da administração pública, seriam pagos, ao final, pelo arguido, caso vencido, ou pela União, Estado, Distrito Federal, conforme o caso.

Por fim, caberia ao legislador estabelecer as modalidades de recursos em relação à decisão que julga o confisco alargado, inclusive seus efeitos.

Como sugestão elencamos um modelo de projeto de lei de confisco alargado.

⁵⁵³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm
Acesso em 08/10/2015.

A proposta pretende a elaboração de lei ordinária, sem que altere os dispositivos do Código Penal e de Processo Penal.

Art. 1º – A medida de confisco alargado depende da condenação do arguido, por sentença judicial, em segunda instância, praticados no marco de uma organização criminosa ou associação criminosa, em um crimes do catálogo abaixo:

- I) Tráfico ilícito de drogas, disposto nos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/2006;
- II) Tráfico ilegal de arma de fogo e comércio ilegal de arma de fogo;
- III) Corrupção Ativa e Passiva;
- IV) Peculato nas modalidades dolosas;
- V) Concussão;
- VI) Lavagem de Dinheiro;
- VII) Contrabando;
- VIII) Tráfico de pessoas;
- IX) Fraude a licitações disposto na Seção III da Lei 8.666/1993;
- X) Evasão de divisas;
- XI) Tráfico de influência;
- XII) Exploração de prestígio.

Art. 2º - Na decisão judicial de segunda instância, o Juiz determinará a indisponibilidade de todos os bens do arguido, estejam eles na sua posse ou não.

§ 1º: No caso de comprovada vinculação do patrimônio do arguido com interpostas pessoas, inclusive pessoa jurídica, também se procederá, na sentença judicial, a decretação da indisponibilidade dos bens.

§ 2º: Efetivada a constrição sobre o bem, o processo judicial terá prioridade de tramitação.

Art. 3º - O Arguido, após a efetivação da determinação judicial de indisponibilidade dos bens, terá o prazo de 30 (trinta) dias para provar a inexistência dos requisitos objetivos obrigatórios e ou requisitos alternativo que fundamentou a constrição patrimonial.

Parágrafo único: O prazo de 10 (deze) anos, referidos nesta lei, conta-se da publicação do acórdão que condenou o arguido.

§ 1º: No caso do Juiz cível se convercer da inexistência de um dos requisitos objetivos obrigatórios ou da inexistência do requisito alternativo, a medida de confisco alargado se extinguirá e os bens passam voltar a disponibilidade do arguido ou da interposta pessoa.

§ 2º: Após a contestação do arguido o Juiz cível determinará a avaliação dos bens, em 60 (sessenta) dias, por dois peritos. Também determinará que os peritos atestem sobre a incompatibilidade ou não do bens do arguido quando comparados com sua fonte legitimamente declara à Receita Federal do Brasil.

§ 3º: Ouvido o Ministério Público o Juiz cível decidirá sobre a procedência ou não da medida de confisco alargado.

§ 4º A medida de confisco será procedente quando preenchidos os requisitos formais do artigo 6º desta lei.

§ 5º Em sendo procedente a medida de confisco, o Juiz cível determinará a realização de leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a setenta e cinco por cento da avaliação.

§ 6º Realizado o leilão ou o pregão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, observados os seguintes procedimentos:

I - nos processos de competência da Justiça Federal:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira oficial, onde ficará aguardando a decisão final do procedimento, sendo sempre corrigidas monetariamente;

II - nos processos de competência da Justiça dos Estados e do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira oficial em que a unidade da federação possua mais da metade do capital social integralizado ou, na sua ausência, em instituição financeira oficial da União, onde ficará aguardando a decisão final do procedimento, sendo sempre corrigidas monetariamente;

§ 7º Em sendo improcedente a decisão judicial de confisco alargado, o Juiz cível determinará que o valor do depósito, seja colocado à disposição do réu, atualizado monetariamente;

§ 8º Em sendo a sentença de confisco alargado procedente os valores serão incorporados ao patrimônio da União ou do Estado, conforme o caso, os valores ficarão depositados em instituição financeira oficial da União ou do Estado, conforme o caso, sempre corrigidos monetariamente e somente serão incorporados definitivamente ao patrimônio da União ou da unidade da federação, quando transitado em julgado a decisão condenatória do crime antecedente;

§ 9º Nos casos de absolvição do arguido pelo crime antecedente, pela inexistência do fato ou da autoria, os valores serão colocados a disposição do arguido;

§ 10º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e as multas incidentes sobre o bem confiscado, e os valores serão destinados à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, conforme o caso.

Art. 4º – Entende-se por patrimônio, para efeito desta lei, os bens de toda espécie, seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, tangível ou intangível e ainda os documentos legais ou instrumentos provando título para, ou interesse nestes bens.

Art. 5º – O Ministério Público será ouvido em todas as fases do confisco alargado.

Art. 6º – Para dar efetividade a medida de confisco alargado, compete ao Ministério Público a prova dos requisitos obrigatórios e alternativos dos parágrafos deste artigo;

Parágrafo 1º: Requisitos obrigatórios a serem provados pelo Ministério Público:

I) Condenação judicial, em segunda instância, por um dos delitos constante de rol taxativo, sempre que praticado no marco de uma organização ou associação criminosa⁵⁵⁴;

II) Que os bens que estão na posse do arguido, objetos do confiscado alargado, estejam na sua posse há um tempo inferior a 10 anos, contados da data da sua condição de arguido;

III) Que o arguido não tenha obtido êxito em provar a origem lícita do patrimônio que mantém direta ou indiretamente – defesa de fonte legítima -;

IV) Que o patrimônio do arguido ou que o mesmo dispõe de forma direta ou indireta, seja desproporcional aos seus rendimentos lícitos e formalmente conhecidos;

Parágrafo 2º: Requisitos alternativos a ser provado pelo Ministério Público juntamente com os obrigatórios:

i) Que o arguido tenha um estilo de vida criminosa⁵⁵⁵;

ii) Que o patrimônio a confiscar não tenha sido financiado de forma lícita pelo arguido e pago por ele de forma lícita;

III) Que o arguido se utiliza interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, para ocultar ou dissimular a origem de seus bens;

iv) Que o arguido mantém empresa em seu nome ou em nome de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, em paraísos fiscais ou em países que isentam de tributação, dificultando a detecção da origem do seu patrimônio;

⁵⁵⁴ Para efeito do conceito de organização e associação criminosa, sugere-se adotar as definições da Lei 12.850/2013 e do artigo 288 do Código Penal.

⁵⁵⁵ Seria possível, a exemplo do Reino Unido, o legislador elencar requisitos objetivos que levam a um estilo de vida criminosa. A análise deve partir do sistema *balance of probabilities* e podem ser elencados requisitos objetivos, não cumulativos, como por exemplo: **a)** condenação como autor, coautor ou partícipe em crimes de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, direção de grupos terroristas, tráfico de pessoas ou armas, contrafação e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão; ou **b)** o crime se insere numa sequência de atividades criminosas, em que o agente tenha obtido com o crime, um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais (cinco mil libras no caso do Reino Unido), neste caso, o agente tem que ter sido condenado no processo por pelo menos três outros crimes e tenha obtido idêntico benefício ou se, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha obtido idêntico benefício; ou **c)** o crime foi cometido durante seis meses e o condenado obteve um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais (cinco mil libras no caso do Reino Unido).

Parágrafo 3º - Para fins desta lei, considera-se estilo de vida criminosa:

I) condenação como autor, coautor ou partícipe em crimes de tráfico de drogas, organização criminosa, associação crimosa, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas ou armas, contrafação, crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão, fraudes em licitações e crimes contra a administração pública; ou

II) qualquer crime, desde que se insira numa sequência de atividades criminosas, em que o agente tenha obtido com o crime, um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais, neste caso, o agente tem que ter sido condenado no processo por pelo menos três outros crimes e tenha obtido idêntico benefício, ou se, nos dez anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha obtido idêntico benefício; ou

III) o crime foi cometido durante seis meses e o condenado obteve um benefício não inferior a vinte e cinco mil reais.

Art. 7º - A ação de que trata esta Lei comportará, a qualquer tempo, a concessão das medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, ainda que o titular dos bens, direitos ou valores não tenha sido identificado.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 8º - A perícia, será realizada preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da administração pública.

§ 1º As despesas com a perícia e os honorários do perito não integrante da administração pública serão pagos, ao final, pelo arguido, caso vencido, ou pela União, Estado, Distrito Federal, conforme o caso.

Art. 9. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

8. CONCLUSÃO

Como conclusão optou-se por elencar, sistematicamente, os principais pontos sobre cada capítulo.

1. Há uma ligação indissociável entre práticas criminosas e as falhas do modelo econômico.

2. A depender da referência econômica e da estrutura social adotada, os protótipos dos delitos também ganham novos contornos e acabam por se especializar.

3. No modelo econômico de bem-estar social, a partir do marco histórico da Segunda Guerra Mundial, o Estado passa a ser forte, regulador do mercado, principalmente das relações sociais e econômicas, as quais são efetivadas por políticas chamadas públicas, a exemplo, das relacionadas à saúde, emprego, transporte, previdências, assistência social, flexibilização das leis trabalhistas, dentre outras.

4. O capitalismo de compadrio e de laços desestimula a concorrência e, conseqüentemente, afeta o desenvolvimento.

5. Por conseguinte, com a evolução social, o Estado de bem-estar é substituído por um novo modelo, o neoliberal.

6. Neste momento é perceptível que o capital passa a assumir o papel do Estado na confecção de políticas públicas e o capitalismo de compadrio ou de laços se agudiza.

7. Há uma forte privatização de elementos, antes públicos, como saúde, educação e infraestruturas. Inicia-se neste modelo econômico a financeirização do capital e a proximidade de relação entre atores sociais, públicos e privados, direcionando esforços para fins econômicos e, por vezes, buscando interesses pessoais.

8. Diante destes novos elementos, resta claro que a base concorrencial do capital obriga o ser humano a se desvirtuar das regras do mercado e, em muitos casos, até adotar um agir criminoso.

9. A corrupção, neste novo contexto, começa a ganhar outros contornos, superando o espaço local e regional.

10. Inicia-se, neste momento, uma relação espúria entre agentes públicos e

agentes privados, notadamente quando um segmento econômico é mantido através do monopólio ou oligopólio e a sua sustentabilidade se dá por meio de recursos públicos, justamente porque as decisões financeiras são tomadas por um restrito número de pessoas, fugindo do controle e da transparência, favorecendo e propiciando a corrupção dos seus atores.

11. A corrupção torna-se sistêmica e passa a ganhar espaço integrando o balcão de negócios como elemento da negociação, diminuindo a concorrência sadia. Neste contexto, a propina é paga como uma atividade rotineira e vista pelos atores como a “regra do jogo”, resultando em uma abreviação dos custos morais e do próprio crime.

12. Paralelamente, ao mesmo tempo em que avançam as formas de intercambiar mercadorias, através da globalização, rompendo fronteiras evoluindo as variantes delitivas e os meios à disposição dos sujeitos para delinquir.

13. Fala-se, assim, em uma sociedade global de riscos, em especial a partir de 1990, pois enquanto condutas típicas são praticadas em um lugar, seus resultados alcançam muitos outros, comprometendo desta forma, diversas gerações e em diferentes locais do planeta.

14. As Nações Unidas, diante deste novo contexto, propõe aos Estados Nacionais medidas para dar efetividade ao combate às organizações criminosas.

15. Há uma nítida percepção de que a dogmática penal clássica não dispõe de elementos aptos para fazer frente às novas formas de criminalidade econômico-financeira organizada.

16. Desta forma, a delinquência multinacionalizada se especializou, inclinándose à prática de condutas criminosas de caráter econômico, complexas e dedicadas unicamente a obtenção do lucro para, posteriormente, reinvestir em novas formas de delinquir.

17. A Política Criminal, neste sentido, também busca se aprimorar, não somente através de novas teorias para delitos praticados por poderosos, mas também evidenciando particularidades no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro, estreitando os institutos da cooperação jurídica e policial, bem como formas de perda de bens em favor dos Estados e considerar a possibilidade de inversão do ônus da prova em delitos praticados no marco de uma organização criminosa.

18. Neste momento, explora-se uma mudança de conceitos de política criminal internacional. Busca-se demonstrar aos delinquentes, autores de delitos econômicos,

que o crime não compensa.

19. Torna-se essencial, portanto, o confisco dos bens dos delinquentes, seja porque instrumentos, produtos ou proveito do crime ou porque presumíveis terem sido adquiridos de forma ilícita.

20. Através da análise econômica do direito demonstrou-se que o ser humano responde a incentivos, já que toda escolha humana tem um custo de oportunidade, ou seja, enquanto fazemos algo, deixamos de fazer outra coisa.

21. Portanto, em um ambiente onde o crime econômico não compense, porque pode estar submetido ao confisco, os autores destas infrações sopesarão entre os riscos de perder e ganhar.

22. Demonstrou-se que a criminalidade econômica, notadamente a lavagem de capitais, afeta diretamente à economia formal, a livre concorrência e ao próprio desenvolvimento econômico, ou seja, enquanto milhões de dólares são branqueados anualmente, políticas públicas de cunho social e de infraestrutura deixam de serem feitas. Investidores optam por empregar seu capital em outra região, onde a proteção jurídica é maior que a oferecida no Brasil. Neste contexto, optou-se por seguir a linha mais abrangente dos postulados críticos lançados por Niall Ferguson ao trazer premissas no tocante aos sintomas degenerativos do mundo ocidental, os quais passam, necessariamente, pelo Estado de direito;

23. Neste conjunto de circunstância, o direito penal se vê diante de um dilema: até que ponto o direito penal deve intervir para proteção de bens jurídicos? Quais são os bens jurídicos a serem protegidos?

24. Como resposta a estes questionamentos, socorreu-se ao apoio de *Winfried Hassemer* e na concepção da prevenção geral positiva, ou seja, os indivíduos, ao se reunirem para conviver em sociedade, devem respeitar as normas não por temor ou por intimidação, mas sim pelo convencimento social de que são instrumentos idôneos. Os incentivos preventivos devem se sobrepor aos repressivos.

25. As organizações criminosas, especialmente com as novas tecnologias e a rapidez com que transita a informação, aproveitaram-se para ampliar o seu alcance criminoso, seja através da lavagem de capitais, tráfico de drogas e armas ou até através do envio de material pornográfico infantil, mas de todas estas modalidades, há um elemento em as caracterizam como comum, o viés financeiro.

26. Em outras palavras é o patrimônio que essas organizações possuem que possibilita a prática das atividades delituosas de uma forma tão expressiva e danosa

e o seu reinvestimento na economia lícita é a causa para sua permanente existência.

27. Fala-se, então, em crimes *reditícios* ou de *profito*.

28. Neste contexto, os Estados Nacionais perceberam que o combate a estas organizações criminosas deve se dar, inicialmente, pelo confisco de bens, podendo destacar: a) Confisco Direto de bens; b) Confisco de Valores; c) Confisco Alargado; d) Confisco não baseado em uma condenação; e) Confisco de bens de terceiros; f) Gestão de bens confiscados.

29. Assim, o confisco clássico de instrumentos, produtos ou proveito do crime, como previsto no artigo 91 do Código Penal Brasileiro, tornou-se medida que, por si só, não alcança mais a evolução das práticas criminosas, especificamente das modalidades econômicas.

30. O confisco ampliado ou alargado parte de uma premissa de presunção de ilicitude do patrimônio do arguido, nas hipóteses subsumíveis a determinados critérios objetivos estabelecidos legalmente.

31. O confisco não baseado em uma condenação seria a possibilidade de se confiscar bens do sujeito quando não é possível condená-lo, seja porque ocorreu à extinção da punibilidade, por exemplo, pela morte do agente, prescrição, decadência, dentre outras, ou porque o sujeito empreendeu fuga.

32. O confisco de bens de terceiros vem reforçar as concepções jurídicas da perda de bens e valores. Neste caso, quando o sujeito inicia um processo de transferência de titularidade da *res* para terceiros, sobre ele recaem fortes suspeitas acerca da ilicitude da origem destes bens. Em situações como esta não haveria a necessidade de se aguardar uma condenação transitada em julgado para promover a perda antecipada.

33. Sobre a gestão dos bens, a conclusão que se chegou se aproxima das sugestões da comunidade europeia, ou seja, a adoção de mecanismos para administração dos bens congelados a fim de evitar sua deterioração ou desvalorização, antes de serem definitivamente transferidos para o Estado.

34. Na Colômbia, por exemplo, um dos maiores entraves da medida de extinção civil de domínio é, justamente, a gestão dos bens.

35. Sobre o contexto de confisco de bens, demonstrou-se que, ao lado dele, deve caminhar uma efetiva cooperação jurídica, esta fundamentada no princípio da confiança, ou seja, na relação entre parceiros. Não se pode mais pensar em dar efetividade na cooperação judicial internacional se os países ainda estão em tempos

de Estado-requerente e Estado-requerido.

36. Sugere-se, portanto, uma cooperação judicial fundamentada em Estado-interceptor e Estado-notificado, ou ainda na própria cooperação direta pelo Estado-notificado, embasada na confiança mútua.

37. O passo seguinte foi entrar no tema das medidas assecuratórias reais do direito processual penal brasileiro, mas antes, analisou-se até onde deve incidir a medida da perda, ou seja, se os valores líquidos ou brutos (*ganâncias netas ou brutas*). Concluiu-se que o confisco deve atingir os valores brutos, sem descontar o valor líquido.

38. Assim, este princípio – *ganância bruta* -, está fundamentado na prevenção geral positiva, uma vez que quem investe dinheiro em um ilícito está assumindo o risco de perder o capital aplicado.

39. Sobre o estudo do sequestro de bens e da hipoteca legal, medidas assecuratórias reais, previstas nos artigos 125 e 134 do CPP, respectivamente, demonstrou-se, através de um caso hipotético, que as medidas são importantes na luta contra a criminalidade econômica organizada, entretanto, há necessidade de ir além e, neste caso, somente o confisco alargado tem a possibilidade jurídica e fática para suprir o alcance indesejado do sequestro e da hipoteca legal.

40. Também foi demonstrada outras hipóteses legais de perda de bens na legislação brasileira, em especial a Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 9.613/1998, com suas alterações. O desfecho da pesquisa, neste tópico, foi o mesmo que se chegou ao analisar às medidas assecuratórias reais, ou seja, são instrumentos que encontram limites, já que tem como objeto apenas os instrumentos, produtos e o proveito do crime.

41. Com relação à proposta de extinção civil de domínio, a pesquisa levou em conta três marcos teóricos. O primeiro é do Profº André Prado de Vasconcelos, o segundo oriundo da proposta anticorrupção apresentado pela Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e Ministério da Justiça e o terceiro marco se deu pela extinção civil de domínio no direito colombiano.

42. A conclusão decorrente foi de que a medida de extinção civil de domínio não abarca a possibilidade de perda de bens presumíveis serem de origem criminosa.

43. Outro ponto discutível sobre o instrumento diz respeito a sua dissimulação, ou seja, trata-se de uma medida de cunho cível para o confisco de bens de origem ilícita, portanto criminosa. Assim, o Estado seria parte ilegítima, por absoluta falta de

uma das condições da ação, para reivindicar propriedades que o Poder Público não as detém.

44. Sobre as principais diferenças entre a extinção civil de domínio e o confisco alargado, elencou-se: a extinção civil de domínio tem como objeto a perda dos direitos de propriedade de um bem e o confisco alargado tem como objeto a perda dos bens de um sujeito na condição de arguido, os quais presumem-se serem provenientes da prática de outros delitos;

45. Em relação aos bens afetados, a extinção civil de domínio afeta os instrumentos ou produtos de um ilícito e bens utilizados por um terceiro para a prática de um ilícito. O confisco alargado afeta todos os bens ou parte dos bens do arguido, inclusive de pessoas ligadas a ele ou de interpostas pessoas físicas ou jurídicas.

46. Sobre o procedimento, a ação civil de extinção de domínio é autônoma e de caráter civil. O confisco alargado, como propomos, é também autônomo em relação ao processo penal, apesar de depender dele para seu impulso inicial e também possui características civilistas pelo trâmite posterior;

47. Com relação à defesa, na ação civil de extinção de domínio, o sujeito deve provar a origem lícita do bem para evitar a medida constritiva, por sua vez, no confisco alargado, o sujeito tem uma maior amplitude de provas, o que favorece o princípio constitucional da ampla defesa, já que além de poder provar a origem do bem, pode também provar a ausência do requisito temporal ou ainda a ausência de um dos requisitos alternativos, exigidos para a efetivação da medida.

48. Por fim, um ponto crucial que difere as medidas está na possibilidade de alienação antecipada dos bens, especialmente para evitar sua deterioração ou nos casos onde não há como acomodar referido bem. Na extinção civil de domínio, enquanto tramita o procedimento não há como alienar os bens, diferente do confisco alargado que, já na sentença de primeiro grau, ou antes mesmo dela, através de medidas assecuratórias (por exemplo, através do sequestro), pode o juiz autorizar a sua alienação antecipada, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do crime que o impulsionou para a efetiva disponibilidade do capital, já que o instrumento é autônomo e independente do crime antecedente que o motivou.

49. Em seguida, através de uma pesquisa empírica na Vara Especializada de Lavagem de Dinheiro de Curitiba/PR, demonstrou-se, através de dois casos práticos de cooperação jurídica, um de forma direta, com resultados positivos e outro de característica clássica entre Estado-requerente e Estado-requerido, com pouca ou

nenhuma efetividade do ponto de vista de recuperação de ativos.

50. Concluimos que as medidas de confisco são necessárias como efeito prático no combate a delinquência organizada, em especial a econômica, entretanto, tanto o confisco como qualquer outro instrumento adotado, não atingirão a eficácia desejada se os Estados Nacionais não cooperarem mutuamente e, este contributo deve avançar para um auxílio fundamentado no princípio da confiança mútua.

51. Sobre a evolução do confisco na União Européia, a pesquisa, inicialmente, pontou os cinco órgãos que integram a comunidade: O Conselho Europeu, a Comissão Européia, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Contas Europeu, cada um com sua atribuição.

52. Para tanto, elencou-se as principais normativas emitidas pelo Conselho Europeu, destacando-se as Decisões-Quadro de nº 2005/2012/JAI, de 24 de fevereiro de 2005, partindo da premissa de que a criminalidade organizada transfronteiriça tem como principal motivação o lucro. Por este motivo, qualquer medida capaz de combater esta modalidade criminosa deve partir de instrumentos que tenham capacidade de combater este lucro.

53. Posteriormente, em 2012, em Bruxelas, no dia 03 de abril, o Conselho Europeu elencou uma proposta de Diretiva sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime. A idéia fundamental, inserida na exposição de motivos, foi a de facilitar o confisco e a recuperação de ativos pelas autoridades dos Estados-membros.

54. Neste sentido, propõe-se proteger a concorrência legal, coibindo a criminalidade organizada e impedindo que adentre no mercado formal, prejudicando o próprio desenvolvimento econômico.

55. Prevê expressamente o artigo 4º da referida proposta, a necessidade de instituição do confisco alargado pelos Estados-membros, entendendo esta modalidade de confisco como aquela que vai além dos bens que foram instrumentos, produtos ou proveitos do crime.

56. O confisco alargado somente teria lugar quando o Poder Judiciário concluísse, por dados fáticos e concretos, que o condenado por uma infração previamente prevista em rol taxativo, possui bens em relação aos quais é bem provável que tenham origem em outras atividades criminosas de gravidade semelhante aos outros tipos penais do catálogo.

57. No que diz respeito às convenções que o Brasil é signatário, a pesquisa inclinou-se para o estudo da Convenção de Convenção de Viena contra o Tráfico de

Drogas de 1988, a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado de 2000 e a Convenção de Mérida de 2003, contra a corrupção, as quais integraram o ordenamento jurídico pátrio através da promulgação dos decretos nºs 154, 5015 e 5687, respectivamente.

58. Posteriormente, a pesquisa dedicou-se ao confisco em Portugal, Alemanha, Espanha, Itália e outros países da União Européia, como Suíça, Bélgica, Holanda e Reino Unido.

59. Em Portugal o confisco alargado foi instituído pela Lei nº 005/2002, com diversas alterações posteriores.

60. Na Alemanha o confisco alargado foi instituído em 15/07/1992, através de lei que alterou o Código Penal Alemão (§ 73d do StGB).

61. Na Espanha a medida alargada iniciou-se com a Lei nº 15/2003, a qual alterou o artigo 127, nº 1 do Código Penal Espanhol. Em 2015, o confisco alargado espanhol sofreu profundas modificações, adequando-se às novas práticas delitivas inseridas no âmbito de uma organização criminosa.

62. Na Itália o confisco alargado foi instituído através do 12 - sexies do D. L. italiano nº 306 de 8 de junho de 1992. Em 2015, através do Decreto Legislativo 137, de 07 de agosto, a Itália atualizou a Decisão-Quadro 2006/783/GAI, relativa a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo sobre decisões de outros Estados-Nacionais da União Européia, no que se refere ao confisco de bens, dinheiro ou utilidades.

63. Finalmente, no último capítulo, a pesquisa inclinou-se para a demonstração de que a sociedade está insatisfeita com os resultados que os métodos clássicos de resposta à criminalidade econômico-financeira vêm atingindo, em especial na recuperação de ativos, necessitando, portanto, de reformulação de padrões.

64. Entendeu-se que o confisco alargado é a medida mais eficaz na recuperação de ativos provenientes de crimes praticados no marco de uma organização criminosa econômico-financeira em especial porque reforça o Estado de Direito, já que faz valer as regras, inclusive protegendo o bom investidor, fortalece as relações econômicas e a concorrência legal, já que impede o investimento de dinheiro oriundo de atividades ilícitas em mercados formais e, por fim, corrobora com a mudança do senso comum, mandando um recado ao sujeito, autor do delito econômico: “não compensa a prática de crimes porque o Estado confiscará os bens” – intensificando a percepção da prevenção geral positiva.

65. Como proposta, o ponto nevrálgico está na concepção da natureza jurídica do instrumento alargado no direito brasileiro. Optou-se por uma proposta *sui generis*, ou seja, mista entre direito penal e direito civil.

66. Encontra no direito penal o seu impulso inicial, isto é, a medida de confisco alargado necessita do preenchimento de requisitos de ordem obrigatória e objetiva, sendo um deles, a condenação do sujeito a uma pena privativa de liberdade, por um crime previsto previamente em lei, em rol taxativo e que tenha sido praticado no marco de uma organização criminosa, portanto, o magistrado deve demonstrar uma **prova acima de qualquer dúvida razoável para esta decisão**.

67. A medida guarda relação com o direito civil pelo **sistema *preponderance of evidence***, ou seja, é necessário que o magistrado demonstre, através do sistema de evidências, que há uma causa provável para decretação efetiva da perda de bens, buscando assim, uma efetiva reparação do dano causado.

68. Assim, a relação do confisco alargado com o direito penal está no seu impulso inicial, isto é, no início do procedimento de perda. Por esta razão não há que se cogitar em ofensa aos princípios constitucionais, como presunção de inocência, princípio da culpa ou *nemo tenetur se detegere*.

69. Por outro lado, ainda que se cogitasse em outra espécie de natureza jurídica, a conclusão que se chegou, considerando as técnicas de ponderações de *Robert Alexy*, foi que não há ofensa ao núcleo duro das garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e presunção de inocência.

70. Por conseguinte, como proposta de *lege ferenda*, sugere-se a presença de requisitos formais e objetivos, de natureza cumulativa, ou seja, há necessidade de demonstração pelo Ministério Público, através de provas diretas ou indiretas, da presença dos seguintes requisitos:

i) Condenação judicial, em segunda instância, por um dos delitos constante de rol taxativo, sempre que praticado no marco de uma organização ou associação criminosa⁵⁵⁶;

ii) Que os bens que estão na posse do arguido, objetos do confiscado alargado, estejam na sua posse há um tempo inferior a 10 anos, contados da data da sua condição de arguido;

⁵⁵⁶ Para efeito do conceito de organização e associação criminosa, sugere-se adotar as definições da Lei 12.850/2013 e do artigo 288 do Código Penal.

iii) Que o arguido não tenha obtido êxito em provar a origem lícita do patrimônio que mantém direta ou indiretamente – defesa de fonte legítima -;

iv) Que o patrimônio do arguido ou que o mesmo dispõe de forma direta ou indireta, seja desproporcional aos seus rendimentos lícitos e formalmente conhecidos;

71. Para dar mais transparência a medida alargada, sugere-se ainda a necessidade de *quatro* outros requisitos de *natureza cumulativa*, ou seja, um dos requisitos abaixo nominados conjugados com os quatro obrigatórios do item anterior:

i) Que o arguido tenha feito da sua vida criminosa uma profissão “*criminal lifestyle*”;

ii) Que o patrimônio a confiscar não tenha sido financiado de forma lícita pelo arguido e pago por ele de forma lícita;

iii) Que o arguido se utiliza de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, para ocultar ou dissimular a origem de seus bens;

iv) Que o arguido mantém empresa em seu nome ou em nome de interpostas pessoas – físicas ou jurídicas -, em paraísos fiscais ou em países que isentam de tributação, dificultando a detecção da origem do seu patrimônio;

72. Assim, para que os bens do arguido sejam declarados como presumíveis de origem de outros delitos, seria necessário a comprovação pelo Ministério Público, durante o procedimento de confisco alargado, da presença dos quatro requisitos cumulativos e pelo menos um alternativo.

73. Nesses casos, como os requisitos são de ordem objetiva, estariam assegurados os princípios constitucionais, em especial, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

74. Neste sentido é a proposta do TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem -, é dizer: a prova de que a origem dos bens do arguido presume-se serem de origem criminosa, deve vir acompanhada de elementos objetivos, diferentes do fato descoberto e merecedor de condenação, ou seja, a prova necessária da presunção deve ser objetiva e de outra natureza.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Javier-Alberto Zaragoza. La Nueva regulación del Decomiso de Bienes em el Código Penal y em el Derecho Comparado. Combate al Lavado de Activo desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú. Org. Isidora Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga e Javier Zaragoza Aguado. 2014.

_____ La Cooperación Judicial e el Blanqueo de Capitales. Tipologías y Lógica Del lavado de Dinero. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf (17/09/2015).

AGUADO, Tereza Correa. Decomiso de los productos de La delincuencia organizada “garantizar que El delito no resulte provechoso”. In: Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia. REPC 15-05 (2013). Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1025.pdf> (05/10/2015).

_____. Comiso: crónica de una reforma anunciada. InDret - Revista para el Análise del Derecho. Barcelona, 2014.

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad Transnacional, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero*. Perú: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª Edição. revista e atualizada. Lisboa. 2010.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. Conceito e validade do direito. Org. Ernesto Garzón Valdés ... (et al); tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica : a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. tradução Zilda Hutchinson Schild Silva ; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. - 3. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2013.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006.

_____. Teoria Discursiva do Direito. Organização, tradução e estudos introdutórios Alexandre Gomes Trivisonno – 1ª ed. - Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2014.

_____. Constitucionalismo Discursivo. Org./trad. Luís Afonso Heck. - 3ª edição rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado. Editora 2011.

AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Porto alegre.: Sérgio Fabri, 2007.

_____. La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. 13ª ed. Bogotá, DC - Colombia: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (ORGS). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal. 6ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: *da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Righi Ivahy Badaró. Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal. Crimes Econômicos e Processo Penal / Celso Sanchez Vilard, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. - São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaro, Pierpaolo Cruz Bottini ; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. - 2ª ed. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ Miguel. Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. Hacia un derecho penal económico europeo. Libro homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid : Boletín Oficial del Estado. 1995.

BALSAMO, Antonio. IL Sistema Delle Misure Patrimonial Antimafia Tra Dimensione Internazionale e Normativa Interna. Giuffrè Editore, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/\(18/09/2015\)](http://www.luisrobertobarroso.com.br/(18/09/2015)).

_____. Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/\(18/09/2015\)](http://www.luisrobertobarroso.com.br/(18/09/2015)).

BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros, 2005.

BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment : An Economic Approach. 1976. The Journal of Political Economy, nº 02, p. 169-217, mar/abr 1968.

BERMEJO, Mateo G. Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Um análisis jurídico-económico. Derecho Penal & Criminología. Marcial Pons. Madrid. 2015.

BLANCO, Ricardo Pérez. Determinación de la Natureza Jurídica del Decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida. 2011. p. 21 – Disponível:http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Natureza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf (06/10/2015).

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª edição, revista e atualizada - 2ª tiragem. Malheiros Editores. 1995.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. Curso de Direito Constitucional. 15ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2004.

BUSATO, Paulo Cesar. Fundamentos para um Direito Penal Democrático. 4ª edição. Atlas.2013.

CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Lavagem de Dinheiro. – Barueri, SP: Manole, 2004.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade: Uma avaliação crítica do modelo. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, nº 22, p. 93-110, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição, revista. Livraria Almedina. Coimbra, 1995.

CAPARRÓS, Eduardo Fabián. Tipología y Lógicas del Lavado de Dinero. Antecedentes: Iniciativas Internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero, 1998. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf (05/10/2015).

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. nº 11, p. 50-79 – jul/set 1995.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la política criminal Europea en materia de confiscación, Madrid, Dickinson, 2008.

_____. Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación. El derecho de la globalización: delincuencia organizada y transnacional. pg. 159-182, em *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII, 2013.

COLEMAN, James Willian. *The Criminal Elite. Understanding White-Collar Crime*. Sixth Edition. Worth Publishers. 2006.

CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada, 2008.

_____. Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; e ZARAGOZ A AGUADO, Javier Alberto. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. 3ª ed. Washington: CICAD/OEA, 2014.

_____. El Comiso de ganancias: butas o netas? In. *La Ley*. Número 7569, 15 de febrero de 2011.

_____. El Decomiso de Ganancias de la Corrupción. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB – Ano 1. Vol. 1. Nº 1*, 2013.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco Penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo. IBCCRIM, 2006.

CORREIA. João Conde. *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*. INCM. 2012.

COSTA, José Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico – Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009.

_____. Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra Editora. Portugal. 2010.

CUNHA, José M. Damião da. Perda de Bens a Favor do Estado. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume III. Coimbra Editora. 2009.

DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)*. In: Revista Julgar online – 2009.

DANNECHKER, Gerhard. Evolución Del Derecho Penal y Sancionador Comunitario Europeo. Traducción de Carmem Bascón Granados. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales Editora. Madrid, 2001.

DEL ARCOM, Andrés Palomo. Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Origen y desarrollo de la asistencia judicial penal en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII. Origen . 2013.

DE SOUSA, João Bosco Medeiros. *Confisco de Terras*. In Direito Agrário Brasileiro. (Coord. Raymundo Laranjeira), São Paulo: LTr.1999.

DIAS, Augusto Silva. De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal comunitário. Colóquio Internacional de Direito Penal. Universidade Lusíada de Lisboa. 2004. Disponível em: http://dspace.lis.ulusiada.pt/bitstream/11067/1187/3/LD_n4-5_1.pdf (05/10/2015).

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português. Parte II, As Consequências Jurídicas do Crime. 3ª Reimpressão. Coimbra Editora. 2011.

DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo. Análisis jurídico-penal de la figura del comisso. Editora Comares. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada. 2004.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito. O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. Disponível: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf> (18/09/2015).

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISELE, Andréas. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo. Dialética. 1998.

EPIDENDIO, Tomaso. La Nozione de profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio – n.º. 10. 2008.

ESTEFAM, André. Direito Penal, 1 : parte geral / André Estefam. - 3. ed. - São Paulo : Saraiva, 2013.

ESTELLITA, Heloísa. Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa. Porto Alegre - Editora Livraria do Advogado. 2009.

ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

FAIR, Hernán. La globalización neoliberal; Transformación y efectos de un discurso hegemónico. Revista de Temas Sociales. Año 12, n.º 21, p. 01-18, Junio de 2008.

FERGUSON, Charles H. O Sequestro da América. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos. Zahar. Tradução Alexandre Martin. 2013.

FERGUSON, Niall. A Grande Degeneração. A decadência do mundo ocidental. São Paulo: Editora Planeta. 2013.

FERNANDEZ, José Carrera; Pereira, Rogério. Diagnóstico da Criminalidade na Bahia: Uma análise a partir da teoria econômica do crime. Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v. 32, n. Especial p. 972-806, novembro de 2001.

FERREIRA, Jean Marcos. Confisco e Perda de Bens no Direito Brasileiro. Campo Grande: Gibim, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo. n.33, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Edições Graal Ltda., 1979.

FREITAS, Wladimir Passos de. O crime organizado é pouco conhecido e estudado nas escolas de Direito brasileiras. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil> (01/01/2016)

FRIEDMAN, David. *Hidden Order: The economics of everyday life*. Harper Business, New York, 1996.

GANEN, Angela. Demonstrar a ordem racional do mercado : reflexões em torno de um projeto impossível. Revista de Economia Política. vol. 16, nº 02, (62) abril-junho de 1996. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/62-8.pdf> (05/10/2015).

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Decomiso Transfronterizo de Bienes*. Madrid: Editorial Colex, 2007.

GIAMBIAGI, Fábio. *Capitalismo: modo de usar - porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humana já inventou – 1ª ed.* Rio de Janeiro: Elsevier Editora. 2015.

GICO JR. Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. 2010.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª Época, nº extraordinário 2 (2004).

GODINHO, Jorge. Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, Artigos 1º e 7º a 12º). Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Manual da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Editora Coimbra. 2003.

GOLDSCHMIDT, James. Principios Generales del Proceso – II, Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GONÇALVES, Williams. Relações Internacionais. CEDEP – Centro Brasileiro de Documentação e Estudos da Bacia do Prata. 2003. Disponível em: <http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/bibliotecatextoeletronico.htm> (28/09/2015).

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a autoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. In: Autoria como Domínio do Fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Tradução Pablo A. da Silva. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 2005.

_____. Por que no debe suprimirse el derecho penal. Mexico. D.F. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

_____. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Coord. Maria Fernanda Palma). Transcrição da intervenção oral feita no Goethe-Institut Lissabon – tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Editora Almedina. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002.

JIMENEZ, Ruben: EUROJUST, um paso más em El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, in Galgo Peco, Ángel (dir.): Derecho Penal Supranacional y cooperacion jurídica internacional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

KLIKSBERG, Bernardo. Por uma economia com face mais humana. Brasília: Unesco, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. 5ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAUREANO, Abel. Dois Institutos da “Cooperação Judiciária em Matéria Penal” na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, jan./jun. 2010.

LAZZARINI, Sérgio G. Capitalismo de Laços. Os donos do Brasil e suas conexões. 3ª Tiragem. Elsevier Editora. Campus. Rio de Janeiro 2011.

LIMA, Vinícius de Melo. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012.

LINHARES, Sólton Cícero. O branqueamento de capitais, a prova indiciária e os princípios da legalidade e ampla defesa. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun. 2010.

LINHARES, Fernando Moura e Feitosa, Gustavo Raposo P. F. - Novas tecnologias aplicadas à justiça e suas implicações no direito à privacidade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2802.pdf (18/09/2015).

LOPES. Hely Meirelles. Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Direito Administrativo Brasileiro. 38ª ed. São Paulo, 2012.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal – 11ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2014.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. Lavagem de dinheiro. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Crime organizado transnacional - Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal Português. Lusíada. Direito. Lisboa, nº 10. 2012.

MARTINAZZO, Deltan Dallagnol. Lógica das provas no processo, as provas direta, indícios e presunções. Livraria do Advogado Editora. 1ª edição. 2015.

MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII. Nuevos instrumentos de la Unión Europea relativos ao comiso. 2013.

MARTÍN, Joaquim Delgado. O Princípio de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales. La Ordem de Detención Europea y los Procedimientos de Entrega entre los Estados-Membros de la Unión Europea. Derecho Penal Supranacional y Cooperacion Jurídica Internacional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

MATOMA, Alfonso Trilleras. La Accion de Extinción de Dominio: Autonomía y Unidade n el Ordenamento Jurídico Colombiano. Bogotá, 2009.

MAUGERI, Ana Maria, Le moderne sancioni patrimonial tra funzionalità e garantismo. Milano – La confisca come pena. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. COLISÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS. ANOTAÇÕES A PROPÓSITO DA OBRA DE EDILSON PEREIRA DE FARIAS. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 18 | p. 388 | Jan / 1997 | DTR\1997\113.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Sequestro e confisco de bens no sistema processual penal alemão. 2008.

MICHAEL, Mike. Technoscience And Everyday Life: The Complex Simplicities of the Mundane. p. 03. 2006.

MILLARD, George H. Drugs and Corruption in Latin America. Dickinson Journal of International Law, vl. 15, nº 03, 1997.

MONTOYA. Daniel Mário. Máfia e Crime Organizado. Aspectos legais. Autoria Mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Editora Lumen Jures. Rio de Janeiro. 2007.

MORAES, Deomar de. Paraísos Fiscais, Centros Offshore e Lavagem de Dinheiro - Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. Brasília: R. CEJ, n. 26, p. 56-62 jul/set 2004.

_____. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010

MORRIS, Stanley. Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros países – experiência americana - Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 9ª Ed. p. 323. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, 33ª ed. v. 3, 2014.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. Sobre la Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia em la Receptación Civil. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 12-r2, p. r2:1 – r2:20 (2010).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal – 18ª edição, rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo : Atlas, 2014.

_____ Curso de Processo Penal. - 16. ed. atual. de acordo com as Leis 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12. 529, todas de 2011, e Lei Complementar nr. 140 de 8 de dezembro de 2011. - São Paulo: Atlas, 2012.

PLANAS, Ricardo Robles; GUTIERREZ, Pablo Sanchez-Ostiz. La Crisis del Derecho penal contemporâneo. Atelier Libros Juridicos: Barcelona, 2010.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica do Direito (AED). Fundação Getúlio Vargas – FGV – Direito Rio. 2013

POSNER, Richard. El análisis economico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

PRITTWITZ, Cornelius. A Função do Direito Penal na Sociedade Globalizada do Risco – Defesa de um Papel Necessariamente Modesto. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. - São Paulo : Saraiva, 2012.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Instrumentación cautelar del comiso, em Revista Estudios Socio-Jurídico, julio-diciembre, vol. 8, nº 2, Universidad del Rosario. Colombia. 2006.

RIBEIRO. Pereira Márcia Carla; KLEIN, Vinícius. (Coord). O que é análise econômica do direito. Uma Introdução. Editora Fórum – Associação Brasileira de Direito e Economia. 1ª edição – 2011.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. Revista dos Tribunais. Ano 89, volume 775, maio de 2000.

_____. RIOS, Sánchez e Linhares, Sólon Cícero. A dimensão transnacional do fenômeno *Child Grooming* e sua receptividade no ordenamento jurídico-penal pátrio. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. Ano 22. 107. Março-Abril. 2014.

ROCHA, Patricia Cebala. Estudios sobre Estado de Derecho, Democracia y Governanza Global. Coordinadores: Alfonso Myers Gallardo, Gabriel Alejandro Martínez Hernández, Diego Armando Carvajal Briñes. Ratio Legis Ediciones. Salamanca 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra Editora. 2009.

_____. A emergência de um Direito Penal Europeu: Questões Urgentes de Política Criminal. Estratégia, 1º - 2º Semestres 2003.

_____. MOTA, José Luis Lopes. Para uma política criminal europeia. Quadro de instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora. 2012.

RODRIGUES, Hélio Rigor e Rodrigues. Carlos A. Reis. Recuperação de activos na criminalidade econômico - financeira. Viagem pelas Idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. SMMP. 2013.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La Corrupción Pública como parte de la Criminalidad de los Poderosos. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR. 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. p. 76. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Fato en Derecho Penal*. Séptima edición. Marcial Pons. Madrid – 2000.

_____. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2006.

SÁNCHEZ, Gaspar Alberto Rivas. *La Teoría Económica de Lord John Maynard Keynes y su influencia práctica en los Estados Unidos de América, Alemania y Chile*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2003. Disponível em: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115205/de-rivas_g.pdf?sequence=1 (28/09/2015).

SANTOS, Juares Cirino dos. Reflexões sobre o Confisco Alargado. *BOLETIM IBCrim*, ano 23, número 277, dezembro 2015.

SANTOS, Theotônio dos. O neoliberalismo como doutrina econômica. *Revista Econômica*. v. 1. nº 1. p. 119-151. 1999.

SANTOS, Vanusa. O papel das redes sociais e do capital social na busca do desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/19_9_2012_21_35_56.pdf(30/09/2015)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHAEFER, José Gilberto e Shikida, Pery Francisco Assis. Economia do Crime: Elementos Teóricos e Evidências Empíricas. *Revista Análise Econômica*, ano 19, n. 36, 2001. (14/12/2015).

SCHOTT, Paul Allan: Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo, p. I-6. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf (01/09/2012).

SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa: Dificultades relativas a la individualización de la Imputación*. ADPCP. Vol. LX, 2002.

SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar : a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado / Amartya Sen e Bernardo Kliksberg; tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva*. - São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Teoría Del Delito Y Delito Penal Económico*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol.20, n.99, nov-dez./2012.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance. Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, Ano 15, Vol. 56 abri-jun de 2012.

SOUTO, Miguel Angel Abel: *Normativa Internacional sobre El blanqueo de dinero y su recepcion em El ordenamiento penal espanol*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: 2001.

STESSENS, Guy. *Money Laundering.A new internacional law enforcement model*.CSICL. Cambridge Studies *in: Internacional anda Comparative Law*. 2008.

STIGLITZ, Joseph E. *O mundo em queda livre: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial*. Tradução de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

_____ . El precio de la desigualdade. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necessita. Traducción de Alejandro Pradera. Nuevo Prólogo Actualizado. Taurus. 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar-Criminaity*. American Sociological Review, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940).

TENEMBLAT, Mably J. T. Financeirização do Capital e questão social no contexto do novo-desenvolvimentismo. Revista. Ser Social. Brasília. v. 16. nº 35, jul-dez, 2014.

TEUBNER, Gunther. Saskia Sassen e Stephen Krasner. Estado, Soberanía y Globalización. Nuevo Pensamento Jurídico. Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Bogota. Colômbia. 2010

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte Geral y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

_____ : Coordinador Adán Nieto Martín. Eurodelitos. El Derecho Penal económico em la Unión Europea. Ediciones de la Universidad de Castilha-La Mancha, 2004.

TORRES, Jenner Alonso Tobar. Aproximación general a la acción de extinción del domínio en Colombia. Revista Civilizar 14 (26) : 17-38, enero-junio, 2014.

VANUCCI, Alberto. La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). La legge anticorruzione. Torino, Giappichelli, 2013.

VASCONCELOS, André Prado de. Extinção Civil de Domínio / André Prado de Vasconcelos. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VERVAELE, John. A. E., A experiência holandeza como modelo para a Espanha? Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCcrim. Revista Liberdades nº 14 – setembro/desembro de 2013.

VILARD, Celso Sanchez, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. Crimes Econômicos e Processo Penal. - São Paulo : Saraiva, 2008. - (Série GL-Law)

VIRGOLINI, Julio E. S: Crime Organizado: Criminologia, direito e política. *Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Depalma. Buenos Aires, 2001.

WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na era Neoliberal. Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate. Natal. vol. 3, n. 1, maio de 2015.

WINTER, Luís Alexandre Carta. Tese Doutoral. O Mercosul e o Sistema Presidencialista. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. In *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo : BEI Comunicação, 2015.

SITES CONSULTADOS

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115205/de-rivas_g.pdf?sequence=1

<http://www.cienciapolitica.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/1992012213556.pdf>

http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/conv_estrasburgo.htm

<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html?ref=menutop>

http://www.unodc.org/documents/justice_and_prison_reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf

<file:///C:/Users/solon.scl/Downloads/10682-34996-1-PB.pdf>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1621985-no-ritmo-atual-pais-levaria-129-anos-para-cumprir-metas-de-saneamento.shtml>

<http://www.planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/Bernardo-kliksberg>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf/view>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202007.pdf>

<https://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/Studies/Illicitfinancialflows2011web.pdf>

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp020509.pdf>

http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf

<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/TradeBasedMLAPGReport.pdf>

http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/relatorio-de-atividades-coaf-2008/image-relatorio-de-atividades-coaf-2008/view>

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>

<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=02.12.2005&Aktenzeichen=5%20StR%20119/05>

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>

<http://www.bdigital.unal.edu.co/8728/1/694728.2009.pdf>

<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>

<http://www.europarl.europa.eu>

<http://www.europarl.europa.eu/eu-law>

http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/copy_of_decisoes/

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/09/02/15G00152/sg>

http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_smmp_projecto_portaria_gra.pdf

[http://www.cmvn.pt/pt/Legislacao/Branqueamento De Capitais/ Documents /DECIS% C 3 % 83O-QUADRO%202008_841.pdf](http://www.cmvn.pt/pt/Legislacao/Branqueamento%20De%20Capitais/Documents/DECIS%C3%83O-QUADRO%202008_841.pdf)

[http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/uniao-europeia-proposta_1/downloadFile/attached File_f0/COM_2012_85_PT_ACTE_f.pdf?nocache=1332926041.78](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/uniao-europeia-proposta_1/downloadFile/attached%20File_f0/COM_2012_85_PT_ACTE_f.pdf?nocache=1332926041.78)

<http://www.fatf-gafi.org>

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1 &pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1)

<http://dejure.org/gesetze/StGB/73d.html>

<http://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil>

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf

<http://www.giurdanella.it/codice-antimafia-aggiornato-testo-vigente-dl-159-2011/>

http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2011_0159.htm#028

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/28/15G00082/sg>

<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sumários%202007.pdf>

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2802.pdf

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>

<http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/371815924.pdf>

http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf