

A PERDA AMPLIADA NO BRASIL

Érico Fernando Barin*

Resumo: Este artigo apresenta os primeiros conceitos do instrumento legal denominado perda ampliada, recentemente inserido no artigo 91-A do Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, e almeja evidenciar sua importância à política criminal de recuperação de ativos da criminalidade organizada.

Palavras-chave: Perda ampliada. Recuperação de ativos. Criminalidade organizada.

Sumário: 1. Introdução. 2. A perda das “vantagens” para que o crime não compense como política criminal transnacional. 3. Perda ou confisco ampliado?. 4. A gradativa assimilação da perda ampliada. 5. Mas o que é a perda ampliada? 6. Os esboços da perda ampliada no Brasil. 6.1 A perda ampliada do Projeto de Lei nº 4.850/2016. 6.2 A perda ampliada do Projeto de Lei do Senado nº 103/2016; 6.3 A perda ampliada idealizada pelo autor deste artigo para a CONAMP. 6.4 A perda ampliada do Projeto de Lei nº 10.372-A/2018. 7. A perda ampliada vigente, fruto do “Projeto de Lei Anticrime”; 8. Requisitos da perda ampliada do artigo 91-A do Código Penal. 8.1. Condenação com trânsito em julgado por infração penal com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão. 8.2. A existência de um patrimônio do réu condenado; 8.3 Patrimônio incongruente com o rendimento lícito do acusado; Considerações finais. Referências.

The extended forfeiture at Brazil

Abstract: This article presents the first concepts of the legal instrument called extended forfeiture (or criminal forfeiture), recently inserted in article 91-A of the Brazilian Penal Code by Law nº 13.964/2019, and aims to highlight its importance to the criminal policy of asset recovery from organized crime.

Keywords: Extended forfeiture. Asset recovery. Organized crime.

* Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Contato: ericobarin@mprs.mp.br.

Summary: 1. Foreword. 2. The asset recovery as way crime doesn't pay how transnational criminal policy. 3. Extended confiscation or extended forfeiture?. 4. Gradual assimilation of the extended forfeiture. 5. So what is extended forfeiture? 6. Outlines of the extended forfeiture at Brazil. 6.1. Extended forfeiture by law bill nº 4.850/2016. 6.2. Extended forfeiture by senate law bill nº 103/2016. 6.3. Extended forfeiture outlined by the author this article to CONAMP. 6.4. Extended forfeiture by law bill nº 10.372-A/2018. 7. Extended forfeiture in force by law bill "Anticrime Project". 8. Extended forfeiture requirements by Penal Code article 91-A. 8.1. Conviction with final and unappealable sentence for a criminal offense with a maximum sentence of more than six years in prison. 8.2. Existence of a convicted defendant's assets. 8.3. Property inconsistent with the accused's lawful income. Final considerations. References.

1 Introdução

Dentre os inovadores instrumentos legais que visam à recuperação de ativos provenientes de infrações penais (sobretudo, ligadas à criminalidade organizada), a perda ampliada tem figurado com cada vez mais frequência nas legislações por todo o mundo. No Brasil, finalmente, a Lei nº 13.964/2019 passou a prever a perda ampliada no artigo 91-A do Código Penal. A novel ferramenta gera efeitos em delicados temas penais e processuais penais, como o ônus da prova, a definição sobre o que é vantagem, produto ou proveito do crime, e a utilização de presunção, potencialmente afetando princípios como da presunção de inocência, da culpabilidade e do *nemo tenetur se detegere*, além do direito à propriedade privada. Tentando criar luzes ao início do enfrentamento de todas essas implicações, este artigo abordará os caminhos que levaram à positivação da perda ampliada no Brasil e quais os requisitos imprescindíveis para que seja manejada na praxe forense.

2 A perda das "vantagens" para que o crime não compense como política criminal transnacional

O empreendedorismo é dos principais traços da criminalidade do século XXI: movediça e dinâmica, atua fortemente à procura de novos mercados de bens e serviços. Para ampliar seu campo de ação, tem se valido de redes – reais e virtuais – que não respeitam fronteiras e de atividades lícitas, mormente na sequência da lavagem de dinheiro ou pela introdução de corruptores nas estruturas do Estado ou de grandes corporações. Onde há oportunidade de lucro ilícito, lá está o crime organizado.

Nesse preocupante panorama,¹ notadamente no enfrentamento da criminalidade organizada, nações pelo mundo todo têm atentado à política criminal de ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando ao que comumente se denomina “recuperação de ativos”, expressão que vai além do que é lucro, produto ou vantagem da infração penal: “o conceito de recuperação de ativos não coincide com o conceito de confisco ou de perda, tendo um significado muito mais amplo e, ainda, pouco decantado. [...] No fundo, com esta expressão, designa-se todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime.”²

Sem muito esforço intelectual, é possível listar uma série de razões, jurídicas ou não, para que se invista na perda dos ativos da prática de crimes. Primeiro, para a realização do aforismo “o crime não compensa”: é com a retirada da vantagem patrimonial que o crime deixará de compensar ao delinquente, reolocando-o na condição econômica prévia.³ Segundo, a perda das vantagens não deixa de ser uma forma de punição, por vezes até mais “dolorosa” para o criminoso do que a própria sanção privativa de liberdade – e havendo, também, a adequada sanção penal, estar-se-á alcançando a verdadeira finalidade do direito penal.⁴ Terceiro, a perda ostenta traços de prevenção geral e especial: preven-

¹ Deparada com uma “sociedade massificada, tecnológica e globalizada, a criminalidade assume formas impensadas e com acervo diversificado de condutas lesivas à sociedade. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas ilícitas que visam o lucro econômico em grande escala e que se impulsionam por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. Em alguns casos, inclusive, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (‘lavado’) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos. Esse tipo de criminalidade, além de apresentar grande potencialidade lesiva diretamente aos cidadãos, que não dispõem de instrumentos e não sabem ao certo contra o que reagir, representa também um perigo para a própria organização do Estado, pois abala a ordem econômica, política e social” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; IBCCRIM, 2006, p. 22).

² CORREIA, João Conde. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Revista Investigação Criminal*, Lisboa, n. 1, out. 2017, p. 48, nota 1. Também, acerca do tema, tendo por foco como determinar quais bens devem ser considerados vantagens (*ganancias*) do crime, e se em valores brutos ou líquidos, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: brutas o netas? In: *Diario La Ley*, Espanha, n. 7.569, 2011.

³ RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira: Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 192. No mesmo sentido, CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 32.

⁴ “As intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só logram plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os condenados sofrerem o abalo econômico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido”; cf. SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 105, jan./mar. 2006, p. 117.

ção especial por fazer surtir no criminoso a sensação de que “o crime não compensa”, dissuadindo-o de novas investidas delituosas;⁵ e alguma prevenção geral, na romântica noção de que, confiscadas as vantagens do crime, ter-se-á pulverizado um senso dissuasório do *wrongdoer* a todos. Quarto, no âmbito das organizações criminosas, a perda – dos instrumentos e dos produtos diretos e supostos da infração penal – descapitaliza a atividade empresarial ilícita, trazendo sérios prejuízos à manutenção de sua estrutura⁶ ou, ao menos, servindo de entrave à sua expansão. Quinto, a perda das vantagens da infração penal ilustra à sociedade que o Estado age em prol de seus interesses, reforçando a confiança nas instituições públicas oficiais, a legitimidade dos atores do sistema de justiça, a *law enforcement* e o *compliance*;⁷ um dos sintomas das sociedades afetadas gravemente pela criminalidade organizada e pela corrupção é exatamente o oposto, isto é, o descrédito das instituições públicas, o sentimento de falta de legitimidade dos ocupantes dos poderes de Estado e a difusão do senso comum de que “o crime compensa”. E, sexto, as ações bem sucedidas de perda das vantagens tendem a fomentar o trabalho proativo das polícias, dos demais órgãos estatais repressivos e do sistema judiciário.

A recuperação de ativos é uma trilha a ser explorada com seriedade.⁸ Não por coincidência, com mais força desde o início deste século, propaga-se a política criminal transnacional cuja meta é a recuperação dos ativos da criminalidade. Sendo uma política criminal, é plausível amoldar seu contexto moder-

⁵ O viés preventivo da ação criminosa do “homem econômico” é perfilado por Rogério Filippetto: “Ao impedir a fruição desses proveitos [do crime], afirma-se o adágio popular de que o crime não compensa. A implementação da recuperação de ativos passa a ser objetivo mais importante que a própria imposição de pena, em virtude da ofensa à ordem socioeconômica ou à administração da justiça. Trata-se de uma postura funcional, almejando reduzir a produção criminal. A estratégia não deixa de ser resultado de um enfoque econômico do Direito, pois parte-se do raciocínio básico de que o incremento no custo da prática da ação ilícita é um importante fator na dissuasão do agente. A análise do custo-benefício é que determina o comportamento criminoso do homem econômico”; FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 207-208.

⁶ Que é uma das características da criminalidade organizada, juntamente com a acumulação de poder econômico por parte de seus integrantes, o alto poder de corrupção, a necessidade de legalização do lucro obtido ilicitamente, o alto poder de intimidação e as conexões locais e internacionais, cf. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28-31.

⁷ Especificamente sobre o tema, vide MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11-20.

⁸ Na súmula de Alceu Corrêa Júnior, “o combate eficaz a essa criminalidade organizada e globalizada exige a inutilização do lucro ilícito, mormente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade, pois este lucro alimenta e estimula as organizações criminosas, possibilita o surgimento de novos delinquentes atraídos pelo enriquecimento fácil e também pode gerar corrupção na estrutura do Estado [...] o direito penal clássico revela-se insuficiente para responder de forma eficaz a este tipo de criminalidade, mormente no que diz respeito ao sistema de penas tradicionalmente utilizado, ou seja, fundamentado exclusivamente na privação de liberdade e na imposição de multa”; cf. CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 22.

no à semelhança da *Kriminalpolitik*, retirando, numa adaptação do conceito construído por Liszt,⁹ que o atual “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas”, enseja aos Estados a utilização de ferramentas legais inovadoras, no afã de fazerem frente a essa nova face do crime, “por meio da pena e das instituições com ela relacionadas”. Do conceito adaptado, infere-se a superação da definição tradicional de lucro como os proventos de uma infração penal: não mais meramente o lucro, e sim os ativos do crime passaram a englobar toda a vantagem econômica que se presume da atividade criminosa, daí não escapando os lucros estimados do agente ou da organização e, mesmo, patrimônios de terceiros.

Essa política criminal tem ganhado corpo como um contraponto à expansão da igualmente “moderna” criminalidade. A história revela que, por muito tempo, os Estados prosseguiram com a visão da responsabilização criminal do agente, na relação “culpa como medida da pena”:¹⁰ “a reação penal tem estado centrada na sanção a aplicar ao acusado, esquecendo-se da perda, quer dos instrumentos, quer das vantagens originadas pela atividade criminosa, como aspeto decisivo da perseguição às formas de criminalidade econômica e financeira”.¹¹ É certo que, por um lado, a atuação tradicional do Estado, da responsabilização criminal na medida da culpa(bilidade), não merece censura: o fim do direito penal não se pode divorciar da apuração da infração e da responsabilização de quem a cometeu, num sistema de garantias penais. Porém, sobretudo frente à criminalidade organizada, em que a pena de prisão não raro é tratada como um risco do negócio, o direito penal vê-se num beco: a sanção privativa de liberdade,

⁹ Paulo de Sousa Mendes transcreve a definição – traduzida – dada por Liszt ((LISZT, Franz Von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, v. I, 1875-1891, Berlin: Walter de Gruyter, 1970 (*fac-simile* da ed. de Berlin: J. Guttentag, 1095), p. 292) à *Kriminalpolitik*: “o conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com ela relacionadas” (MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 314).

¹⁰ Durante muito tempo, tanto a atenção do processo penal como o foco da política criminal orbitaram o elemento punitivo: “el objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y estaba dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto, a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquéllos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo usual que el itinerario investigador y processual fuera el inverso”, cf. JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción: La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Madrid: Dykinson, S. L., 2016, p. 121.

¹¹ MENDES, Paulo de Sousa. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016.

isoladamente, não só desserve como instrumento de prevenção geral,¹² mas, ainda, acaba chancelando a recompensa do crime, já que os ativos, em especial aqueles cuja prova do processo penal não logra êxito em estabelecer a relação direta com a infração penal, resultam em proveito real. Esse último cenário, tão comum, reflete um paradoxo, considerando que “o crime não compensa” sempre foi pilar da prevenção geral, uma das finalidades do direito penal. Têm razão Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade ao alertarem que “a repressão dessa criminalidade [...] não ultrapassará, por isso, a fase platônica se não se voltar para a recuperação de fundos, isto é, dos bens e produtos gerados pelas actividades ilícitas”.¹³ Então, para tentar preservar o famoso adágio e escapar da “fase platônica”, os Estados, embora atrasados em relação às estruturas criminosas, pouco a pouco perceberam a necessidade de aparelharem seus sistemas legais com instrumentos potencialmente capazes de evidenciar que “o crime não compensa”. Natural que, daí, variados instrumentos de viés *follow the money* tenham sido idealizados e positivados, com a recuperação de ativos mudando seu *status*, outrora secundário e como eventual efeito da condenação, para o protagonismo ao nível de prioridade.¹⁴

Sem nenhuma surpresa, essa alteração de *status* nunca esteve isenta de críticas. Talvez a principal objeção surja da elucubração de que, diante da relação desigual entre a “organização da criminalidade” e a “desorganização do Estado”,¹⁵ opte-se pelo manejo de mecanismos invasivos e violadores de garantias

¹² Assim como não se presta à prevenção geral o mero aumento das penas cominadas: “os ganhos de prevenção geral de intimidação que se obtêm a partir do agravamento das penalidades são mínimos”. Cf. MENDES, Paulo de Sousa. O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 330.

¹³ SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à “*actio in rem*” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar Online*, 2009. Disponível em: <[http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3o deactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf](http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3o%20deactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf)>.

¹⁴ Para ilustrar, em Portugal, a Lei nº 72/2015, de 20 de julho, que definiu os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio 2015-2017, ao lado de listar como “fenômenos criminais de prevenção prioritária” diversas infrações penais, instituiu a mesma condição especial à recuperação de ativos (artigo 12). Na sequência, a Lei nº 96/2017, de 23 de agosto, versante sobre os mesmos contornos da política criminal portuguesa, mas para o biênio 2017-2019, seguiu enfatizando ser “prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos” (artigo 16, n. 1).

¹⁵ “Desorganização do Estado” é expressão que pode assumir múltiplos sentidos, abrangendo desde a pejorativa inércia legislativa, a carência de políticas públicas e as deficiências dos órgãos de repressão penal (características presentes, p. ex., no Brasil), até a natural cronologia entre o surgimento de novos crimes e formas de organização criminosa, e o período de assimilação e análise pelos órgãos estatais, que necessariamente precede às alterações legais e procedimentais de caráter repressivo.

e direitos fundamentais.¹⁶ A crítica pode se sustentar, em termos: um Estado de Direito não deve compensar sua ineficiência no combate a determinadas modalidades de crimes com a relativização de direitos fundamentais, porquanto “não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias processuais”.¹⁷ Todavia, esse mesmo Estado também não pode simplesmente assumir-se incapaz da finalidade que atinge o “calcanhar de Aquiles” da criminalidade organizada: retirar-lhe a vantagem, real ou presumida. No foco, despidendo frisar o quão perniciososa aos Estados e às sociedades é a atividade desse tipo de criminalidade,¹⁸ bem assim que ela está em funcionamento por todo o planeta. O suposto impasse pode ser mitigado com a conjugação das expressões “remédios fortes para patologias graves”¹⁹ e “remédios fortes devem ser administrados com cuidado”.²⁰ Ou seja, ao mesmo tempo em que é inviável negar a existência de uma criminalidade cada vez mais organizada, que tem como meta precípua o lucro, o que leva à criação e ao incremento de instrumentos de recuperação de ativos, cumpre ter sempre presente a necessária adequação dessas ferramentas às garantias de defesa e aos direitos fundamentais. E, com isso, minimizando-se as injustiças. O que não é tarefa fácil.

3 Perda ou confisco ampliado?

A própria denominação da ferramenta legal não traz consenso. Pondera-se mais fiel a utilização “confisco” (alargado, ampliado) em vez de “perda”, por-

¹⁶ Partilham dessa crítica, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011, p. 276; e COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um Direito Penal não securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 113-123.

¹⁷ MENDES, Paulo de Sousa. A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 213.

¹⁸ Estima-se que apenas o tráfico de drogas (uma das tantas faces da criminalidade organizada com fim de lucro) movimenta, por ano, cerca de quinhentos bilhões de dólares, atingindo lucros superiores aos provenientes dos negócios do petróleo; ou, noutra exemplo alarmante, há dados de que a população norte-americana tem dispêndios com drogas (aí incluindo as verbas destinadas à prevenção, à reabilitação de dependentes químicos e à educação) em cifras superiores ao total que os Estados Unidos gastam com a defesa nacional. Cf. PICKARD, Daniel B. When does crime become a threat to international peace and security? *Florida Journal of International Law*, Florida, a. 1998, v. 12, n. 1, 1998, p. 13.

¹⁹ SIMÕES; TRINDADE, *op. cit.*, p. 4.

²⁰ CAEIRO, *op. cit.*, p. 320.

quanto é o que o Estado faz ao avançar sobre bens ou patrimônio que não são reconhecidos, em sua literalidade, como produto, proveito ou vantagem da infração penal.²¹ Quiçá ambas as expressões sejam passíveis de correto uso etimológico, sendo a “perda” o ato sentencial de declaração do “confisco” – consistente no procedimento em si de ataque aos ativos. O terreno é pantanoso, pois não há um padrão nos diversos ordenamentos legais com previsão de perda/confisco alargado/ampliado, a despeito de alguma prevalência à terminologia “confisco”. Para exemplificar: *comiso* ou *decomiso ampliado* na Espanha; *confisca allargata* na Itália; *criminal confiscation* no Reino Unido; *criminal forfeiture* nos Estados Unidos; *erweiterte Verfall* na Alemanha; perda alargada em Portugal.

Opta-se, neste artigo, pela terminologia “perda ampliada”, seguindo a linha do legislador pátrio na recente posituação dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 91-A do Código Penal, que versa sobre a “perda, como produto ou proveito do crime, dos bens [...]”.

4 A gradativa assimilação da perda ampliada

A metodologia de enfrentar o crime pela via do desfalque patrimonial não tem sido digerida com facilidade, especialmente logo após o marco paradigmático do *debut* no ordenamento legal. Exemplo disso ocorreu em Portugal, nos primeiros anos que se seguiram à posituação da perda alargada pela Lei nº 5/2002. A primeira reação foi de inequívoca desconfiança, ensejando variadas rotulagens de inconstitucionalidade.²² Ao lado, pela habitualidade das rotinas instaladas, os procedimentos de liquidação do artigo 8º daquele diploma continuaram por muito tempo como uma raridade na praxe forense. Naquele momento, “contrariando as elevadas expectativas do legislador, a perda alargada

²¹ No sentido de que a terminologia “confisco” é mais adequada, notadamente aos instrumentos de perda clássica (que atingem bens diretamente ligados à infração penal, como instrumentos, produto e vantagens), vide Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim, aludindo que a palavra perda é inadequada, “pois os bens que são confiscados não se ‘perdem’, em qualquer dos significados deste verbo. O vocábulo ‘confisco’, ao revés, a par de estar incorporado na esfera jurídica e ser facilmente entendido por leigos, possui equivalência direta em várias línguas: *confisca* (italiano), *confiscation* (inglês e francês) e *comiso* (espanhol), o que facilita o entendimento do termo fora do Brasil” (BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97).

²² Vide, por exemplo, CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 121 e ss.; e GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12). In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1.327 e ss.

tornou-se numa mera curiosidade jurídica sem qualquer aplicação consistente. Não havia verdadeira investigação patrimonial e financeira, as liquidações eram muito pouco frequentes, as condenações uma verdadeira raridade jurídica”.²³ Felizmente, a conjuntura inicial, verificada não apenas em Portugal, acabou cedendo à pavimentação da ideia de que robustecer os mecanismos de *crime doesn't pay* é um caminho irreversível, permanente e transnacional. Em Portugal, a perda alargada começou a galgar maior assimilação²⁴ e utilização prática, movimento impulsionado por vários fatores, mas principalmente pela sedimentação de sua constitucionalidade e pelo avanço em nível nacional e internacional da política criminal que hoje prega quase que como uma obsessão (“numa espécie de imperativo ético-jurídico”²⁵) a meta de recuperação dos ativos da criminalidade.²⁶ Uma vez que as novas características da criminalidade criaram o desequilíbrio de forças (que, se mantido, respalda que “o crime compensa”²⁷) em relação às ferramentas obsoletas²⁸ detidas pelos Estados na seara do direito penal tradicional para a recuperação de ativos, era preciso reagir, não apenas na positividade, mas na operacionalização das novas ferramentas no “direito vivo”.

No cenário brasileiro, será preciso mobilizar a força e a organização das estruturas estatais de repressão criminal, sobremodo do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil, a fim de que a incorporação da perda ampliada às rotinas de investigação e judiciária demande o menor tempo possível.

²³ CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 145, trimestral, jan./mar. 2016, p. 208.

²⁴ O “foco na perda alargada como método de recuperação de ativos” é abordado por Sousa Mendes, que a considera “a mais promissora” das estratégias de política criminal que almejam a máxima de que o crime não compense, cf. MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review – Direito Penal*, Lisboa, v. I, n. 3, nov. 2017, p. 149-151.

²⁵ CORREIA, op. cit., p. 208.

²⁶ É preciso grifar que o cenário voltado a “seguir o dinheiro do crime” não visa apenas à positividade das ferramentas de confisco ampliado. A mesma política criminal fomentou desde a criminalização da lavagem de dinheiro até, noutros ordenamentos, a criminalização do enriquecimento ilícito, as ações ou procedimentos *in rem* e outros meios musculosos de confisco.

²⁷ No Brasil, havia a estimativa de que as cifras desviadas de suas finalidades legais por conta da corrupção atingiam mais de 200 bilhões de reais, ao passo que a sonegação fiscal (aí incluindo, maciçamente, atividades da criminalidade organizada) avançava a valores de 1,11 trilhões de reais, tudo isso a cada ano, conforme dados apontados por FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de B. Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 17.

²⁸ Assim são rotulados os institutos de perda de bens previstos no Código Penal português por MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusitana. Direito*, Lisboa, Série II, n. 10, 2012, p. 294.

5 Mas o que é a perda ampliada?

Na modulação brasileira, que em nada refoge à essência ao nível internacional, a perda ampliada possibilita que se considerem “produto ou proveito do crime”, desde que haja condenação e se trate de infração penal com “pena máxima superior a seis anos de reclusão”, os “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”.

Com outras palavras, atendo-se ao padrão ordinário, diante do preenchimento dos requisitos da condenação²⁹ do réu pelo cometimento de determinados delitos, pode-se presumir que são vantagem “do crime” os bens que compõem a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele congruente com seu rendimento lícito. Presunção, esta, que cumpre ao réu ilidir, pena de sofrer os efeitos da perda ampliada.

Antes de aprofundar nos requisitos da complexa e inovadora conformação, é pertinente descortinar como a perda ampliada brasileira foi conjecturada e debatida até ser inserida no ordenamento legal.

6 Os esboços da perda ampliada no Brasil

6.1 A perda ampliada do Projeto de Lei nº 4.850/2016

Tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.850/2016, de 29 de março,³⁰ com origem nas “10 Medidas Contra a Corrupção” do Ministério Público Federal, prevendo, em seu item 10, com o título “recuperação do lucro derivado do crime”, além da ação de extinção de domínio, a criação da ferramenta legal de perda ampliada no artigo 91-A do Código Penal.³¹

O artigo 4º do Projeto de Lei nº 4.850/2016 aditava ao artigo 91 do Código Penal o subtipo 91-A, com a redação: “Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”. O catálogo das infrações penais constava nos incisos I a XVI do mesmo dispositivo 91-A.³² Os incisos I a III do §1º definiam o que compreenderia o patrimônio do

²⁹ Embora existam ferramentas de perda ampliada que prescindem da condenação criminal do réu, como nos ordenamentos legais da Espanha e Itália.

³⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.

³¹ Vide <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>.

³² Eis os crimes: tráfico de drogas; comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; crimes de responsabilidade de Prefeitos Muni-

condenado.³³ O parágrafo 2º do artigo 91-A delineado assegurava a aplicação de medidas assecuratórias e da alienação antecipada para a garantia da manutenção do quantum da perda alargada. Já o parágrafo 3º trazia o *standard* de prova, o local e o momento de decisão: “Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do §1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida”.

Calha salientar: enquanto a perda ampliada efetivamente positivada tem seu procedimento enxertado no processo penal, com base na prova nele produzida e decidida na sentença condenatória, aquela do Projeto de Lei nº 4.850/2016 era objeto de procedimento iniciado, com pedido do Ministério Público, até dois anos após a sentença condenatória definitiva, no mesmo juízo criminal, mas com *standard* de prova civil. No procedimento idealizado, pelo parágrafo 4º do artigo 91-A, “o condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita”.

De modo que a perda ampliada do Projeto de Lei nº 4.850/2016 tinha traços, p. ex., da ferramenta legal portuguesa da Lei nº 5/2002, e das previstas como confisco ampliado criminal no Reino Unido (*criminal confiscation*) e nos Estados Unidos da América (*criminal forfeiture*). Bastante próxima da perda ampliada de Portugal em seu pilar de sustentação (o mote é o patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado), no rol de infrações penais passíveis de incidência e na definição do que é patrimônio confiscável; e assemelhada aos modelos britânico e norte-americano ao deslocar o procedimento

cipais de apropriação, desvio ou utilização de bens, rendas ou serviços públicos; peculato doloso; inserção de dados falsos em sistema de informações; concussão; excesso de exação qualificado pela apropriação; facilitação de contrabando ou descaminho; enriquecimento ilícito; lavagem de dinheiro; associação criminosa; organização criminosa; estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência; contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

³³ O conjunto de bens, direitos e valores: “I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio; II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação; III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.”

de perda para após a sentença condenatória, com *standard* civilístico de prova (embora no mesmo juízo criminal), e no qual tocaria ao condenado provar a inexistência de um patrimônio incongruente ou sua origem lícita.

A justificativa atrelada ao artigo 4º do Projeto de Lei nº 4.850/2016 aludia que o almejado artigo 91-A do Código Penal é uma “medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens”, resguardando, assim, harmonização com o princípio da presunção de inocência. No entanto, na sequência da justificativa, o instrumento era considerado “um dos efeitos da condenação criminal” com finalidade precípua de fazer valer a máxima de que o crime não deve compensar.³⁴ Uma dubiedade de trato, ora como medida, ora como efeito da condenação criminal.

O Projeto de Lei nº 4.850/2016, após inicial tramitação, estacionou em 5 de dezembro de 2017, aguardando pronunciamento do Senado Federal acerca de seu eventual prosseguimento.

6.2 A perda ampliada do Projeto de Lei do Senado nº 103/2016

O Projeto de Lei do Senado nº 103/2016³⁵ acrescentava o “confisco alargado” no art. 91-A ao Código Penal, com esta redação: “em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”. Bem se vê, a normativa seguiu a linha comum das ferramentas de perda ampliada, propiciando o confisco da diferença entre o patrimônio do condenado e aquele justificado por rendimentos lícitos.³⁶ Na sequência, nos incisos I a XVI do art. 91-A, havia catálogo de infrações penais³⁷ alcançadas pelo confisco ampliado.

³⁴ Juntamente com a redação do Projeto de Lei nº 4.850/2016. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br>>.

³⁵ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125176>>.

³⁶ Ou “outras fontes legítimas”, embora sem especificação de quais fontes assim poderiam ser consideradas.

³⁷ “Tráfico de drogas; comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; alguns crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais, previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967; peculato (nas modalidades dolosas); inserção de dados falsos em sistema de informações; concussão; excesso de exação qualificado pela apropriação; facilitação de contrabando ou descaminho; enriquecimento ilícito (ainda sem tipificação penal no Brasil); lavagem de dinheiro; associação criminosa; organização criminosa; estelionato em prejuízo do erário ou de entes de previdência; contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada”.

É de fácil constatação que o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 espelhou-se no Projeto de Lei nº 4.850/2016 ao ter por alvo o “patrimônio injustificado do condenado” e na elaboração do catálogo de crimes – alguns apenas se cometidos “de forma organizada”. A parecença prosseguiu na consideração do que é patrimônio do condenado,³⁸ não destoou no parágrafo 2º do artigo 91-A: ao suposto patrimônio injustificado, ainda na fase investigatória, poderão ser aplicadas “as medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor”; e se manteve na tramitação de seu procedimento, inserido no parágrafo 3º³⁹ do artigo 91-A.

Em continuidade, como não poderia deixar de ser em se tratando de perda ampliada, incutiu no parágrafo 4º do artigo 91-A a carga de prova ao condenado, que, mediante standard civilístico, “terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita”, estando assegurados da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita (parágrafo 5º).

Como visto, esse confisco ampliado exigia, como pressupostos, a condenação por crimes graves (em atividade criminosa comumente geradora de lucro) listados em catálogo, daí brotando a presunção de que o patrimônio injustificado proveio dos delitos, e ensejando ônus probatório ao condenado para ilidir o que a normativa faz presumir. Destaca-se que a opção pela tramitação do procedimento do confisco ampliado após a condenação, “nos termos da legislação processual civil”, a despeito de ainda no juízo criminal, evitava ou atenuava as discussões sobre eventual inversão do ônus da prova em processo penal e o ferimento do princípio da presunção de inocência.

Chama a atenção que, pelo Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, tal qual no Projeto de Lei nº 4.850/2016, não havia previsão explícita de que o patrimônio injustificado do condenado é considerado, por presunção, produto, proveito ou vantagem de atividade criminosa. A “diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por

³⁸ O conjunto de bens, direitos e valores (parágrafo 1º do art. 91-A): “I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio; II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação; III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino”.

³⁹ “Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do §1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida”.

rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”, que o esboçado artigo 91-A autorizava fosse declarada perdida, soava como algo abstrato, talvez bem mais próximo de uma medida do que um efeito da condenação criminal ou da pena.

Mesmo assim, na justificativa⁴⁰ do Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, o confisco ampliado era conceituado como um efeito da condenação criminal que recai sobre o patrimônio injustificado do condenado, mas sem uma tipificada anotação explícita do porquê – embora se subentenda. O que, pondera-se, era uma falha grave.

No mais, à identidade daquilo visto no Projeto de Lei nº 4.850/2016, o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 não se ateu à natureza jurídica do confisco ampliado, limitando-se a tratá-lo, de passagem, como um efeito da condenação criminal.

6.3 A perda ampliada idealizada pelo autor deste artigo para a CONAMP

O autor deste artigo elaborou, pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2015, justificativa para a positivação da perda ampliada como medida anticorrupção. A justificativa foi encampada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) no plano denominado “Propostas Anticorrupção – CONAMP”,⁴¹ que não foi levado adiante (notadamente, para o fim de conformar eventual projeto de lei) quiçá devido ao trabalho similar desenvolvido de modo independente pelo Ministério Público Federal, que culminou nas “10 Medidas Contra a Corrupção” (em que, adrede comentado, o item 10 entabulou a criação da perda alargada no artigo 91-A do Código Penal) e no consequente Projeto de Lei nº 4.850/2016.

Para além da justificativa, foi rascunhado o que poderia ser o correlato projeto de lei, dando à ferramenta legal almejada o nome de perda ampliada, com inspiração na congênere portuguesa do artigo 7º, nº 1, da Lei nº 5/2002.

Como fruto do trabalho, a perda ampliada tinha lugar no artigo 91-A do Código Penal, com *caput* assim disposto: “O juiz, após a fundamentação do mérito da ação penal, resultando decisão condenatória, como efeito especial da condenação, analisará as provas e alegações constantes no procedimento incidental de perda ampliada, para o fim de aplicá-la ao patrimônio do condenado pelas seguintes infrações penais”. O rol de infrações estava nas alíneas a) a j) do mesmo

⁴⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125176>>.

⁴¹ Vide “A condenação por crimes contra a Administração Pública e/ou de ações de organização criminosa têm o efeito de criar uma presunção de ilicitude do patrimônio do agente, possibilitando o confisco ampliado dos bens”; Propostas Anticorrupção – Conamp, item 2.2, fls. 8-12. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/images/estudos/medidas.anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

artigo.⁴² O parágrafo 1º do artigo 91-A passava a prever a presunção que é marca comum ao confisco ampliado: no caso de condenação por qualquer daquelas infrações penais do catálogo, “presume-se constituir produto ou proveito da infração penal a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. O parágrafo 2º discorria sobre o que seria patrimônio do réu.⁴³ E os parágrafos 4º e 5º artigo 91-A cuidavam do procedimento incidente em que debatida a recuperação de ativos.⁴⁴

Percebe-se que, diversamente dos estudados projetos de lei, cujos procedimentos eram posteriores à sentença condenatória, a perda ampliada ora analisada integrava objeto de incidente enxertado no processo penal, com início concomitante com o recebimento da denúncia, dali partindo a “citação do acusado para que, no prazo de 10 dias, manifeste-se sobre a pretensão de perda ampliada deduzida e indique as provas que pretende produzir” (parágrafo 7º). Noutro ponto de divergência – e de aproximação com os dispositivos da Lei nº 5/2002, de Portugal –, a produção probatória da perda ampliada dava-se no processo penal e submetida às suas regras. Pelos desenhados parágrafos 8º e 9º do artigo 91-A, no incidente seriam admitidos todos os meios de prova produzidos no processo, mas apenas com a finalidade de esclarecer o montante apurado do patrimônio; e, a despeito de o juiz poder cotejar todos esses meios, cumpriria ao acusado “provar a origem lícita dos bens pretendidos em perda ampliada, ou demonstrar que angariados no prazo superior a cinco anos antes do recebimento

⁴² Dentre as quais, integrar organização criminosa; tráfico de drogas; lavagem de dinheiro; fraudes em licitações; delitos de responsabilidade cometidos por Prefeitos Municipais; contra a ordem tributária e econômica; peculato, concussão e prevaricação; alguns delitos patrimoniais praticados em formação de quadrilha; de exploração sexual ou de favorecimento à prostituição de menores de 18 anos.

⁴³ O conjunto dos bens e valores em moeda nacional ou estrangeira: “a) que estejam na titularidade do réu, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício na data do recebimento da denúncia ou posteriormente; b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória ou desproporcional, nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia; c) recebidos pelo réu nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia, ainda que não se consiga determinar o seu destino”. E complementava o parágrafo 3º: “Consideram-se como produto ou proveito da infração penal os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens ou valores pelo réu”.

⁴⁴ “§4º Para a promoção da perda ampliada, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, apresentará ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada, na qual atribuirá o montante apurado do patrimônio do investigado ou acusado que deverá ser perdido em favor União, do Estado da Federação ou do Distrito Federal, e indicará as provas que pretende produzir. A petição inicial, instruída com cópia da denúncia, deverá trazer cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto do investigado ou acusado e aquele que é proveniente de seus rendimentos lícitos”. “§5º Se não for possível a atribuição do montante a ser perdido no momento do oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá apresentar ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada até 30 dias depois do recebimento da denúncia. Ainda, se apresentada petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada com o oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá alterar a atribuição do montante a ser perdido no prazo antes referido, em havendo conhecimento superveniente de incorreção do valor”.

da denúncia” – parágrafo 9º. Seguindo, o parágrafo 10º estipulava as maneiras pelas quais o acusado poderia ilidir a presunção de que seu patrimônio incongruente provém de atividade criminosa. Essas hipóteses estavam nas letras “a” a “c” do parágrafo 10º.⁴⁵ Por fim, segundo o parágrafo 11º, não ilidida a presunção, o juiz, imediatamente após proferir a decisão condenatória no processo penal, deveria julgar o incidente e declarar a perda ampliada do todo ou parte dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal.

Vê-se, num aspecto que destoa da Lei nº 5/2002, de Portugal, o objeto da perda ampliada em debate eram os próprios bens ou valores que constituem o patrimônio presumido como proveito ou produto do crime,⁴⁶ e não um valor a ser perdido em favor do Estado.⁴⁷ Tudo sem prejuízo de que o Ministério Público postulasse judicialmente o sequestro ou o arresto dos bens e valores atribuídos ao réu como proveito ou produto da infração penal, para o fim de acautelar a perda ampliada ao final do incidente (parágrafos 14º a 17º do artigo 91-A imaginado).

Essa arquitetada perda ampliada, que não superou a fase de cogitatio, ainda possuía a característica comum a todas as demais da inviabilidade de gerar efeitos na ausência do requisito “condenação do réu por alguma das infrações penais do catálogo”, segundo regramento da parte inicial de um pensado parágrafo 13º.

6.4 A perda ampliada do Projeto de Lei nº 10.372-A/2018

Desde 6 de junho de 2018, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10.372-A/2018, que “introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal”. Fiel ao mote de “combate ao crime organizado”, em seu artigo 5º, contemplou a concepção de ferramenta de perda ampliada na Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e os procedimentos para o seu enfrentamento, criando a “Seção VI: Da perda de bens em favor do Estado – Perda alargada”.

⁴⁵ Textualmente, havendo prova de que os bens ou valores: “a) resultaram de rendimentos de atividade lícita do acusado; b) estavam na titularidade do acusado há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia; c) foram adquiridos pelo acusado com rendimentos obtidos há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia”.

⁴⁶ O que era explicitado no parágrafo 18º do artigo 91-A do Código Penal: “Transitadas em julgado a sentença condenatória e a decisão de declaração de perda ampliada, o juiz, de ofício, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. O dinheiro apurado no leilão, juntamente com eventuais valores em dinheiro apreendidos durante a investigação ou no curso da ação penal ou do procedimento incidental, serão perdidos em favor do Estado-Federado ou do Distrito Federal, se a ação penal tramitou perante a Justiça Estadual correlata ou do Distrito Federal, ou da União, se ação penal de competência da Justiça Federal”.

⁴⁷ Artigo 12º, nº 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

Abrindo a Seção VI, o artigo 17-A⁴⁸ definia a perda ampliada na sua gênese comum, incidente sobre um “valor” (alcançado da diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele compatível com seu rendimento lícito e declarado), aplicável somente aos delitos de constituir, financiar ou integrar organização criminosa.⁴⁹ O parágrafo 1º⁵⁰ delineava a compreensão de “patrimônio do réu” e o parágrafo 2º⁵¹ ampliava o conceito de vantagens da atividade criminosa.

O instrumento, específico aos acusados por delitos de organização criminosa, tinha seu procedimento iniciado com o oferecimento da denúncia ou até seu recebimento, e tramitava inserido no processo penal, na redação do artigo 17-B.⁵² O imaginado artigo 17-C⁵³ continha a forma de cotejo da prova da perda ampliada pelo juiz, regrado a inversão do *onus probandi* e os meios com os

⁴⁸ Art. 17-A. Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 2º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito e declarado.

⁴⁹ Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

⁵⁰ Parágrafo 1º. Para efeitos desta lei, entende-se por patrimônio do réu todos os bens: I – que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data do oferecimento da denúncia ou posteriormente; II – que sejam da titularidade de terceiros com quem coabite ou viva em economia comum, à data do oferecimento da denúncia ou posteriormente; III – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores a data do oferecimento da denúncia; IV – recebidos pelo réu nos 5 (cinco) anos anteriores a data do oferecimento da denúncia, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

⁵¹ Parágrafo 2º. Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos, mesmo que por terceiros, nas seguintes condições: I – tenha o titular do bem concorrido, de forma efetiva, para a utilização ou produção do benefício no fato criminoso ou tenha dele retirado benefício; II – os instrumentos, os produtos e as vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após o fato criminoso, desde que o adquirente tenha conhecimento do seu caráter ilícito; III – os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o respectivo valor, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para terceiro para evitar a perda alargada.

⁵² Art. 17-B. O Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, deve indicar o montante apurado para fins de perda em favor do Estado. Parágrafo 1º. Se não for possível a apuração no oferecimento da denúncia, poderá ainda ser efetuada até o seu recebimento. Parágrafo 2º. Efetuada a apuração, o Ministério Público pode, dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, realizar alterações, caso tenha conhecimento superveniente da inexatidão do valor determinado. Parágrafo 3º. Recebida a apuração ou a respectiva alteração serão imediatamente notificados o réu, o seu defensor e, eventualmente, o terceiro titular do bem.

⁵³ Art. 17-C. Sem prejuízo da consideração pelo juiz de toda a prova produzida no processo, pode o réu provar a origem lícita dos bens, sendo admitido qualquer meio de prova válido. Parágrafo 1º. A presunção estabelecida no §1º do artigo 17-A é ilidida se o réu provar que os bens: a) resultam de rendimentos de atividade lícita; b) estavam na sua titularidade no mínimo nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao oferecimento da denúncia; c) foram adquiridos com rendimentos obtidos no período descrito na alínea anterior. Parágrafo 2º. Se a apuração do valor a perder em favor do Estado for deduzida na denúncia, o réu deverá se manifestar na oportunidade da defesa prévia. Se a liquidação for posterior, o prazo para manifestação do réu é de dez dias, contados da notificação da liquidação.

quais o réu poderia ilidir a presunção do artigo 17-A. Interessante frisar a menção à “liquidação” no §2º do artigo 17-C e na sequência dos dispositivos, escancarando a inspiração na perda alargada portuguesa da Lei nº 5/2002.⁵⁴

Os aventados artigos 17-D e 17-E entabulavam os meios de garantia à efetivação da perda ampliada pelo sequestro ou caução,⁵⁵ ao passo que o artigo 17-F⁵⁶ definia o momento decisório do “valor” do confisco, com a possibilidade do alcance dos bens sequestrados ou da caução, e, na falta, de um procedimento de execução em relação a “outros bens disponíveis”. Por fim, a Lei nº 12.850/2013 contaria com o artigo 17-G,⁵⁷ bastante similar à redação que acabou positivada no atual artigo 91-A, parágrafo 5º, do Código Penal, cuidando dos instrumentos do crime das organizações criminosas.

Do exame, infere-se que o Projeto de Lei nº 10.372-A/2018 pretendeu encurtar ao mínimo a incidência da ferramenta “musculosa” da perda ampliada, destinando-a tão somente à tipologia penal e ao microsistema da Lei nº 12.850/

⁵⁴ Em Portugal, o artigo 8º da Lei nº 5/2002 alude que incumbe ao Ministério Público a liquidação, já na denúncia (lá denominada “acusação”), do montante apurado e que deve ser perdido (nº 1). Não sendo possível no oferecimento da denúncia, a liquidação poderá ser feita até o trigésimo dia anterior à primeira audiência de instrução (lá chamada “de discussão e julgamento”), com dedução nos autos do processo penal (nº 2). Nesse prazo, também, é viável a alteração da liquidação (feita na denúncia), desde que por conhecimento superveniente de não ser exato o valor antes determinado (nº 3). Do recebimento da liquidação ou de sua alteração pelo juiz, o réu (lá, “arguido”) deve ser notificado imediatamente, bem assim o seu defensor (nº 4).

⁵⁵ Art. 17-D. Para garantia do pagamento do valor determinado é permitido o sequestro de bens do arguido. Parágrafo 1º. A qualquer tempo, tão logo seja apurado o montante da perda alargada, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, o Ministério Público pode requerer o sequestro de bens do réu no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa. Parágrafo 2º. Aplicam-se ao sequestro, previsto nesta Lei, os arts. 125 a 133 do Código de Processo Penal, naquilo que não contrarie suas disposições.

Art. 17-E. O sequestro cessa se for prestada caução no valor do montante apurado. Parágrafo 1º. Se, em qualquer momento do processo, for apurado que o valor suscetível de perda é menor ou maior do que o inicialmente apurado, o Ministério Público deverá requer, respectivamente, a redução do sequestro ou a sua ampliação. Parágrafo 2º. O sequestro ou a caução prestada em seu lugar extinguem-se com a sentença absolutória.

⁵⁶ Art. 17-F. Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor que deve ser perdido em favor do Estado. Parágrafo 1º. Se este valor for inferior ao dos bens sequestrados ou à caução prestada, são um ou outro reduzidos até esse montante. Parágrafo 2º. Se não tiver sido prestada caução ou esta não for suficiente, o réu poderá pagar voluntariamente o montante constante na sentença, ou o valor remanescente, nos dez dias subsequentes ao trânsito em julgado da sentença, extinguindo-se o sequestro com esse pagamento. Parágrafo 3º. Não se verificando o pagamento, são perdidos em favor do Estado os bens sequestrados. Parágrafo 4º. Não havendo bens sequestrados ou não sendo suficiente o seu valor para liquidar esse montante, havendo outros bens disponíveis, o Ministério Público instaurará execução.

⁵⁷ Art. 17. G. Os instrumentos do crime são declarados perdidos em favor do Estado ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

2013. No mais, tinha por características a flagrante inspiração na Lei nº 5/2002, de Portugal, o efeito declaratório do confisco sobre um valor (correspondente ao “patrimônio incongruente”), o procedimento inserto no processo penal e a válvula residual da execução visando outros bens – quando a perda daqueles sequestrados não alcançasse o valor declarado confiscado.

Embora o Projeto de Lei nº 10.372-A/2018 tenha constado, juntamente com Projeto de Lei nº 6.341, de 2019, como gerador da Lei nº 13.964/2019, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que a perda ampliada que veio a ser positivada sofreu profundas modificações durante o processo legislativo.

7 A perda ampliada vigente, fruto do “Projeto de Lei Anticrime”

Com a assunção do ex-juiz federal Sérgio Moro como ministro da justiça, em janeiro de 2019, foi criado o denominado “Projeto de Lei Anticrime”, prevendo uma série de modificações no Código Penal e em leis penais esparsas, tendentes a “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência”.⁵⁸ Em dezembro de 2019, o debate no Congresso Nacional aglutinou os temas objeto do Projeto de Lei nº 10.372-A/2018, do Projeto de Lei nº 6.341/2019 e do “Projeto de Lei Anticrime”, culminando na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, em que a opção do legislador foi a criação do artigo 91-A do Código Penal como cópia quase fiel do instrumento idealizado pelo “Projeto de Lei Anticrime”.

Assim, naquilo que se atém à perda ampliada, concretizaram-se as modificações pretendidas ao Código Penal no artigo 2º do “Projeto de Lei Anticrime”, resultando no *caput* do artigo 91-A.⁵⁹ À frente, do reducionismo do Projeto de Lei nº 10.372-A/2018, que restringia o espectro ao crime do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, deu-se um salto para além do catálogo de crimes, com a consolidação do potencial alcance da perda ampliada a um leque vastíssimo de infrações penais. O limitador a esse leque estava num pretendido parágrafo 1º.⁶⁰ Possivelmente, pela antevista dificuldade de produção dessa prova, para que, somente então, pudesse ser cotejada a aplicação da perda ampliada, o dispositivo restritivo foi suprimido da norma que veio a ser positivada no Código

⁵⁸ A redação integral do “Projeto de Lei Anticrime”. Disponível em: <www.justica.gov.br/pl-mjssp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>.

⁵⁹ Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

⁶⁰ Assim esboçado: “A decretação da perda prevista no *caput* fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminoso habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminoso”.

Penal. Assim, o que o artigo 2º do “Projeto de Lei Anticrime” idealizou como a redação do parágrafo 2º, com a supressão durante o processo legislativo do que seria o parágrafo 1º, tornou-se o efetivo parágrafo 1º⁶¹ do artigo 91-A hoje vigente, definindo o que é o patrimônio do condenado passível de alcance pela perda ampliada.

Adiante será aprofundada essa concepção patrimonial, mas já se pode antecipar teor crítico quanto à inexistência de limitador temporal pretérito à incidência da perda ampliada, ou da dificuldade de se precisar, na prova de um processo penal, o marco do início da atividade criminal.

Daí para frente, a ferramenta rascunhada pelo artigo 2º “Projeto de Lei Anticrime” foi totalmente incorporada ao artigo 91-A. O parágrafo 2º trata da prerrogativa de o acusado fazer prova para ilidir a presunção do *caput*: “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”. Erroneamente, a redação fez alusão ao “condenado”, quando, em verdade, é o acusado que, no curso do processo penal, pode tentar contrapor o espectro da presunção que se presta ao avanço de confisco sobre seus bens de procedência inexplicada.

O parágrafo 3º⁶² marca o momento em que deve ser iniciado o procedimento da perda ampliada – juntamente com o oferecimento da denúncia –, e, implicitamente, indica a necessidade de uma investigação patrimonial para delimitar o que é o “patrimônio incongruente” do acusado. Na sequência, sempre demonstrando que tudo se resolve no processo penal, o parágrafo 4º prevê que “na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada”. Por fim, e não mais vincado à perda ampliada, e sim aos “instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas”, o legislador inseriu o parágrafo 5º.⁶³

Numa resenha breve antes de mergulhar nos requisitos da ferramenta legal criada, mormente em comparação com os demais projetos esboçados, salta aos olhos como a perda ampliada que tomou corpo no Código Penal careceu de processo de lapidação técnica. Por exemplo, poderia ter sido cotejada a substituição do requisito vincado ao apenamento (pena máxima superior a seis anos

⁶¹ Parágrafo 1º. Para efeito da perda prevista no *caput*, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

⁶² §3º. A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

⁶³ §5º. Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

de reclusão⁶⁴) pela criação de catálogo de infrações penais normalmente afeitas à criminalidade organizada, aí abrangendo os tipos penais ligados aos atos de corrupção; ou detalhadas as regras de onde, em que momento e de que modo “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio” (parágrafo 2º positivado). Noutra enfoque, quiçá mereça aplauso a retirada do então subtipo limitador do parágrafo 1º, dadas as dificuldades da prova da “conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado”.

De qualquer sorte, assim debutou a perda ampliada no ordenamento legal brasileiro, e é preciso dissecá-la para que, de pronto, passe a ser incorporada às práticas investigatória e forense.

8 8 Requisitos da perda ampliada do artigo 91-a do Código Penal

8.1 Condenação com trânsito em julgado por infração penal com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão

O primeiro requisito surge da combinação do *caput* com o parágrafo 4º do artigo 91-A, que exigem uma condenação criminal (por delito com pena máxima superior a seis anos de reclusão), obviamente com trânsito em julgado, em respeito ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. *A contrario sensu*, a absolvição do réu fulmina a viabilidade da aplicação da perda ampliada. A essencialidade da condenação cria o dilema: por um lado, torna a perda ampliada ineficiente em situações comuns à criminalidade organizada, como a utilização de pessoas jurídicas ou de terceiros para a titulação de bens provenientes da atividade criminosa; por outro, pela restrição do alcance, protege direitos individuais, em especial atinentes à propriedade privada.

O requisito da condenação definitiva presta-se para afastar a incidência da perda ampliada contra inimputáveis:⁶⁵ o reconhecimento, na sentença, da ocorrência do fato típico e ilícito, não é suficiente, como fez questão de deixar claro o legislador na redação do parágrafo 4º do artigo 91-A.

Noutro ponto, o *caput* do artigo 91-A não menciona a natureza ou a sanção concreta resultante da condenação, e sim vinculação à pena máxima cominada ao delito, que deverá ser superior a seis anos de reclusão. Então, além da sanção privativa de liberdade, a aplicação de sursis (artigo 77 do Código Penal) e a substituição por pena restritiva de direitos (artigo 44 do Código Penal) não são impeditivos à perda ampliada.

⁶⁴ Pela norma penal positivada, um condenado por homicídio poderá ser alvo da perda ampliada, o que não parece guardar sentido com a política criminal transnacional de recuperação de ativos, dando margem a que, erroneamente, compreenda-se a ferramenta como espécie de pena pecuniária.

⁶⁵ Sobre o tema, abordando a perda alargada portuguesa, MARQUES, *op. cit.*, p. 299, nota 14.

A dosimetria da pena não importa: a condenação do réu à pena máxima de reclusão, à pena mínima ou à pena restritiva de direitos não gera efeito na incidência ou no quantum da perda ampliada, pois não há conexão com a culpabilidade ou a reprobabilidade da conduta criminosa, e sim com o patrimônio incongruente do condenado. Com outras palavras, não existe adequação e proporcionalidade entre a pena (como medida da “culpa”) e a perda ampliada. Como bem sintetiza Duarte Nunes, debruçando-se sobre a ferramenta legal portuguesa, que também traz o requisito “condenação”, “nem a lei não fórmula qualquer exigência quanto à natureza da sanção ou quanto à sua medida concreta nem, a nosso ver, tal é imposto pelo princípio da proporcionalidade [...]”, até porque “os bens confiscados nada têm a ver com o crime pelo qual o arguido foi condenado”.⁶⁶ Ou seja, infere-se que o requisito estampado no artigo 91-A cinge-se à condenação com trânsito em julgado por crime com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão. Mas é pertinente indagar: por todo e qualquer crime com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão?

Na exposição de motivos da Lei nº 13.964/2019, literalmente, consta o foco no “*combate ao crime organizado, tráfico de drogas e armas, milícia privada, crimes cometidos com violência ou grave ameaça e hediondos*”, daí surgindo a “*evidente necessidade de serem criados novos instrumentos de investigação voltados para prevenção de delitos praticados por organizações criminosas, com modificações na Lei 12.850/2013*”; e, “*dentre as principais alterações e inovações, destacam-se [...] a possibilidade de indicação, na denúncia, de bens ou vantagens obtidas com a atividade criminosa, para o fim de perda em favor do Estado*”, já que “*a constrição financeira das organizações criminosas é medida essencial para a eficaz persecução penal, retendo e decretando o perdimento dos bens e valores obtidos pela prática de infrações penais. Propostas de projeto de lei instituindo a “Perda alargada” e a “Ação Civil Pública de Perdimento de Bens” estão sendo encaminhadas nesse sentido.*”⁶⁷

⁶⁶ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada: Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. Relatório de Direito Processual Penal do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, p. 13. O posicionamento foi reiterado em NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes: Anotação aos Acórdãos nos 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 18-19. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>>.

⁶⁷ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=28B6F0A3C068C24D11F0EB7B940A651A.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018>.

Naquilo que ora se estuda, a base que culminou na Lei nº 13.964/2019 e na criação do artigo 91-A do Código Penal tem dois pilares principais: a) o enfrentamento da criminalidade organizada que atua seja com violência (como as facções criminosas), seja com corrupção (*v. g.*, como as infrações desvendadas nas diversas fases da operação Lava Jato); e b) a criação de novos instrumentos de recuperação de ativos, ampliando a noção do que é vantagem do crime e atacando a esfera patrimonial da criminalidade organizada, na meta de que “o crime não compense”.

Rememora-se, no entanto, que, durante a tramitação legislativa, o Congresso Nacional condensou o Projeto de Lei nº 10.372-A/2018, o Projeto de Lei nº 6.341/2019 e o “Projeto de Lei Anticrime”, este último absorvido pela Lei nº 13.964/2019 para conformar o artigo 91-A. Outrossim, a restrição pretendida à perda ampliada, com a condicionante “*existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa*”, foi suprimida. De sorte que, literalmente, todas as infrações penais com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão estariam à mercê da perda ampliada.

Porém, aspectos como a *mens legis*, o viés finalístico e a limitação estrutural devem ser tomados como moduladores do novo artigo 91-A. A *mens legis*, a despeito da transformação que a perda ampliada sofreu durante sua tramitação no parlamento, ainda remete ao “*combate ao crime organizado, tráfico de drogas e armas, milícia privada, crimes cometidos com violência ou grave ameaça e hediondos*”. O viés finalístico também soa inequívoco: infrações penais graves que geram vantagens (preferencialmente econômicas, mas não exclusivamente), especialmente as vinculadas a ações de organizações criminosas. Não bastasse, a limitação estrutural dos órgãos de investigação do Brasil, sobretudo frente ao assustador tamanho da “criminalidade comum”, é impeditivo peremptório à cogitação da banalização da perda ampliada a toda e qualquer infração penal que gere vantagem e que comine pena máxima superior a seis anos de reclusão.

Nesse desenho, parece adequado antever que as Polícias e o Ministério Público deverão cotejar a perda ampliada em investigações de infrações penais como aquelas listadas nos catálogos dos esboçados projetos de lei antes estudados, mormente quando cometidas no âmbito de organizações criminosas.

8.2 A existência de um patrimônio do réu condenado

Para cogitar a perda ampliada, é preciso, obviamente, que o condenado tenha um patrimônio a ser avaliado, ou “o domínio jurídico ou fático do conde-

nado sobre um patrimônio”,⁶⁸ estando aí o nascedouro do requerimento expresso feito pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (parágrafo 3º do artigo 91-A). A definição do que constitui patrimônio atingível pela perda ampliada está no parágrafo 1º, incisos I e II, do artigo 91-A.

O inciso I trata genericamente dos bens dos quais o acusado seja o titular ou tenha o domínio e o benefício, direto ou indireto, “na data da infração penal ou recebidos posteriormente”. Ou seja, a base de partida é todo o patrimônio do acusado, abarcando os bens em relação aos quais é formalmente titular (pelo direito de propriedade ou outro direito real) e, também, de que tem o domínio de fato ou de que seja beneficiário (sobre os quais exerça poderes próprios de proprietário) na data da infração penal ou depois (até a sentença condenatória de primeiro grau). Imóveis, móveis, automóveis, valores em contas bancárias, aplicações financeiras e seus rendimentos, bens herdados ou recebidos em doação etc., identificados como propriedade do acusado a partir do dia do crime a ele imputado e dali para frente, são passíveis de perda ampliada.

É fácil deduzir que não haverá dificuldade na delimitação dos bens sob a titularidade do acusado; porém, o mesmo não pode ser dito em relação àqueles que a ele se ligam pela posse e o benefício. Jorge Godinho, analisando a perda alargada de Portugal, ilustrou este caminho investigatório patrimonial mais árduo: “visam-se aqui os bens detidos formalmente por outra pessoa, singular ou colectiva, tratando-se de provar que em todo o caso os bens pertencem à esfera jurídica do arguido [...] Caberá à acusação provar que, apesar de a titularidade pertencer a outrem, o respectivo domínio e benefício – conceitos claramente usados em sentido económico-factual, com vista a expandir o âmbito de aplicação do confisco e a evitar o que seriam fáceis fugas ao mesmo – pertencem ao arguido”.⁶⁹ Em suma, tudo dependerá da qualidade da investigação patrimonial a ser feita no caso concreto.

No inciso II do artigo 91-A há uma extensão da definição dos bens potencialmente confiscáveis, atingindo aqueles que não mais estejam na propriedade ou posse do acusado “desde o início da atividade criminal”, mas apenas se transferidos gratuitamente ou por quantia (contraprestação) irrisória a terceiro (pessoa física ou jurídica).

É inequívoco que essa extensão mira as hipóteses – bastante comuns – em que o indivíduo que atua na criminalidade organizada dissipa faticamente o proveito de crimes, utilizando “laranjas”. A conformação desse leque largo

⁶⁸ CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011, p. 313.

⁶⁹ GODINHO, *op. cit.*, p. 1.345.

criado pela segunda parte do inciso I e pelo inciso II não significa possibilitar a aplicação da perda ampliada calcada em ilações; incumbe às polícias ou ao Ministério Público, com respaldo em investigação financeira ou patrimonial preferencialmente especializada, clarificar a existência desses bens e sua vinculação domínial ou de benefício com o acusado, ou que foram transferidos por valores irrisórios ou a título gratuito, e para quem, após um marco limitador do início da atividade delituosa. Em todos os casos, sem esse plus investigatório, a perda ampliada não poderá avançar ao bem já na posse ou propriedade do terceiro.

Aliás, a imprescindibilidade dessa prova é também uma garantia do direito do terceiro de boa-fé, poupando-o de ver-se tolhido de bem que negociou licitamente com indivíduo que, depois, tornou-se réu e condenado por crime e sofreu o efeito patrimonial da perda ampliada. Grife-se, a despeito de os incisos I e II do artigo 91-A terem silenciado acerca da situação do terceiro de boa-fé, não há dúvida de que cumpre ao Ministério Público evidenciar a má-fé do proprietário formal ou destinatário do bem, e isso enseja a prova ou da atuação como “laranja” e/ou da transferência gratuita ou por preço irrisório. Com termos distintos, não há lugar à utilização da presunção do artigo 91-A para, por exemplo, pretender demonstrar que a transferência de propriedade de bens deu-se naquelas condições suspeitas; caso a acusação não logre clarificar a gratuidade ou irrisoriedade da transmissão, a presunção será da boa-fé do terceiro, obstando a perda ampliada.

Nas situações amoldadas ao inciso II, em paralelo, tocará às polícias ou ao Ministério Público uma delimitação temporal mínima do início da “atividade criminosa”, o que não se confunde com a data da infração penal e enfatiza a seleção da incidência a atividades de criminalidade organizada (por excelência, nos termos da Lei nº 12.850/2013). O legislador, no ponto, preteriu a fixação de lapso temporal retroativo e objetivo para o potencial alcance da perda ampliada,⁷⁰ optando por mais um ônus probatório – de difícil consecução – aos órgãos de repressão penal.

Com essas provas “a mais”, somadas aos requisitos “condenação por crime” (que gera vantagem e tem pena máxima cominada superior a seis anos) e “existência de um patrimônio incongruente”, poderão ser autorizados efeitos da perda ampliada para além dos bens titulados pelo condenado (primeira parte do inciso I).

Noutro aspecto, a conjugação entre os dispositivos do *caput* e dos parágrafos 1º e 3º do artigo 91-A escancara a necessidade de que todo o patrimônio do então investigado seja avaliado com critérios técnicos e de forma fundamentada. É de todo pertinente uma investigação especializada, de viés exclusivamente patrimonial ou financeiro, com expertise na área.

⁷⁰ Como ocorre na congênere portuguesa, em que o prazo retroativo é de cinco anos, conforme artigo 7º, nº 2, alíneas “b” e “c”, da Lei nº 5/2002.

Convém melhor explicar. Como a declaração dos bens objeto da perda ampliada remete ao valor (parágrafo 4º) do patrimônio incongruente, que deve ser o resultado da equação patrimônio do acusado menos patrimônio do acusado congruente com seu rendimento lícito (*caput*), é imprescindível que aludida equação funde-se em avaliação “levada a cabo por especialistas na matéria, por forma até a evitar situações de injustiça decorrentes de sobreavaliação (que gera a presunção) ou da subavaliação (que impede a presunção numa situação em que deveria ter lugar) dos bens”.⁷¹ Mesmo curso quando os bens não mais estejam na posse do condenado, com destino desconhecido, tendo então lugar a avaliação por estimativa, “sempre com recurso a regras da experiência comum e à intervenção de especialistas, que avaliarão os bens de acordo com o que sobre eles seja conhecido (designadamente, as suas características, estado de conservação, etc.)”.⁷²

Em todo esse típico viés de *follow the money*, sempre calha enfatizar a essencialidade de uma “investigação financeira ou patrimonial” para o rastreamento e a definição dos bens que constituem o “patrimônio incongruente”, na modulagem do *caput* do artigo 91-A. Embora a investigação financeira ou patrimonial não tenha sido prevista pela Lei nº 13.964/2019, e a despeito de não ser peremptória para dar lastro à perda ampliada, é de todo recomendável, sempre que possível.

Com efeito, parece inelutável que, para a instrumentalização adequada de investigações e procedimentos que gerem êxito na incidência da perda ampliada, polícias e Ministério Público deverão investir na estruturação de grupos especializados em “seguir o dinheiro”. Uma boa investigação financeira ou patrimonial, produzida em concomitância com a persecução inquisitiva da culpa, será determinante à declaração de perda ampliada do parágrafo 4º do artigo 91-A e ao seu *quantum*.

No fecho do exame do que é patrimônio incongruente, insta observar que no parágrafo 5º do artigo 91-A o legislador inseriu norma destinada à perda de instrumentos “utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias [...] ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”. Extrai-se daí uma modalidade especial de confisco clássico (perda de instrumentos, semelhante ao que consta no artigo 91, inciso

⁷¹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*: Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. Relatório de Direito Processual Penal do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, p. 15. No mesmo viés, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 106.

⁷² NUNES, op. cit., p. 15.

II, letra “a”), e não algo vincado à perda ampliada, com incidência diante de crimes praticados por organizações criminosas e milícias. Conquanto desconectado do núcleo duro da perda ampliada, tal dispositivo, introjetado pela mesma Lei nº 13.964/2019 e no último parágrafo da norma reguladora do novel instrumento de recuperação de ativos, acaba soando como reforço do almejado foco na criminalidade organizada.

8.3 Patrimônio incongruente com o rendimento lícito do acusado

O requisito “existência de um patrimônio”, nos moldes dos incisos I e II do parágrafo 1º do artigo 91-A, pode nada implicar à perda ampliada se não estiver ligado à incompatibilidade com os rendimentos lícitos do acusado/condenado por crime com pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão. Por maior que seja o patrimônio, se provada origem nos rendimentos lícitos do condenado,⁷³ não haverá espaço à perda ampliada – sem prejuízo da incidência da modalidade clássica de confisco do artigo 91, inciso II, letra “b”, Código Penal. Mas, se houver “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”, abrir-se-á a brecha da presunção de que os bens inseridos no resultado dessa operação aritmética são “produto ou proveito do crime”, dando azo à perda ampliada.⁷⁴

O patrimônio incompatível é exemplo da ampliação da definição de “produto ou proveito do crime”, adotando-se o que se vê na moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos (em que se prefere a noção de “vantagem da atividade criminosa”). Implicitamente, admite-se que não existe prova de que os bens que integram aquela parte do patrimônio são produto ou proveito do crime imputado ao réu – senão, teria incidência a perda clássica do produto ou proveito prevista no artigo 91, inciso II, letra “b”, Código Penal. Expandindo o conceito de produto ou proveito do crime, a incompatibilidade abre espaço

⁷³ Observa Duarte Nunes, “na determinação dos rendimentos lícitos, caso o arguido demonstre que outros membros do seu agregado familiar (também) auferem rendimentos lícitos, haverá que levar em conta a totalidade dos rendimentos do ser agregado familiar, pois o património pode ser incongruente com o rendimento lícito do arguido, mas já o não ser se se levar em conta o rendimento dos restantes membros do seu agregado familiar (máxime do cônjuge)”; cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes: Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 36. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>>.

⁷⁴ Como simplifica Jorge Godinho, esse “requisito será o apuramento de uma desproporção, diferença ou ‘incongruência’ entre o valor do patrimônio do arguido e o seu rendimento lícito”. GODINHO, *op. cit.*, p. 1.342.

à presunção de que os bens daquela parte do patrimônio são fruto da atividade criminosa como um todo (ou de uma provável atividade criminosa⁷⁵), da qual o crime elucidado é apenas um fragmento.⁷⁶

Não se deve olvidar que, diversamente do que ocorre noutros sistemas legais, a perda ampliada brasileira é, de fato, uma perda dos bens correspondentes ao patrimônio incompatível, e não uma condenação ao pagamento de valor. Essa contingência, entretantes, não afasta a necessidade de avaliação dos patrimônios total e incongruente do acusado, resultando da subtração desses montantes os bens que podem ser confiscados.

Com o preenchimento dos requisitos, e havendo requerimento expresso do Ministério Público com o oferecimento da denúncia (artigo 91-A, parágrafo 2º), estará aberta a possibilidade da presunção, a ser declarada na sentença condenatória, de que os bens do acusado que integram seu patrimônio injustificado constituem produto ou proveito do crime, dando ensejo à perda ampliada.

Obviamente, a presunção implícita ao artigo 91-A pode ser ilidida, mediante ônus da prova que incumbe ao acusado (parágrafo 2º). Tal temática é de tal forma densa e complexa que merecerá estudo autônomo, noutro momento.

Considerações finais

Investir na perda dos ativos da prática de infrações penais parece ser, hoje, um caminho sem volta, objeto de política criminal transnacional. Para que o crime não compense é preciso retirar-lhe o lucro, mesmo que presumido.

Ao prever que a condenação por infração penal (que gere vantagem e, preferencialmente, esteja atrelada à atividade de criminalidade organizada) com pena máxima cominada superior a seis anos autoriza sejam concebidos como produto ou proveito do crime os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, o legislador inseriu, pela primeira vez, no ordenamento penal brasileiro, hipótese que respalda a perda de bens presumivelmente oriundos de atividade criminosa.

O cotejo de uma presunção em processo penal – e prejudicial ao réu – tende imediatamente a ocasionar o temor de que se deduz a culpabilidade. Mas é um temor desarrazoado. A exegese do artigo 91-A, *caput*, evidencia presunção que não se presta ao reconhecimento da culpabilidade, tampouco à imputação

⁷⁵ CUNHA, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ O alargamento do conceito de lucro pela moderna política criminal de recuperação de ativos vai além, atingindo até mesmo o plano subjetivo, uma vez que o patrimônio de terceiros, ligados de algum modo ao arguido, pode ser considerado vantagem da atividade criminosa e estar sujeito à perda alargada. Nesse sentido, MARQUES, *op. cit.*, p. 295.

ao réu do cometimento de outro crime, mas tão somente à estipulação da perda ampliada e o seu montante. Daí ser viável atribuir ao réu que faça prova tendente a ilidir a presunção.

Não se antevê, no espectro moldado à perda ampliada, ferimento aos princípios da presunção de inocência, da culpabilidade e do *nemo tenetur se detegere*, além do direito à propriedade privada. Mas isso enseja maior leque de estudo.

Positivada a ferramenta legal, está em curso o momento de mobilizar as polícias judiciárias e o Ministério Público para incorporá-la em suas rotinas de investigação, tentando-se dosar o equilíbrio entre “remédios fortes para patologias graves” e “remédios fortes devem ser administrados com cuidado”.

Referências

BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: brutas o netas? In: *Diario La Ley*, Espanha, n. 7.569, 2011.

BONFIM, Edilson Mougén; BONFIM, Marcia Monassi Mougén. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011, p. 267-321.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos económicos*. Monografia, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006.

CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.

_____. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 145, trimestral, jan./mar. 2016, p. 207-221.

_____. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Revista Investigação Criminal*, Lisboa, n. 1, out. 2017, p. 46-65.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um Direito Penal não securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 113-123.

CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 7-54.

FILIPPETO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime económico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de B. Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1.315-1.363.

JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción: La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Madri: Dykinson, S. L., 2016.

MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n. 10, 2012, p. 293-317.

MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 201-213.

_____. O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 329-340.

_____. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016.

_____. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review*, Direito Penal, Lisboa, v. I, n. 3, nov. 2017, p. 127-156.

_____. Law enforcement & compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11-20.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada: Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. *Relatório de Direito Processual Penal do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

_____. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes: Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>>.

PICKARD, Daniel B. When does crime become a threat to international peace and security? *Florida Journal of International Law*, Florida, ano 1998, v. 12, n. 1, 1998, p. 1-22.

RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira: Viagem pelas Peculiaridades de um Regime de Perda em Expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à “actio in rem” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”. *Julgar Online*, 2009. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>>.

_____. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 105, jan./mar. 2006, p. 117-126.