

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio Rocha de Oliveira

CRIME E PROPRIEDADE: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL NO
PATRIMÔNIO DO APENADO
Uma análise da constitucionalidade do confisco alargado de bens

Belo Horizonte
2025

Fábio Rocha de Oliveira

**CRIME E PROPRIEDADE: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL NO
PATRIMÔNIO DO APENADO**

Uma análise da constitucionalidade do confisco alargado de bens

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luis Augusto Sanzo Brodt

Belo Horizonte

2025

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

O48c Oliveira, Fábio Rocha de
Crime e propriedade [manuscrito]: os limites da intervenção penal no patrimônio do apenado: uma análise da constitucionalidade do confisco alargado de bens / Fábio Rocha de Oliveira. - 2025.
252 f.

Orientador: Luis Augusto Sanzo Brodt.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 242-252.

1. Direito penal - Teses. 2. Crime - Teses. 3. Propriedade - Teses. 4. Direitos fundamentais - Teses. 5. Controle de constitucionalidade - Teses. I. Brodt, Luis Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.27



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO FÁBIO ROCHA DE OLIVEIRA

Realizou-se, no dia 25 de abril de 2025, às 14:00 horas, na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *Crime e propriedade: os limites da intervenção penal no patrimônio do apenado - Uma análise da constitucionalidade do confisco alargado de bens*, apresentada por FÁBIO ROCHA DE OLIVEIRA, número de registro 2021654936, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt - Orientador (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG), Prof(a). Hermes Vilchez Guerrero (UFMG), Prof(a). Gustavo Silva (Escola IAMG), Prof(a). Henrique Abi-Ackel (Faculdade Milton Campos).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2025.


Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Doutor) Nota:


Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor) Nota:


Prof(a). Hermes Vilchez Guerrero (Doutor) Nota:


Prof(a). Gustavo Silva (Doutor) Nota:


Prof(a). Henrique Abi-Ackel (Doutor) Nota:

À professora Sheila Jorge Selim de Sales,
pela marca indelével que deixou no Direito
Penal, na minha formação acadêmica e
neste trabalho

“Do rio que tudo arrasta se diz que é violento. Mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem” (Bertolt Brecht)

RESUMO

Este trabalho resulta da pesquisa realizada que teve por objeto de estudo o instituto jurídico do confisco alargado de bens, uma nova hipótese de perdimento patrimonial do apenado, que foi prevista como efeito da condenação pela inserção, pela Lei nº 13.964/2019, do art. 91-A no Código Penal, possibilitando a perda de bens do condenado que não sejam compatíveis com sua renda lícita. A nova norma penal, portanto, se insere no campo de análise dos limites da intervenção do poder punitivo estatal no patrimônio do réu e, por representar uma restrição ao direito de propriedade, traz para a discussão a hermenêutica dos direitos fundamentais. O dispositivo legal enfocado neste trabalho suscitou acalorado debate sobre sua constitucionalidade, diante do vislumbre de uma possível violação de princípios constitucionais, o que remete o exame para o âmbito do controle de constitucionalidade das leis penais. Sob tal enfoque, avaliou-se que as correntes doutrinárias prevalentes, em suas soluções dicotômicas entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do instituto do confisco alargado de bens, não fornecem resposta adequada ao problema, na pretensão de equacionamento dos fins vantajosos da medida ablativa, consistentes do asfixiamento econômico da criminalidade organizada, com os meios de alcance de tal escopo, os quais não podem implicar a violação de direitos e garantias fundamentais do apenado. A partir disso, após o uso de uma metodologia dogmática, histórica e comparativa, concluiu-se que a técnica de controle constitucional da interpretação conforme a Constituição possibilita a preservação da eficácia do novel instituto, com o resguardo da principiologia constitucional penal. Por meio de uma interpretação restritiva da norma, notadamente sobre os crimes que surtiriam sua incidência e sobre o patrimônio que seria afetável, alcançou-se o resultado da diferenciação da possibilidade de confisco de bens conforme cada grupo de casos enfocado na pesquisa, com o destaque para a impossibilidade de perda alargada de bens em crimes sem conotação lucrativa, sua possibilidade para condenados envolvidos em organizações criminosas e milícias e, por fim, fixou-se um standard probatório para que o confisco seja aplicável nos demais delitos com cunho econômico. Portanto, buscou-se sedimentar uma interpretação restritiva que torne o art. 91-A do Código Penal consentâneo com a tutela dos direitos fundamentais do apenado.

Palavras-chave: confisco alargado de bens; efeito da condenação; patrimônio do apenado; controle de constitucionalidade; interpretação conforme a Constituição; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work is the result of research carried out that had as its object of study the legal institute of extended confiscation of assets, a new hypothesis of loss of assets of the convicted person, which was provided for as an effect of the conviction by the insertion, by Law No. 13,964/2019, of art. 91-A in the Penal Code, allowing the loss of assets of the convicted person that are not compatible with his/her lawful income. The new criminal norm, therefore, falls within the field of analysis of the limits of the intervention of the state's punitive power in the defendant's assets and, because it represents a restriction on the right to property, brings to the discussion the hermeneutics of fundamental rights. The legal provision focused on in this work has given rise to heated debate about its constitutionality, given the prospect of a possible violation of constitutional principles, which refers the examination to the scope of the constitutionality control of criminal laws. From this perspective, it was assessed that the prevailing doctrinal currents, in their dichotomous solutions between the constitutionality and unconstitutionality of the institute of extended confiscation of assets, do not provide an adequate response to the problem, in the attempt to equate the advantageous ends of the ablative measure, consisting of the economic asphyxiation of organized crime, with the means of achieving such scope, which cannot imply the violation of fundamental rights and guarantees of the convicted person. From this, after using a dogmatic, historical and comparative methodology, it was concluded that the technique of constitutional control of interpretation according to the Constitution allows the preservation of the effectiveness of the new institute, while safeguarding the principles of constitutional criminal law. Through a restrictive interpretation of the rule, notably regarding the crimes that would give rise to its incidence and the assets that would be affected, the result of differentiating the possibility of confiscating assets according to each group of cases focused on in the research was achieved, with emphasis on the impossibility of extensive confiscation of assets in crimes without a profit connotation, its possibility for convicts involved in criminal organizations and militias and, finally, an evidentiary standard was established so that confiscation is applicable to other crimes with an economic nature. Therefore, the aim was to establish a restrictive interpretation that makes art. 91-A of the Penal Code consistent with the protection of the fundamental rights of the convicted person.

Keywords: extended confiscation of assets; effect of conviction; convict's assets; constitutionality control; interpretation in accordance with the Constitution; fundamental rights.

RESUMEN

Este trabajo es resultado de una investigación realizada que tuvo como objeto de estudio el instituto jurídico del decomiso ampliado de bienes, una nueva hipótesis de pérdida de propiedad del condenado, que fue prevista como efecto de la condena por la inserción, por la Ley n° 13.964/2019, del art. 91-A del Código Penal, que habilita la pérdida de los bienes del condenado que no sean compatibles con sus ingresos legales. El nuevo derecho penal, por tanto, se inscribe en el campo del análisis de los límites de la intervención del poder punitivo estatal en el patrimonio del imputado y, al representar una restricción al derecho de propiedad, trae a discusión la hermenéutica de los derechos fundamentales. La disposición jurídica abordada en este trabajo desató un acalorado debate sobre su constitucionalidad, ante el vislumbre de una posible violación de principios constitucionales, lo que remite el examen al alcance del control de constitucionalidad de las normas penales. Bajo este enfoque, se valoró que las corrientes doctrinales imperantes, en sus soluciones dicotómicas entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad del instituto de decomiso ampliado de bienes, no dan una respuesta adecuada al problema, en el intento de equiparar los fines ventajosos de la medida ablativa, consistente en la asfixia económica del crimen organizado, con los medios para alcanzar tal alcance, que no pueden implicar la violación de los derechos y garantías fundamentales del condenado. De ello, luego de utilizar una metodología dogmática, histórica y comparada, se concluyó que la técnica del control constitucional de interpretación conforme a la Constitución permite preservar la eficacia del nuevo instituto, con la protección de los principios constitucionales penales. A través de una interpretación restrictiva de la norma, notablemente sobre los delitos que tendrían su incidencia y sobre los bienes que serían afectados, se logró diferenciar la posibilidad de decomiso de bienes según cada grupo de casos enfocados en la investigación, con énfasis en la imposibilidad de pérdida generalizada de bienes en delitos sin connotación lucrativa, su posibilidad para condenados vinculados a organizaciones criminales y milicias y, finalmente, se estableció un estándar de prueba para que el decomiso sea aplicable a otros delitos con carácter económico. naturaleza. Por ello, se ha buscado establecer una interpretación restrictiva que haga del art. 91-A del Código Penal, consistente con la protección de los derechos fundamentales del condenado.

Palabras-clave: decomiso ampliado de activos; efecto de la condena; bienes del condenado; control de constitucionalidad; interpretación conforme a la Constitución; derechos fundamentales.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1 Tema objeto da pesquisa	10
1.2 A patrimonialização da pena	21
1.3 Estudo de casos hipotéticos	32
1.4 Considerações metodológicas	34
2. DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS E DE INSTITUTOS JURIDICOS	37
2.1 Confisco, perda e perdimento	37
2.2 Confisco em outros ramos jurídicos	39
2.3 Confisco no Direito Penal	44
2.4 Conclusões parciais	49
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONFISCO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO..	51
3.1 Tratamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais	51
3.2 Conclusões parciais	64
4. NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO ALARGADO DE BENS	69
4.1 Confisco como pena	69
4.2 Confisco como efeito da condenação	71
4.3 Confisco como medida de segurança	73
4.4 Confisco como sanção civil	80
4.5 Conclusões parciais	85
5. CORRENTES DE CONSTITUCIONALIDADE	92
5.1 Inconstitucionalidade	93
5.2 Constitucionalidade	99
5.3 Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto	106
5.4 Interpretação conforme a Constituição	112
5.4.1 Cabimento da técnica de controle constitucional	112
5.4.2 Interpretação conforme a Constituição de leis penais	118
5.4.3 Interpretação conforme a Constituição de leis penais pelo STF...	129
5.5 Conclusões parciais	151
6. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL	154
6.1 Hermenêutica dos direitos fundamentais	155
6.1.1 Regras interpretativas próprias	156

6.1.2 Requisitos especiais para restrição de direitos fundamentais.....	159
6.1.3 Núcleo intangível dos direitos fundamentais	163
6.2. Aplicabilidade dos princípios constitucionais penais	164
6.3. Interpretação restritiva quanto ao crime cometido	169
6.3.1 Condenado por crime sem cunho econômico	174
6.3.2 Condenado por organização criminosa ou milícia	177
6.3.3 Condenado por crime de finalidade lucrativa	188
6.4 Interpretação restritiva quanto ao patrimônio afetável	213
6.4.1 Delimitação material	214
6.4.2 Contingenciamento temporal	223
6.5 Conclusões parciais	229
7. RESOLUÇÃO DOS CASOS HIPOTÉTICOS	232
8. CONCLUSÕES FINAIS	236
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	242

1. INTRODUÇÃO

1.1 Tema objeto da pesquisa

O tema do confisco de bens no Direito Penal brasileiro ganhou novos contornos após o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, oriunda da proposta do “pacote anticrime”, trazendo uma modalidade de perdimento patrimonial amplo do apenado como uma inédita espécie de efeito da condenação criminal (art. 91-A do Código Penal)¹, já nominado por diversos autores como “confisco alargado”. Tal medida despertou imediato conflito veemente entre correntes doutrinárias opostas, ora defendendo a constitucionalidade da medida (como meio eficaz de combate ao crime organizado), ora sustentando a inconstitucionalidade do novel dispositivo legal (por ofensa a diversos princípios constitucionais penais).²

Para exemplificar tal confronto de entendimentos, basta expor que Rogério Sanches Cunha e Alexandre Morais da Rosa suscitam a validade do confisco alargado de bens, enquanto Denise Hammerschmidt, Walter Barbosa Bittar e Cezar Roberto

¹ Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

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

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

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

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

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

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

² Ressalte-se que já foi inclusive ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade (autuada sob o nº 6304) pela Associação Brasileira de Advogados Criminalistas - ABRACRIM em face do art. 91-A do Código Penal, distribuída à Relatoria do Ministro Luiz Fux.

Bitencourt invocam a sua invalidade. Vejamos o pensamento exposto por Alexandre Morais da Rosa:

Pune-se o estratagema para exclusão de patrimônio, não se podendo falar em violação do devido processo legal por inversão do ônus/carga probatória, já que efeito da condenação e também utilizado em diversos países na linha das convenções internacionais. O Brasil não pode ser o paraíso da lavagem de dinheiro, ao mesmo tempo em que não se pode inventar tipos penais cada vez mais abertos, como bem criticou Chiavelli Fazenda Falavigno (A deslegalização do direito penal). A perda alargada é um avanço desde que atendido o devido processo legal. [...] O processo penal precisa se atualizar no Brasil em diversos flancos e será preciso ter coragem para superar alguns preconceitos, especialmente de que qualquer recrudescimento é de largada ruim. Até porque o pacote "anticrime" não inventou nada. Apenas trouxe institutos estrangeiros para o Brasil e buscou, em boa parte, reformar as decisões do Supremo Tribunal Federal que desagradam os inquilinos do poder, nessa parte, inconstitucionais desde sempre.³

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, apresenta crítica ao dispositivo do art. 91-A inserido no Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, reputando-o inconstitucional:

Neste dispositivo legal, o legislador brasileiro, com a Lei n. 13.964, mais uma vez, adota, disfarçadamente, o inconstitucional "confisco de bens e valores" travestido, nesta hipótese, como se fora efeito da condenação, da 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.⁴

A possibilidade de decretação da ablação de bens pelo apenado, como consequência de uma condenação criminal, remete ao exame da correlação cabível entre crime e propriedade, bem como dos limites jurídicos dessa afetação. Quanto a tais limites, pode-se observar que, historicamente, o confisco de bens do condenado passou de espécie de pena vedada em nosso ordenamento (equiparável à pena de morte e de prisão perpétua) a uma sanção circunscrita a hipóteses específicas, até atualmente atingir o patamar legal de mero efeito da condenação (aplicável em um número infindável de crimes).

Basta visualizar que já a primeira carta constitucional brasileira, ainda sob a égide do império em 1824, vedava explicitamente o confisco de bens daquele que

³ ROSA, Alexandre Morais da. Entender a perda alargada trazida pelo pacote "anticrime". Revista Consultor Jurídico, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 05.08.2020.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 2055-2060.

perpetrasse uma infração penal, inclusive prevendo norma explicativa da necessidade de tal proibição, em razão da intranscendência e pessoalidade da pena.⁵ A vedação do confisco como decorrência da prática de um delito foi repetida nas constituições republicanas de 1934 (art. 113, XXIX), 1946 (art. 141 §31) e de 1967 (emendada em 1969) (art. 150 §11), sempre situando o confisco na mesma categoria das penas de morte e de prisão perpétua.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, malgrado não tenha repetido tal vedação, trouxe vários importantes princípios relacionados à imposição de pena como consequência do cometimento de crime, além de impor o confisco de bens e terrenos aos casos de tráfico de drogas e trabalho escravo.⁶

Por sua vez, no âmbito da legislação penal, nosso Código Penal, após a reforma de sua parte geral em 1984, previa apenas a perda do produto do crime (art. 91, II, b); em 1998 inseriu a possibilidade de perda de bens como sanção alternativa substitutiva da privação de liberdade, limitando a mesma ao montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente (art. 45, §3º); em 2012 trouxe a possibilidade do “confisco por equiparação”, com a perda de bens ou valores correspondentes ao produto do crime não encontrado (art. 91, §§1º e 2º); por fim, agora em 2019 criou o “confisco alargado”, prevendo uma hipótese extremamente ampla de afetação do patrimônio do apenado (art. 91-A).

Não se pode perder de vista que, paralelamente a isto, o Brasil é signatário de três importantes convenções internacionais – Convenção de Viena de 1988, Convenção de Palermo de 2000 e Convenção de Mérida de 2003 – nas quais se comprometeu a punir de forma mais vigorosa o tráfico de drogas, a corrupção e o crime organizado, inclusive sob o aspecto econômico, sendo que tais documentos internacionais trazem relevantes regramentos sobre a possibilidade de confisco de bens.

⁵ Constituição Federal 1824, art. 179, XX: “**Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do reo se transmittirá aos parentes em qualquer grao, que seja.**” (sem grifos no original).

⁶ Acresça-se a isto que a Constituição Federal de 1988 pontuou que o Estado não pode sequer utilizar o aparelhamento tributário para expropriar o cidadão, prevendo o princípio do não-confisco, merecendo ser apreciado, diante da unicidade do Direito, se tal restrição imposta ao Poder Público poderia ser correlacionada ao poder punitivo estatal.

Assim, há um relevante contexto histórico e um considerável arcabouço normativo – internacional e nacional, constitucional e infraconstitucional – para se delimitar a juridicidade desse novo efeito da condenação. A importância desse exame aprofundado sobre o chamado “confisco alargado” – não apenas para a imprescindível fixação de suas bases teórico-dogmáticas, mas igualmente em função do plano pragmático dos inumeráveis casos concretos atingíveis – acentua-se pela intrincada redação do dispositivo legal do art. 91-A do Código Penal.

A norma sob enfoque possibilita que o condenado perca em tese praticamente todo o seu patrimônio ou grande parte dele – exceto quanto aos seus bens adquiridos de forma lícita, cuja prova da licitude incumbiria ao próprio apenado – trazendo ainda um conceito bastante amplo de patrimônio, sem restrição de sua aplicação a bens relacionados ao delito imputado e mesmo sem delimitar sua incidência a infrações penais especificadas⁷ ou relacionadas a ganhos econômicos.⁸ A norma também não traz limites temporais para sua incidência, assim como não define um *standard* probatório para a decretação do confisco.

Nesse ponto, percebe-se que o art. 91-A do Código Penal institui um amplo mecanismo constritivo de bens do apenado, mas o faz de forma imprecisa, com notáveis lacunas e com marcada indeterminabilidade. A defectível técnica redacional do dispositivo abre espaço ao arbítrio judicial, com a possibilidade de intervenções indefinidas e não racionais no patrimônio jurídico do indivíduo, o qual fica à mercê de

⁷ Observe-se que, na redação do anteprojeto de lei proposto por iniciativa do Ministério Público Federal, tal confisco alargado incidiria apenas em crimes específicos – o que não prevaleceu na redação final promulgada – quais sejam: tráfico de drogas; comércio ilegal ou tráfico internacional de armas; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores definidos no art. 1º do Decreto-lei 201/1967; peculato doloso; inserção de dados falsos em sistema de informação; 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; prática organizada dos crimes de contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fins de prostituição, moeda falsa. (*vide* SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. Boletim IBCCrim. Boletim 277, Dezembro de 2015).

⁸ A dicção legal permite, em tese, por exemplo: a) que alguém condenado por homicídio ou estupro (delitos sem qualquer vínculo econômico) tenha seu patrimônio perdido pela condenação; b) que alguém condenado por caso concreto de menor censurabilidade, recebendo sanção em regime aberto e com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas (como seria cabível no furto qualificado, receptação qualificada ou “tráfico privilegiado”, entre outros), perca seu patrimônio; c) que alguém que labore na informalidade ou não possua renda formal lícita veja-se impossibilitado de impedir o perdimento de todos os seus bens; d) que a perda patrimonial determinada na sentença condenatória prejudique diretamente os familiares economicamente dependentes do condenado.

um poder punitivo que se expande de forma ilimitada e que se impõe sobre suas propriedades.

Como explica Luigi Ferrajoli:

Esta taxa de irracionalidade e de ilegitimidade é, evidentemente, variável, pois depende do grau de insegurança jurídica gerado pela indeterminabilidade semântica da linguagem penal, ou do grau de ineficácia das garantias no funcionamento concreto dos distintos ordenamentos e de suas instituições específicas.⁹

Disto resulta a necessidade de um estudo sobre o instituto do confisco alargado de bens que lhe confira balizas dogmáticas mais precisas e limites definidos por um sistema de garantias, para que sua aplicação seja dotada de racionalidade e previsibilidade ao acusado, mitigando seu uso arbitrário no âmbito da persecução penal. Busca-se, assim, conferir à incidência do confisco alargado *“(...) o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”*.¹⁰

Por tal razão, o art. 91-A do Código Penal deve ser examinado sob o prisma desse sistema de garantias, as quais definem e limitam os contornos dogmáticos do confisco alargado, para a redução do grau de incerteza decorrente da atecnia legislativa do instituto e, conseqüentemente, a minimização da arbitrariedade judicial em sua aplicação. São as premissas epistemológicas trazidas nas palavras de Ferrajoli:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis (...).¹¹

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹¹ *Ibidem*, p. 83-84.

Nesse sentido, ensina Luis Augusto Sanzo Brodt que “o direito penal no Brasil, onde a Constituição tem a natureza de pacto social e todos os poderes constituídos estão cingidos à garantia e ao respeito dos direitos fundamentais, tem obrigatoriamente de atender aos postulados do minimalismo”.¹²

Portanto, diante da controvérsia acerca do confisco de bens como efeito da condenação, em face da polêmica modalidade incorporada em 2019 à legislação penal brasileira, a qual já desperta embates dos estudiosos, impõe-se o aprofundamento do estudo sobre o tema, o que se propõe neste trabalho.

Nesse sentido, a magnitude dos efeitos da incorporação do confisco alargado no Direito Penal brasileiro é claramente perceptível no fundado vislumbre de alguns autores no sentido de que tal instituto representa a inauguração de uma “terceira via” do Direito Penal contemporâneo¹³, em que este passa a assumir para o Estado uma explícita função fiscal-arrecadatória, como, de resto, observa-se em grande parte do mundo ocidental, consoante se extrai do direito comparado.

Essa nova feição trazida ao Direito Penal pelo confisco alargado – de um poder punitivo que se convola em poder arrecadador – parte de um pressuposto implícito de incapacidade dos órgãos incumbidos da persecução penal, em especial da polícia judiciária e do Ministério Público, de atingirem o patrimônio de grandes organizações criminosas, notadamente aquelas voltadas à prática da corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e outras congêneres.¹⁴ Assim, o legislador institui um mecanismo de facilitação, para a parte acusatória, de seu múnus de comprovar a proveniência ilícita dos bens dos apenados, por meio de uma presunção de ilicitude que autoriza sua ablação patrimonial.

¹² BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 40-41.

¹³ TEIXEIRA, Adriano (org.). *Perdas das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

¹⁴ É necessário registrar, nesse ponto, que é passível de ponderada crítica o argumento discursivo, para a legitimação da instituição do confisco alargado de bens, de que haveria, de fato, tal incapacidade dos órgãos da persecução penal para o atingimento eficaz do patrimônio criminoso das organizações criminosas. Isto porque tais órgãos são dotados de substancial aparato pessoal, técnico e normativo para tal escopo. A praxe forense demonstra que, não raras vezes, tais órgãos seletivamente elegem os casos em que se valem desse aparato e, com isso, alcançam a comprovação da ilicitude patrimonial que a facilitação do confisco alargado almeja dispensar.

Com isso, o jargão popular de que “o crime não compensa” – invocado explicitamente nas discussões legislativas do projeto de lei que originou o confisco alargado – foi elevado ao dever-ser jurídico de que “o crime não pode compensar”. Nesse ponto, quando o confisco alargado consistia apenas em uma proposta legislativa ainda pendente de votação pelo Congresso Nacional, Juarez Cirino dos Santos realizou importante análise acerca do discurso punitivista de sua legitimação:

As propostas legislativas do Ministério Público Federal apresentam, do ponto de vista político-criminal, uma concepção conservadora e autoritária do Sistema de Justiça Criminal. A ideologia neoliberal e a lógica de mercado que informam as propostas destacam a racionalidade de uma aparente modernização do sistema penal, mas escondem a realidade de uma radical burocratização e administrativização do poder punitivo do Estado capitalista, em prejuízo dos princípios políticos e dos direitos humanos garantidos pelo Estado Democrático de Direito. [...] Além disso – e neste caso somos compelidos a dizer – a cantilena de modernização e integração no combate internacional ao crime organizado oculta, por exemplo: (a) no âmbito interno, a Constituição brasileira garante a propriedade (art. 5.o, XXII), que só pode ser expropriada por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5.o, XXIV); (b) no plano internacional, a 5.a Emenda à Constituição americana exige o *due process of law* para privação da propriedade (da vida e da liberdade), sobre a base do contraditório e da ampla defesa, além da absoluta proibição de provas obtidas por meios ilícitos. A perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Mas a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*. Nessas condições, o anteprojeto introduz uma legalidade penal em conflito com a legitimidade jurídica da medida, em contradição com o princípio da presunção de inocência e seu corolário do *in dubio pro reo*, subvertendo a lógica da própria economia de mercado, segundo a qual se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado, especialmente por meio do Ministério Público. Num país caracterizado pela cultura e pelo mercado informal de trabalho, em que a propriedade de coisas móveis é transferida pela simples tradição, a inversão do ônus da prova do Estado para o condenado, além de contrariar princípios do processo civil e, em especial, do processo penal, pode criar dificuldades ou obstáculos intransponíveis para o cidadão, especialmente quando está em jogo ou está privado de um bem maior: a liberdade.¹⁵

Percebe-se assim que a instituição de tal mecanismo de expropriação patrimonial constitui um problema de fundo das próprias balizas do Direito Penal, o

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. Boletim IBCCrim. Boletim 277, Dezembro de 2015.

qual classicamente construiu suas bases principiológicas e seu arcabouço dogmático de garantias penais e processuais penais sobre a presunção de vulnerabilidade do indivíduo perante o Estado e seu poder punitivo.

Contudo, na configuração atual da criminalidade organizada, em que se vislumbra o oposto – ou seja, a incapacidade probatória do Estado em atingir de modo contundente e eficaz o crime organizado, na tentativa de desmantelá-lo – impõe-se uma releitura das balizas clássicas do Direito Penal.¹⁶ Se, por um lado, o Direito Penal contemporâneo não pode ignorar uma política criminal voltada à repreensão destas formas estruturadas de crimes organizados, por outro lado também não pode atropelar os princípios reitores das tutelas individuais e das garantias constitucionais fundamentais.

Bem sintetizou o mestre lusitano Pedro Caeiro ao ponderar que, não obstante a inequívoca importância político-criminal de novas ferramentas de recuperação de ativos em um Direito Penal civilizatório, seus limites devem ser bem delimitados, para que *“a robustez do sistema de confisco seja medida não só pela sua eficácia na recuperação dos ativos, mas também pela solidez teórica da construção e pela efetividade com que protege os direitos dos visados. Sem essa dimensão, a vertigem pode transformar a robustez em tirania”*.¹⁷

Portanto, o problema que esta pesquisa desafia consiste, precípuo e concisamente, em perquirir acerca da validade jurídica do atual confisco alargado incorporado recentemente à legislação penal brasileira. Assim, analisa-se se o novo efeito da condenação criminal previsto no art. 91-A do Código Penal seria ou não constitucional.

¹⁶ Como explica Henrique Abi-Ackel Torres, *“a globalização conduz o Direito Penal a demandas práticas, para questões de eficácia no combate à criminalidade. Além disso, compreende que a delinquência da globalização possui viés econômico, cujos delitos são diferentes do paradigma clássico. A verdade é que os novos riscos, introduzidos pela modernidade, contribuíram para uma verdadeira crise no sistema jurídico atual. Os sistemas penais individualmente considerados são incapazes de responder aos desafios da nova criminalidade. Assim, há necessidade de maior cooperação internacional e a criação de novos paradigmas para fazer frente a esses novos riscos.”* (TORRES, Henrique Abi-Ackel. Manual de Política Criminal. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024, p. 99).

¹⁷ CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspectiva de política criminal europeia, em: Ferreira, Maria Raquel Desterro/Cardoso, Elina Lopes/Correia, João Conde (coord.). O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/EU e da lei que a transpôs. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, p. 38.

O problema central acima exposto impele outros questionamentos a ele correlatos. Considerando o tratamento normativo do confisco como pena (art. 43, II, c/c art. 45, §3º, Código Penal)¹⁸ e como efeito da condenação (art. 91, II, b, Código Penal)¹⁹, questiona-se se o confisco alargado (art. 91-A, Código Penal) seria verdadeiramente uma pena acessória, um efeito da condenação, uma sanção meramente civil ou mesmo uma medida de segurança. Indaga-se se ele possuiria natureza jurídica civil e se atrairia a disciplina normativa da perda de propriedade e até mesmo a hipotética possibilidade de aplicação retroativa, como defendem autores ligados ao Ministério Público²⁰, ou se possuiria natureza jurídica fiscal, o que remeteria, em tese, ao princípio tributário do não-confisco.

Inexistindo comprovação específica da procedência ilícita dos bens que serão objeto do confisco alargado, questiona-se se haveria vulneração aos princípios da presunção de inocência, do direito adquirido e da proteção da propriedade enquanto direito fundamental individual. Indaga-se se o cometimento de um crime pelo apenado implica algum vício nos negócios jurídicos civis por ele realizados, ou o torna relativamente incapaz para tais negócios, diante da novel previsão legal de que a perda patrimonial pode atingir bens recebidos por ele posteriormente ao crime ou por ele doados a terceiros.

A presunção de cometimento de crime anterior por indivíduo condenado por delito com pena cominada superior a seis anos, em caso de incompatibilidade entre sua renda e seu patrimônio, estaria a restaurar uma ideia de culpabilidade que extrapola o fato punível, definindo-a como uma “decisão de condução de vida” que recai sobre a personalidade e o caráter do agente, como propugnou Edmund

¹⁸ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (...) II - perda de bens e valores; (...).

Art. 45, § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

¹⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²⁰ Nesse sentido: “É importante registrar que o ‘confisco alargado’ está alinhado com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório, razão pela qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade penal prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição.” (FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Confisco alargado. Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso em 05 ago 2020).

Mezger?²¹ Ainda sob tal aspecto, poderia a instituição do confisco alargado criar diferenciações do conceito de culpabilidade em relação a autores de crimes mais e menos graves? Isto porque, apenas para os crimes com pena máxima superior a seis anos, o cometimento do crime supostamente implicaria a consideração de uma culpabilidade como um traço de personalidade voltada ao cometimento de crimes, pois se presumiria que o patrimônio não compatível com o rendimento lícito foi obtido criminosamente.²²

Conforme se percebe, são vários os questionamentos cabíveis acerca da nova modalidade de perdimento de bens prevista no art. 91-A do Código Penal, os quais essa pesquisa se propõe a refletir e esboçar algumas possibilidades de respostas.

Em relação à questão central que o tema suscita, referente ao exame da constitucionalidade do confisco alargado de bens, a tese que aqui se apresenta escapa às conclusões dicotômicas (que prevalecem na doutrina nacional) de que o art. 91-A do Código Penal seria constitucional ou de que seria inconstitucional. A partir de interpretações diversas extraíveis do texto legal, conforme os grupos de casos em que o confisco seria em tese aplicável (*vide* capítulo 6, subtópico 6.3), a técnica de controle judicial da interpretação conforme a Constituição permite restringir o âmbito de incidência normativa, de modo a compatibilizar, na medida máxima possível, a finalidade útil do dispositivo (o escopo político-criminal do legislador) com a tutela dos direitos e garantias fundamentais do apenado.

Em outras palavras, a filtragem constitucional do texto legal possibilita a separação das hipóteses em que a incidência do confisco alargado seria inconstitucional, as hipóteses em que ela seria constitucional e aquelas em que a compatibilidade constitucional demandaria a inserção de elementos normativos que colmatem lacunas do dispositivo legal.

Nesse sentido, a tese implica a inserção de um elemento normativo no texto legal do art. 91-A do Código Penal, para concluir que é possível, em tese, o confisco de bens incongruentes (incompatíveis com a renda lícita) do indivíduo condenado por

²¹ AMBOS, Kai. De volta ao Direito Penal do autor nacional-socialista? Boletim do IBCrim nº 321. Agosto de 2019. Tradução de Pablo Alfien.

²² Tal possibilidade seria de tal forma desarrazoada que quem cometeu um furto simples não estaria sujeito a esta valoração, mas quem cometeu um furto qualificado estaria.

infração a que a lei comine pena superior a seis anos, desde que se trate de crime com finalidade lucrativa e, caso não seja organização criminosa ou milícia, a acusação também comprove a reiteração, profissionalismo criminal ou habitualidade delitiva do apenado.

Tal tese implica uma interpretação conforme a Constituição do art. 91-A, com a restrição da incidência do confisco alargado de bens, eliminando de plano duas interpretações do texto que afrontam a Carta Magna: a interpretação que admite o confisco em cometimento de crime não lucrativo e a interpretação que admite o confisco sem que a acusação precise comprovar a reiteração, profissionalismo criminal ou habitualidade delitiva do apenado que não integra organização criminosa ou milícia.

Tal raciocínio hermenêutico parte da premissa de que, não sendo admissível uma noção de culpabilidade como conduta de vida, o mero cometimento de crime de certa gravidade não basta à conclusão de origem ilícita do patrimônio. Assim, permanece a incumbência acusatória de comprovar o vínculo criminal dos bens confiscáveis, a partir da delimitação do *standard* probatório imponível à acusação e sobre o qual o juízo sentenciante deve alcançar uma conclusão de certeza, de modo que a dúvida remanescente sobre o alcance e a comprovação do referido *standard* sempre beneficiará o apenado, inviabilizando o confisco. Resguarda-se, assim, o *in dubio pro reo*.

Além disso, a interpretação conforme do dispositivo impede que o confisco recaia, independente da verificação da incongruência patrimonial: sobre bens necessários ao mínimo existencial do apenado; sobre bens adquiridos antes da inovação legal; sobre bens pertencentes a terceiros de boa fé; sobre bens que integram o patrimônio do apenado há mais de cinco anos; sobre bens impenhoráveis e bens que integram a meação do cônjuge; sobre bens cuja incongruência com a renda lícita não seja notória.

Estas são, em linhas gerais, as limitações principais ao confisco alargado a partir de uma interpretação restritiva do art. 91-A do Código Penal, para sua validação sem a ofensa aos direitos e garantias fundamentais do apenado previstas na Constituição Federal. Nos capítulos seguintes, buscar-se-á demonstrar a pertinência das bases dogmáticas de tal construção hermenêutica.

1.2. A patrimonialização da pena

Há longa data Rudolf von Ihering expôs que “a história da pena é a história de sua constante abolição”. Quanto à pena corporal, que incide sobre a liberdade de ir e vir do infrator, a frase assume feição premonitória. O que se percebe na evolução legislativa (acompanhada da doutrina e da praxe jurisprudencial) é um progressivo caminhar para a patrimonialização da pena.²³ E a ampliação do confisco de bens é mais um passo (e certamente não o último) nesta evolução.

Essa expansão progressiva da constrição patrimonial no âmbito penal é destacada por Adriano Teixeira e Felipe Gonçalves, os quais, em artigo publicado ainda em 2019, antes do advento do confisco alargado de bens, citaram algumas modificações legislativas nesse sentido:

(...) sob o mantra “o crime não compensa” (ou melhor: não deve compensar), os mecanismos de constrição patrimonial no processo penal têm se expandido na lei e, sobretudo, na prática. Alguns enxergam inaugurada uma “terceira via do direito penal”, em constante alargamento. (...) já de *lege lata*, é possível verificar essa expansão. Para além das especiais regulações no Decreto-Lei 3.240/1941 (art. 4º) e na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 7º, I, modificada pela Lei 12.683/2012), um dos exemplos dessa tendência foi a edição Lei 12.694/2012, que acrescentou dois parágrafos ao art. 91, do Código Penal.²⁴

A privação de liberdade, que teve (e ainda tem, por ora) seu inegável papel na história da humanização das penas, é progressivamente percebida como insatisfatória, seja em razão da percepção da baixa eficácia prática de sua função preventiva, seja em razão do grave problema prisional (e, conseqüentemente,

²³ O crescente apenamento patrimonial do infrator hoje representa uma maximização do poder punitivo estatal, pois a constrição sobre os bens do apenado, por força da sentença criminal, ainda se impõe de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade. Contudo, também se observa uma expansão gradativa da gravidade das infrações penais que admitem soluções alternativas e negociais que, atingindo via de regra o patrimônio do infrator, evitam a prisão. Isto permite a ilação da assunção de uma função primordial da resposta estatal patrimonial diante do crime cometido ou imputado.

²⁴ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Contrição patrimonial no direito penal brasileiro. Sentido e limites do 'confisco por equivalência' e do 'sequestro subsidiário'. 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/constricao-patrimonial-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 12.10.2024.

humanitário) que a lógica encarceradora incrementa. Ainda que o Direito Penal, sob o enfoque simbólico e punitivista, seja socialmente percebido como dependente da prisão para reafirmar sua necessidade, visto que, sob a ótica popular, não há resposta ao crime senão o encarceramento, tal não ocorre (ao menos de forma tão pacificada) no âmbito das ciências penais.²⁵ Sem a pretensão de adentrar o estudo das escolas criminológicas ou as diversas correntes político-criminais, parece certa a conclusão de que, enquanto mal necessário, a pena privativa de liberdade sobrevive enquanto se pensa uma alternativa a ela. E esse substituto caminha no sentido da ablação patrimonial.

Em uma sociedade capitalista, em que o consumo e a posse/propriedade de bens tem importância destacada na vida social e pessoal, a punição patrimonial pode se mostrar vantajosa, tanto em função do impacto que representa para o apenado (assumindo assim as finalidades repressivas e preventivas da pena) quanto em razão dos ganhos que traz para o Estado e para a vítima. Ainda que, nos modelos incriminatórios atuais, a sanção patrimonial assuma papel ainda secundário (por ser, via de regra, aplicada somente de forma cumulativa com a pena corporal), é vislumbrável que a afetação do patrimônio do infrator ganhe papel prioritário em um futuro talvez não distante. Essa é hodiernamente não mais do que uma conjectura, ou mesmo uma possibilidade programática, de *lege ferenda*. Nesse contexto vislumbrado, o apenamento patrimonial (no qual se insere o confisco alargado) poderá vir a assumir o papel central da resposta penal do Estado, inclusive como substitutivo da prisão, deixando de ser um acréscimo à pena corporal no sistema atual que privilegia a expansão do poder punitivo.

Analisando justamente um efeito (civil) patrimonial (extrapenal) da condenação (no caso, a reparação do dano à vítima, mas cujo raciocínio se aplicaria analogicamente ao confisco alargado de bens), tal vislumbre não passou despercebido por Luis Greco e Claus Roxin, os quais cogitam da centralidade da

²⁵ “É que a implementação de mecanismos penais acaba sendo muito mais barata do ponto de vista legislativo, e possui um efeito mais rápido na opinião pública, que não é especializada em matéria jurídica, provocando um sentimento de confiança no funcionamento do ordenamento jurídico, ainda que nem sempre se confirme a posteriori.” (TORRES, 2024, p. 101).

construção patrimonial como uma “terceira via” do Direito Penal,²⁶ a depender, obviamente, a iniciativa legislativa a esse respeito.

Não obstante percebam o uso ainda tímido da sanção patrimonial, Greco e Roxin observam que, reiteradamente, surgem novas propostas legislativas (referindo-se ao contexto alemão) para a elevação funcional da reparação dos danos no Direito Penal, destacando que os interesses da vítima – cujo papel ascende nas ciências penais modernas – são mais bem atendidos pela reparação dos danos do que pela custódia corporal do infrator. Os autores, valendo-se inclusive de análise empírica, ressaltam que, em delitos de pequena ou média gravidade, a reparação dos danos dispensaria punição adicional, enquanto, mesmo para crimes graves, poderia ela atuar para suspender a pena privativa de liberdade, reduzi-la sensivelmente ou mesmo autorizar a concessão do perdão judicial.

Eis a síntese do pensamento de Greco e Roxin sobre o ponto:

A reparação é, segundo a concepção que aqui se defende, não mais uma questão puramente civil, senão que contribui de forma relevante também para a realização das finalidades da pena. Ela possui efeito ressocializador, pois força o autor a se confrontar com as consequências de seu crime e a reconhecer os legítimos interesses da vítima. Ela pode ser por ele percebida - mais frequentemente que a pena - como necessária e justa e, assim, estimular um reconhecimento das normas. Finalmente, a reparação pode conduzir a uma reconciliação entre autor e vítima e, com isso, facilitar de maneira relevante a reintegração do infrator. Além disso, a reparação é muito útil à prevenção-integração, ao contribuir para a restauração da paz jurídica. Isso porque, apenas quando o dano é reparado, é que a vítima e a coletividade – muitas vezes independentemente até de uma punição – verão como eliminada a perturbação social causada pelo delito.²⁷

Ademais, Greco e Roxin afirmam que a culpabilidade do infrator pode ser “compensada” não só por meio do sofrimento de um “mal punitivo”, mas também mediante “esforços positivos”, de modo que a reparação dos danos poderia substituir (ou, ao menos, reduzir) a prisão; contudo, advertem que *“tudo isso é mais programa do que realidade: somente será possível falar de um Direito Penal de três vias (em*

²⁶ A primeira via do Direito Penal seria a imposição da pena privativa de liberdade e a segunda via seria a incidência das medidas de segurança.

²⁷ ROXIN, 2024, p. 252-254.

vez de duas, como hoje), quando o legislador levar em consideração a reparação de uma forma completamente diferente do que até então faz”.

O confisco de bens se insere nesta mesma perspectiva, de uma forma até mais ampla e eficaz que a mera reparação dos danos. Isto porque esta interessa somente a vítima e, portanto, tem sua relevância limitada, em certa medida, a crimes que atingem bens jurídicos individuais. Já o confisco de bens do apenado (não apenas o confisco alargado) serve à recomposição patrimonial do ofendido individualmente vitimado, assim como à recuperação de ativos que interessam ao Estado como um todo, como, por exemplo, na satisfação de danos causados em delitos que atingem bens jurídicos coletivos.

No panorama brasileiro, percebe-se um sutil, porém progressivo, avanço para a “patrimonialização da pena” (como resposta estatal ao crime). Tal se dá por diferentes vertentes: I) expansão das hipóteses de confisco de bens; II) majoração das penas de multa (tanto nos preceitos secundários dos tipos penais, quanto pelo critério de cálculo dos dias-multa) e das hipóteses indenizatórias; III) expansão das hipóteses de evitação da sentença (com o que se evita também a pena privativa de liberdade que seria nela eventualmente imposta) por meio de soluções alternativas e negociais de lides penais.

A primeira vertente será exposta no capítulo referente às distinções das espécies de confisco penal existentes no Brasil (capítulo 2): o confisco de bens, que se restringia classicamente aos instrumentos do crime e ao produto ou proveito da infração cometida, passou a atingir também bens por equiparação e agora avançou para bens incongruentes com a renda lícita do apenado.

A segunda vertente – valorização da pena de multa e da indenização – passa pela atuação legislativa e jurisprudencial. Em numerosos tipos penais, o legislador abandonou a fórmula tradicional anterior, de cominação cumulativa da multa sem sua quantificação (ou seja, fixava-se, via de regra, a pena de reclusão ou detenção “e multa”, o que remete à regra do art. 49, *caput*, do Código Penal²⁸ e,

²⁸ Art. 49, *caput*. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

consequentemente, a um *quantum* mínimo de apenas 10 dias-multa), para a especificação de parâmetros individualizados (e maiores) para cada delito.²⁹

Para os crimes que ainda mantem a previsão de multa cumulativa não especificamente quantificada, a elevação da multa deu-se pela progressiva mudança de seu critério jurisprudencial de cálculo, conforme os atuais precedentes dos tribunais superiores³⁰, com a crescente utilização do parâmetro de adoção de fração calculada sobre o intervalo entre as sanções mínima e máxima cominadas, especialmente na estipulação da pena-base.³¹

Também a fixação de reparação patrimonial a título de indenização ganha importância crescente no âmbito penal e processual penal. A condenação criminal já constituía título executivo judicial, a ser liquidado na seara cível, inclusive quanto à indenização do dano provocado pelo crime (art. 91, I, do Código Penal, c/c art. 515, VI, do Código de Processo Civil)³².

Em 2008, a Lei nº 11.719 trouxe para o juízo sentenciante a obrigação de fixar *“valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”*, com o acréscimo do inciso IV ao art. 387 do Código de Processo Penal³³, antecipando na própria sentença penal condenatória a quantificação da indenização (mínima) devida pelo apenado à vítima. A inovação

²⁹ Melhor exemplo é a tipificação da Lei de Drogas de 2006, que previu multa, em caso de tráfico de entorpecentes, v.g., de 500 a 1.500 dias-multa.

³⁰ Na uniformização da interpretação da legislação federal, o STJ reitera a validade da adoção do critério de elevação da pena-base em 1/8 (por serem 8 as circunstâncias judiciais) para cada circunstância desfavorável ao acusado, a incidir sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima. Com isso, em crimes apenados também com multa, cada vetor do art. 59 do Código Penal implica, via de regra, um aumento de 43 dias-multa na pena-base. *Vide* AgRg no HC 846549 / PB (Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - Órgão Julgador QUINTA TURMA - Data do Julgamento 09/09/2024 - Data da Publicação/Fonte DJe 11/09/2024); AgRg no HC 798324 / PE (Relator Ministro TEODORO SILVA SANTOS - Órgão Julgador SEXTA TURMA - Data do Julgamento 04/03/2024 - Data da Publicação/Fonte DJe 07/03/2024).

³¹ Em outras palavras, a multa, que antes era elevada em fração correspondente às circunstâncias judiciais negativas do art. 59 do Código Penal, incidente sobre a pena mínima (ou seja, sobre 10 dias-multa), cada vez mais leva em conta o intervalo cominatório, ou seja, tal fração agora incide sobre 350 dias-multa, o que, na prática, redundava em multas sensivelmente maiores ao apenado.

³² Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...).

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; (...).

³³ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (...).

legal, inicialmente concebida para a reparação dos prejuízos materiais mínimos e imediatos causados pelo crime, postulados pela acusação e comprovados mediante contraditório, passou a ser concebida também para englobar os danos morais sofridos pela vítima, ainda no âmbito da tutela dos bens jurídicos individuais.³⁴ Atualmente, cresce a admissibilidade da fixação também de danos morais coletivos, na sentença penal condenatória, no caso de crimes que violem bens jurídicos transindividuais.³⁵

Por fim, a vertente que melhor demonstra o potencial substitutivo da ablação patrimonial como solução da lide penal, evitando-se a final privação de liberdade, é a progressiva expansão das hipóteses despenalizadoras e descarcerizadoras, inclusive com o fortalecimento da chamada Justiça Penal Negocial.

A Constituição Federal de 1988 já previu a possibilidade de solução transacional de lides penais para infrações de pequeno potencial ofensivo, incumbidas aos juizados especiais (art. 98, I)³⁶. Assim, em 1995 foi promulgada a Lei nº 9.099, dispondo sobre a possibilidade de composição civil dos danos (entre acusado e vítima) e de transação penal (entre acusador e acusado) para os delitos de pequeno potencial ofensivo. Portanto, para infrações penais com sanção máxima cominada de até dois anos (art. 61)³⁷, busca-se a evitação do processamento e da final privação de liberdade, seja pela reparação dos danos do ofensor à vítima, seja pela imposição de restrições de direitos (mormente patrimoniais) do Ministério Público ao acusado (arts. 72 a 76)³⁸. Mas tal lei foi além, prevendo, para delitos de pena mínima cominada de

³⁴ A esse respeito, o STJ fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo nº 983: *“Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.”*

³⁵ Afirma o STJ que o dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, “se configurará se houver grave ofensa à moralidade pública, objetivamente considerada, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da tolerabilidade” (AgRg no REsp 2055996 / MG – Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Órgão Julgador SEXTA TURMA - Data do Julgamento 20/05/2024 - Data da Publicação/Fonte DJe 22/05/2024).

³⁶ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...).

³⁷ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

³⁸ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre

até um ano, a suspensão do processo, mediante condições, entre as quais se inclui a reparação dos danos causados, nos termos de seu art. 89, *caput* e §1º, I)³⁹.

Posteriormente, em 1998, a Lei nº 9.714 expandiu as hipóteses de afastamento da resposta corporal do Estado sobre o apenado diante do crime por ele perpetrado. Deste modo, para delitos culposos e dolosos não violentos, desde que a pena definida na sentença não ultrapasse quatro anos, passou a ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas, se preenchidos os demais requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.⁴⁰ Assim, ampliou-se a possibilidade do ofensor, inclusive por meio de medidas patrimoniais (como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores), não ser encarcerado.

Por fim, mais um significativo passo na direção da não imposição final de uma pena privativa de liberdade – evitando a própria ação penal – foi a criação, em 2019, do acordo de não persecução penal, pela inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964 (mesma lei que criou também o confisco alargado de bens).⁴¹

a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. (...)

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (...)

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...)

³⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (...).

⁴⁰ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁴¹ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a

Para crimes com pena mínima cominada inferior a quatro anos, o investigado não reincidente pode realizar um acordo com o Ministério Público, se presentes os demais requisitos previstos na lei, deixando de se submeter à persecução penal, desde que cumpra as condições fixadas pelo *Parquet* (quase todas de índole patrimonial: reparação do dano, renúncia a bens e direitos e pagamento de prestação pecuniária, entre outras).

As vertentes acima expostas esboçam um caminhar da política criminal brasileira recente para a patrimonialização da resposta do Estado diante de um crime, seja como incremento do poder punitivo estatal (majoração das multas, ampliação dos danos abarcados pelas indenizações, expansão dos bens confiscáveis), seja no sentido oposto de afastamento da ação penal e/ou da pena corporal em prol de soluções alternativas (antes somente para penas máximas de dois anos, consoante Lei nº 9.099, passando a atingir penas aplicadas inferiores a quatro anos, nos termos da Lei nº 9.714, e agora até mesmo para penas mínimas que não ultrapassem quatro anos, conforme Lei nº 13.964).

Neste contexto, uma ponderação sobre o confisco alargado de bens se mostra necessária. Quaisquer novos incrementos penais, que representem uma expansão do poder punitivo, são de plano qualificados como indesejáveis, por expressarem um caminhar em sentido oposto a um direito penal minimalista.⁴² Tais incrementos, portanto, devem ser analisados com cautela redobrada, pois são conhecidos das ciências penais os danos (potenciais e reais) causados por um ideário punitivista e simbólico, em maximização da opressão sobre a liberdade (e, agora, cada vez mais, também sobre a propriedade) das pessoas (seletivamente selecionadas pelos mecanismos da persecução penal).

entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

⁴² Nesse ponto, Luis Augusto Brodt enfatiza que “nosso futuro, porém, não há de estar determinado por um sentimento de frustração colhido em alguns momentos de nossa experiência histórica, mas pelo esforço que fizermos, no presente, visando moldar os institutos penais segundo os parâmetros fixados na Constituição.” (BRODT, 2005, p. 39).

Sob tal perspectiva, uma consideração de total inconstitucionalidade do confisco alargado de bens melhor atenderia, em tese e *a priori*, à mitigação da expansão punitiva do Estado penal e eliminaria quaisquer problemas ou controvérsias geradas pela norma do art. 91-A do Código Penal. Assim, uma corrente de inconstitucionalidade total do dispositivo seria, portanto, de defesa mais “confortável” ao exegeta do instituto.

Contudo, seria temerário ao estudioso da norma ignorar o contexto social, político e jurídico de sua criação.⁴³ Socialmente, percebe-se o avanço da criminalidade organizada (notadamente econômica), a exigir maiores esforços em seu combate (no que se insere o mecanismo do confisco alargado). Politicamente, resta sabido que a recuperação de ativos oriundos de atividades criminosas é medida de caráter transnacional, em cooperação entre os países, pois as organizações criminosas mais complexas atuam de forma transfronteiriça. Juridicamente, o Brasil vem, histórica e progressivamente, ampliando suas possibilidades de ablação patrimonial, inclusive com a reiterada e persistente adesão a compromissos internacionais de alargamento das hipóteses de confisco de bens, conforme já destacado.⁴⁴

Sobre tal aspecto, Sheila Jorge Selim de Sales destacou que a expansão da criminalidade econômica organizada representa um risco à ordem econômica global, o que exige nossa inserção em uma colaboração internacional para a criação de estratégias de “contraste” mais efetivo à atuação dessa forma de criminalidade, inclusive por meio de aperfeiçoamento dos instrumentos penais e criação de instrumentos normativos com “finalidade preventiva”:

Essa nova forma de emergir da criminalidade organizada, sem dúvida, representa uma ameaça à ordem econômica e ao sistema financeiro dos

⁴³ Consiste inclusive em uma exigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655, de 2018) que qualquer decisão (nas esferas administrativa, judicial ou controladora) deve considerar suas “consequências práticas” no processo de tomada da decisão.

⁴⁴ Nesse sentido, alerta Henrique Abi-Ackel Torres que “há, de fato, uma tendência de expansão do Direito Penal, ao menos em alguns pontos de sua aplicação. Deter a expansão racional deste ramo do Direito é pouco realista. Esta expansão deriva da complexidade da sociedade pós-moderna e das relações sociais atuais. [...] o Direito Penal e a Política Criminal são institutos antigos, que já passaram por muitas mudanças para estarem compatíveis com as necessidades sociais. São instrumentos que devem estar em plena conexão com o contexto atual, especialmente quando há mudanças que reverberam mundialmente, sem distinção de países e continentes, ainda que com suas diferenças culturais. Um Direito Penal desconectado da realidade atual seria inútil e pouco confiável”. (TORRES, 2024, p. 93-96).

países onde atua, o que tem levado os estudiosos a afirmar que somente uma estratégia de “contraste” internacional pode encontrar efetividade. (...) A globalização do sistema financeiro e econômico, pois, facilita de maneira impressionante a capacidade de mobilização de dinheiro “ilícito” e bens (...) Daí a premência de uma colaboração internacional para combater o fenômeno. (...) Tal aprofundamento, sem dúvida, pode nos fornecer importantes subsídios para, compreendendo o fenômeno, dispormos de instrumentos investigativos e normativos não-penais com *finalidade preventiva*, mais adequados à nossa realidade e igualmente apropriados para seu contraste. Além disso, permitiria o aperfeiçoamento e a adequação dos instrumentos penais.⁴⁵

O panorama social, político e jurídico acima exposto permite vislumbrar ser francamente improvável o acolhimento, na jurisprudência pátria, de uma “cômoda” tese de inconstitucionalidade integral do art. 91-A do Código Penal. Nesse ponto, ainda não se observa a existência de decisões colegiadas sedimentadas de nossos tribunais superiores a esse respeito. Contudo, há algumas (ainda poucas) decisões (majoritariamente monocráticas) no Superior Tribunal de Justiça, nas quais se percebe que os ministros da corte sinalizam pela viável aplicabilidade da literalidade do dispositivo, o que indicaria a adesão, sem ressalvas, à tese de integral constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal. Cito abaixo alguns exemplos.

Em decisão datada de 30/04/2024, no REsp 2.110.894, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, apreciando pedido de devolução de bens da parte acusada, referendou e manteve acórdão do tribunal *a quo* que decretou o confisco alargado de bens com base no argumento de que o réu não comprovou a origem lícita dos bens (o ministro acolheu, portanto, a possibilidade de inversão do ônus probatório, bastando ao confisco a incongruência patrimonial).⁴⁶

No REsp 2.064.062, em decisão monocrática do Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, datada de 30/05/2023, foi mantido um perdimento de grande quantia em dinheiro apreendida em poder do réu, também com base na ausência de

⁴⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 170-171 e 237.

⁴⁶ No HC 831.594, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, em decisão datada de 16/08/2023, já havia afirmado a suficiência, para a decretação do confisco alargado, da ausência de prova da licitude dos bens, a cargo do apenado. Veja-se trecho da decisão: “*Como se vê, o ‘confisco alargado’ (...) assevera que ‘na hipótese de condenação por infrações às quais esta lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com seu rendimento’. Sendo justamente o caso sob exame, pois o apelante não conseguiu comprovar a origem lícita do automóvel, sendo seu perdimento, medida que se impõe.*”

comprovação da licitude de sua origem, mesmo diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do acusado, ao se argumentar que, por se tratar de indivíduo denunciado no âmbito de uma associação criminosa, o valor apreendido se comunicaria aos demais réus não atingidos pela prescrição.⁴⁷

Merece destaque, ainda, a decisão da Terceira Seção do STJ – responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em matéria penal – no AgRg no MS 29.483 / PE, sob a Relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, em acórdão julgado em 03/10/2023 e publicado no DJe em 11/10/2023. No acórdão, à unanimidade, decidiu-se pela ausência de ilegalidade na decisão do tribunal *a quo* que manteve o perdimento de grande quantia em dinheiro apreendida, sendo o perdimento fundamentado na ausência de explicação do requerente sobre a origem do valor (novamente, avalizou-se a inversão do ônus probatório). O detalhe particularmente grave deste caso é que os fatos são datados de meados de 2014 e o impetrante requereu expressamente que a corte reconhecesse a inaplicabilidade retroativa da norma do art. 91-A do Código Penal, tese que não recebeu acolhimento pelo STJ.⁴⁸

Como se observa, a jurisprudência que aos poucos vai se formando tende a aplicar a literalidade do art. 91-A do Código Penal, considerada sua plena constitucionalidade, para admitir o confisco alargado de bens, caso o apenado não comprove a licitude da origem de sua propriedade. Este registro (meramente amostral) de decisões do STJ – obviamente sem valor estatístico, até mesmo pela ausência de quantitativo que permita maiores digressões analíticas e percentuais – corrobora o vislumbre da improbabilidade de um afastamento total, pelos nossos tribunais, do

⁴⁷ Na fundamentação desta decisão monocrática do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, este invocou o seguinte entendimento do STJ: “O acórdão recorrido, portanto, encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de que **‘A restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem, conforme as exigências postas nos arts. 120 e 121 do Código de Processo Penal, independentemente de ser a sentença extintiva da pretensão punitiva ou mesmo absolutória’** (AgRg no AREsp n. 1.772.720/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021).” (sem grifos no original).

⁴⁸ Este caso é particularmente simbólico porque exemplifica que, em verdade, o confisco alargado de bens já existe há longa data na praxe decisória da Justiça Criminal, mesmo antes do advento da Lei nº 13.964/2019, sendo que bens são comumente apreendidos e declarados perdidos na sentença, sempre com base no argumento de origem inexplicada pelo acusado, ainda que sem qualquer prova concreta de sua vinculação específica com o crime imputado. A referida lei veio para disciplinar essa confiscação ampla já adotada na prática (e, com isso, delimitar alguns parâmetros para sua aplicação). Tal ponderação corrobora uma possível inocuidade de um posicionamento doutrinário de total inconstitucionalidade do art. 91-A do Código Penal.

instituto do confisco alargado no direito brasileiro, a partir de uma conclusão de inconstitucionalidade, nos contextos social, político e jurídico acima referenciados.

Portanto, também sob uma perspectiva eminentemente pragmática, mostra-se mais consentânea com a conjuntura pátria a defesa da tutela dos direitos e garantias fundamentais do apenado por meio de restrições às possibilidades de confisco alargado, estabelecidas em controle judicial de constitucionalidade pela utilização da interpretação conforme.

1.3. Estudo de casos hipotéticos

Para uma melhor visualização das repercussões práticas da filtragem constitucional proposta nesta tese para a interpretação da norma extraída do art. 91-A do Código Penal, sob o método exemplificativo, são apresentados três grupos distintos de casos hipotéticos (e suas variantes), para resolução ao final da pesquisa.

Grupo 1: Mévio é investigado sob a acusação de que seria mandante do homicídio de Tício, com quem havia supostamente montado uma casa clandestina de apostas (“jogo do bicho”). Em interceptação telefônica judicialmente autorizada, surgiram indicativos de envolvimento de Mévio em loteria ilegal, além do homicídio. A casa de apostas já funcionava há duas décadas, tempo durante o qual Mévio acumulou patrimônio milionário, não obstante ostensivamente declarasse trabalhar como auxiliar de serviços gerais. Ao final do inquérito policial, Mévio foi denunciado por homicídio qualificado por motivo torpe (vingança decorrente de aportes sorrateiros de Tício na contabilidade da casa de apostas) e por loteria ilegal. No oferecimento da denúncia, Ministério Público requereu a perda dos bens decorrentes da incongruência patrimonial. O magistrado recebeu a denúncia apenas quanto ao crime doloso contra a vida, rejeitando-a quanto à imputação do art. 58 da Lei de Contravenções Penais, em razão da extinção da punibilidade de Mévio pela prescrição da pretensão punitiva. Ao final da ação penal, Mévio é condenado pelo homicídio qualificado.

Variante: Mévio é denunciado e condenado por ambos os delitos.

Grupo 2: Mévio percorre rotineiramente inúmeras cidades do estado, por trabalhar como vendedor autônomo, recebendo por comissão em cada venda, o que faz com que seu rendimento mensal possua variações exorbitantes. Após intensa investigação da polícia judiciária, apurou-se que Mévio era também envolvido em organização criminosa voltada à prática do narcotráfico e outros crimes, e sua função na organização era realizar a disseminação das drogas pelas cidades do interior do estado, o que realizava de modo facilitado e dissimulado pelo seu labor como vendedor. Descobriu-se que, após o ingresso de Mévio na ORCRIM, sua mãe Tícia, uma idosa cuja única renda era uma aposentadoria de um salário mínimo, adquiriu uma mansão e uma frota de veículos de luxo. Ao final da ação penal, proposta pelo Ministério Público com requerimento do confisco dos bens em nome de Tícia, Mévio foi condenado pelos crimes do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 e arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

Variante: Tícia possuía em seu nome apenas um veículo avaliado em cem mil reais, que foi por ela adquirido alguns anos após a comprovada desvinculação de Mévio da ORCRIM, após sua desavença com o líder do grupo criminoso.

Grupo 3: Mévio é denunciado e condenado por três roubos, em continuidade delitiva, sendo sua pena majorada também em função de sua reincidência específica e seus antecedentes maculados (várias outras condenações anteriores, também por delitos patrimoniais). Ao longo da instrução processual, testemunhas da acusação expuseram que Mévio era conhecido há longa data na região, tratando-se de pessoa temida, por seu envolvimento delitivo contumaz. Testemunhas de defesa afirmaram que Mévio realizava costumeiros “bicos” como servente de pedreiro, sendo bom profissional, não obstante nunca tenha tido qualquer emprego formal ou contínuo. O Ministério Público requereu, no oferecimento da denúncia, a perda de oitenta mil reais em espécie que foram apreendidos na residência de Mévio, malgrado o produto dos três roubos totalizasse apenas quinhentos reais.

Variante: Mévio é primário e possuidor de bons antecedentes, sem testemunhos referentes a algum passado delituoso.

1.4. Considerações metodológicas

O procedimento e o método de desenvolvimento do tema, dada sua sensível interdisciplinariedade, consistiram na revisão da literatura jurídica esparsa sobre duas frentes distintas, de modo a uniformizá-las e compendia-las no ponto de correlação entre as mesmas: de um lado, foi feita a abordagem e sistematização da doutrina penalista e da legislação correspondente, para fazer um delineamento da principiologia adotada no Direito pátrio quanto ao tratamento a ser dado ao confisco de bens do apenado; em paralelo, desenvolveu-se, a partir da remissão ao acervo literário atinente aos Direitos Constitucional, Civil e Tributário, a concepção adequada do direito de propriedade e suas possibilidades de restrição.

Esta metodologia teórica foi realizada sob as vertentes dogmática (com a análise do confisco em diversos ramos jurídicos e como efeito da condenação, em cotejo com os princípios penais a ele aplicáveis), histórica (com o enfoque da evolução do instituto no direito brasileiro) e comparativa (com o exame do confisco alargado em outros ordenamentos).

Os marcos teóricos que guiaram e também serviram de controle e parâmetro para a metodologia acima exposta, foram, sob o enfoque eminentemente penal do tema, a hermenêutica principiológica constitucional dos direitos fundamentais, para a confrontação do instituto do confisco alargado de bens (nos moldes trazidos pelo art. 91-A do Código Penal) com o sistema de princípios e garantias penais e processuais penais com sede constitucional,⁴⁹ e, sob o enfoque do controle de constitucionalidade de tal norma, a teorização acerca da técnica de interpretação conforme a Constituição Federal de leis penais.⁵⁰

⁴⁹ Na análise deste sistema de garantias da Constituição Federal no âmbito penal e processual penal, para apreciação de sua aplicabilidade no que toca ao tema do confisco de bens, a referência à hermenêutica principiológica constitucional, no âmbito dos direitos fundamentais, tem por diretriz dar racionalidade ao exercício do poder punitivo, de modo a limitá-lo.

⁵⁰ Quanto às técnicas de controle de constitucionalidade e, em especial, a utilização da interpretação conforme a Constituição das leis penais, enfocou-se o estudo de Lothar Kuhlen. Também aqui não se trata de incorporar *ipsis litteris* a interpretação conforme especificamente dada pelo tribunal alemão ao confisco alargado, defendida por Kuhlen, mas de utilizar as premissas por ele adotadas para o uso não abusivo do controle judicial de leis pela técnica da interpretação conforme.

Quanto ao desenvolvimento textual da pesquisa, o capítulo introdutório apresentou o tema-problema, objeto da tese, esboçando as justificativas para sua escolha, com um primeiro tangenciamento do embate doutrinário criado em torno desse objeto; além disso, é apresentada uma pequena reflexão sobre o avanço das sanções e constringências patrimoniais no âmbito do direito penal brasileiro; em sequência, para a ilustração da aplicabilidade da hipótese da tese, foram apresentados casos hipotéticos envolvendo o confisco alargado, para sua solução ao final do trabalho; após, aqui se expõe uma pequena suma metodológica da pesquisa.

Introduzido o tema, o segundo capítulo objetiva esclarecer, dentro da temática ampla do confisco de bens, ao que a pesquisa se refere e ao que ela não tem por foco, trabalhando assim as distinções conceituais atinentes ao tema do confisco, tanto em relação aos termos utilizados a ele referentes, quanto às hipóteses de confisco de bens dentro e fora do Direito Penal, com um singelo esboço das diferenciações entre suas modalidades.

Delimitado para o leitor o tema especificamente focado na pesquisa, o capítulo terceiro traça um panorama de evolução histórica do confisco penal no Brasil, pela análise das constituições, tratados internacionais e leis que o abordaram, para que sejam compreendidos os antecedentes históricos do instituto hodierno.

A partir disso, os capítulos seguintes adentram e enfrentam o problema central da pesquisa, ou seja, o exame da constitucionalidade do confisco alargado de bens trazido ao Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, em um raciocínio escalonado: primeiramente, como premissa para viabilizar a confrontação com a principiologia constitucional, buscou-se a definição de sua natureza jurídica (capítulo quarto); em sequência, é exposto o estado da arte da doutrina penal pátria sobre a constitucionalidade ou não do confisco alargado, trazendo os argumentos centrais (e as respectivas críticas) às principais correntes atuais sobre a questão, após o que, explicitadas as correntes confrontantes, passou-se ao enfoque da técnica de interpretação conforme a Constituição, sendo apresentada a base teórica sobre tal modalidade de controle constitucional (capítulo quinto); após, apresentou-se a tese propriamente dita, com a leitura da norma em análise (art. 91-A do Código Penal) sob a hermenêutica dos direitos fundamentais (e suas consequências sobre a interpretação cabível), com a subsequente construção de uma restrição do alcance

normativo do texto legal, sob a técnica da interpretação conforme a Constituição (capítulo sexto).

Exposta a tese, ao final deste estudo, são ofertadas soluções aos casos hipotéticos inicialmente ventilados e, por derradeiro, são elencadas as considerações conclusivas sobre o tema da pesquisa.⁵¹

⁵¹ Pelo recorte do objeto da pesquisa, o texto apresentado não traz – ao menos, não de forma centralizada, mas somente tangenciada, quando necessária – uma análise dos aspectos processuais referentes à aplicação do confisco alargado de bens. Não passa despercebido que, sob a perspectiva procedimental, há inúmeros tópicos de grande interesse e com considerável carga problemática, a merecerem abordagem dogmática. Todavia, optou-se, por razões metodológicas, pela manutenção do foco do estudo nos aspectos materiais-penais do confisco alargado de bens.

2. DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS E DE INSTITUTOS JURÍDICOS

2.1. Confisco, perda e perdimento

Há uma confusão terminológica entre os termos “confisco”, “perdimento” e “perda”, assim como na utilização dos mesmos na definição de institutos jurídicos diversos, no Direito Penal e em outros ramos do Direito. Cabem aqui, portanto, algumas ponderações singelas sobre as distinções necessárias.

Primeiramente, “perda” e “perdimento” são sinônimos, derivações substantivas do verbo “perder”, tendo significado linguístico idêntico. Contudo, a opção pelo uso de palavras diferentes com significados iguais – como a Constituição Federal de 1988 fez nos incisos XLV e XLVI do art. 5º⁵² – pode sinalizar, para o intérprete da norma, em tese, uma intencional diferenciação de institutos jurídicos às quais tais palavras se referem.⁵³ De todo modo, a utilização de uma por outra, ao menos sob a perspectiva vernacular, não implica qualquer prejuízo à compreensão da ideia transmitida, diante da identidade de sentido.

A palavra “confisco”, todavia, possui sentido mais restrito, além de focar o outro polo da relação jurídica. Enquanto “perda” ou “perdimento” se referem à pessoa (física ou jurídica) que sofre a expropriação (ou seja, diz respeito ao ato suportado pelo proprietário ou possuidor da coisa), “confisco” se refere àquele que expropria (ou seja, consiste no ato de expropriação). Assim, confisco é ato de império do Estado, o qual retira um bem da propriedade de outrem.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do **perdimento de bens** ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) **perda de bens**; (...).

⁵³ A diferenciação entre os sentidos estritos buscado pela Constituição Federal de 1988 para os termos “perda” e “perdimento” será enfocada no capítulo referente à evolução histórica do instituto do confisco de bens.

Em uma perspectiva mais restrita, pode-se afirmar que o “confisco” é espécie do gênero “perda” (em sentido lato). O dono da coisa pode perder sua propriedade por diversas formas – conforme dispõe o art. 1275 do Código Civil, *“perde-se a propriedade por alienação, pela renúncia, por abandono, por perecimento da coisa e por desapropriação”* – entre as quais se situa o confisco (como subespécie da “desapropriação”, trazida pela lei civil em seu sentido amplo, diverso do sentido técnico no âmbito administrativo): no confisco, todavia, inexistente contraprestação por parte do Estado, ao expropriar o dono da coisa confiscada.

A ausência de pagamento por parte do Estado àquele que sofre a expropriação, por um lado, diferencia o confisco da desapropriação (administrativa), a qual, por determinação constitucional, demanda indenização prévia; por outro lado, sinaliza que o confisco, como expropriação não indenizada, é cabível em hipóteses de posse ou propriedade que trazem consigo a pecha da ilegalidade, por seu uso ou por sua obtenção.

Outra não poderia ser a interpretação do confisco, pois, mesmo quando o Estado necessita de um bem alheio, para satisfazer um interesse público, ainda assim ele não pode simplesmente expropriar o dono, mas precisa indenizá-lo (hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), consoante mandamento constitucional (art. 5º, XXIV).⁵⁴

Portanto, a satisfação de um interesse público – no que se enquadra o combate à criminalidade, para atender ao valor coletivo da segurança pública – não autoriza, por si só, o ato de confisco. Nesse ínterim, o confisco representa, em sentido lato, um “sancionamento” ao proprietário em face de uma situação de ilegalidade do uso ou da obtenção do bem. Em suma: quem legalmente adquire um bem ou licitamente o utiliza, pode vir a ser desapropriado, se houver interesse ou necessidade pública, sendo indenizado; por outro lado, quem obtém um bem ilegalmente ou o utiliza ilicitamente, pode perdê-lo, por confisco estatal.

Tal explanação, ademais, explica o uso preferencial da expressão “confisco alargado de bens” como referência à hipótese trazida pelo art. 91-A do Código Penal,

⁵⁴ Art. 5º (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (...).

pois tal norma pressupõe a proveniência criminosa dos bens sujeitos à expropriação. A expressão “confisco” – não obstante o próprio dispositivo se valha do gênero “perda”, enfocando o apenado – vem se consagrando na doutrina pátria, além de ser a preferencial nos institutos semelhantes de outros países, como Espanha (*decomiso ampliado*), França (*confiscation élargie*) e Estados Unidos da América (*extended forfeiture* ou *extended confiscation*).

2.2 Confisco em outros ramos jurídicos

Isto posto, é necessário diferenciar as formas de perda patrimonial de um indivíduo, especialmente aquelas decorrentes de imposição estatal.

Primeiramente, resta cediço que uma pessoa pode perder a propriedade de um bem nas relações negociais e extracontratuais reguladas pelo Direito Civil, no âmbito contratual ou nas hipóteses legais de responsabilidade civil. Nas relações privadas disciplinadas pelo Código Civil e legislações esparsas, há hipóteses de perda de propriedade decorrentes de compra e venda, doação (perdas definitivas), empréstimo ou comodato (perdas temporárias) e outras modalidades contratuais, ou mesmo em decorrência de falecimento. O proprietário se desfaz de seu bem, via de regra, por seu ato de vontade, que precisa ser livre, desimpedida e desembaraçada, sob pena de viciar o negócio jurídico, sujeitando-o à anulação. Claramente, trata-se de hipótese diversa do confisco de bens.

Merece análise apartada, contudo, a responsabilidade civil extracontratual. Conforme dispõe o Código Civil, aquele que comete ato ilícito e, em virtude disto, causar um dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo (art. 927)⁵⁵. Por ato ilícito, entende-se a violação de direito, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que causar dano, inclusive moral (art. 186), bem como o exercício de direito manifestamente excessivo aos limites impostos pelo seu fim econômico ou

⁵⁵ Art. 927, *caput*. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187), exceto quando em legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade (art. 188).⁵⁶

Percebe-se a similitude das disciplinas penal e civil da matéria, com claros pontos de aproximação. A infração penal, como espécie do gênero “ato ilícito”, gera ao infrator o dever de indenizar a vítima.⁵⁷ Portanto, o cometimento de crime gera, em regra, responsabilidade penal e civil do agente. Antecipando-se ao acionamento das vias cíveis ordinárias para a comprovação do dever de indenizar, a legislação dispõe que a sentença penal condenatória definitiva constitui título executivo judicial, a ser liquidado em processo de execução (art. 515, VI, Código de Processo Civil), além do que o próprio juízo criminal desde logo já fixará na sentença um valor indenizatório mínimo para a reparação dos prejuízos causados pelo crime (art. 387, IV, Código de Processo Penal), mesmo porque a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, Código Penal).

Contudo, não obstante a semelhança de tratamento (efeito da condenação que afeta o patrimônio do apenado), o confisco alargado de bens do art. 91-A do Código Penal não se confunde com a indenização decorrente do ato ilícito: esta é uma consequência cogente e direta do crime que gera dano, pelo qual o apenado restou condenado; aquele não guarda vinculação direta com o crime objeto da imputação. A indenização é um desdobramento lógico e necessário do prejuízo causado pela conduta criminosa cometida pelo réu contra o ofendido. Por sua vez, a perda de bens prevista no art. 91-A do Código Penal decorre de um excedente patrimonial sem apoio

⁵⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁵⁷ O dever de indenizar não se restringe à violação a bem jurídico individual. A jurisprudência atual dos tribunais superiores acolhe a possibilidade de imposição de indenização ao réu (inclusive por dano moral coletivo) no caso de ofensa ou ameaça de ofensa a bens jurídicos transindividuais, coletivos e sociais. Exemplificativamente, *vide*, pelo STF: Ação Penal 1421, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 14/02/2024, Publicação: 08/04/2024. Ação Penal 1025, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Edson Fachin, Julgamento: 31/05/2023, Publicação: 21/09/2023. Pelo STJ: REsp 2018442/RJ, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Órgão julgador: Quinta Turma, Julgamento: 12/12/2023, Publicação: 19/12/2023. AgRg no REsp 2055996/MG, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Órgão julgador: Sexta Turma, Julgamento: 20/05/2024, Publicação: 22/05/2024.

em rendimento lícito do réu, não possuindo relação direta com o crime por ele perpetrado.

Realizadas as distinções necessárias com as hipóteses de perda patrimonial decorrentes do Direito Civil, observa-se que também nos Direitos Administrativo, Tributário e Penal – como ramos do Direito Público – há modos diversos de perda ou redução patrimonial impostos sobre o indivíduo.

No âmbito administrativo, a forma mais drástica de intervenção estatal na propriedade privada é a desapropriação, conforme anteriormente mencionado. Trata-se de expropriação indenizada, na qual o Poder Público assenhora-se de bem alheio, para atendimento a alguma finalidade pública ou social, mediante autorização legal, transparecendo a prevalência do interesse público sobre o privado.⁵⁸

Conforme a clássica conceituação de Hely Lopes Meirelles:

Desapropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo a exceção constitucional de pagamento em títulos especiais da dívida pública, para o caso de propriedade rural considerada latifúndio improdutivo localizado em zona prioritária.⁵⁹

Matheus Carvalho classifica a desapropriação como uma *“intervenção supressiva na propriedade”*⁶⁰, ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, seria ela um *“procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado”*⁶¹.

⁵⁸ No julgamento da ADI nº 3112, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, fixou que *“todas as vezes em que a regência normativa do direito de propriedade permitir a invasão da esfera dominial privada pelo Estado, em face do interesse público, esse direito resumir-se-á à percepção de justa e adequada indenização pelo proprietário”*.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 561.

⁶⁰ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 930.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 883.

Suas hipóteses e procedimentos encontram-se previstos especialmente no Decreto-lei nº 3.365/1941 (desapropriação por utilidade e necessidade pública) e na Lei nº 4.132/1962 (desapropriação por interesse social), regulamentando o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, além dos casos de desapropriação de solo urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado, para seu adequado aproveitamento (art. 182, §4º, III, Constituição Federal)⁶², desapropriação de imóvel rural improdutivo, que não cumpre sua função social, para fins de reforma agrária (art. 184 e seguintes da Constituição Federal)⁶³, e desapropriação de bens materiais e imateriais para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º, Constituição Federal)⁶⁴.

É perceptível que a retirada de bens do apenado, prevista no art. 91-A do Código Penal, não guarda semelhança substancial com as hipóteses de desapropriação, reguladas pelo Direito Administrativo, especialmente em função de seus fundamentos (na desapropriação, o ente público necessita do bem desapropriado, para cumprimento de alguma finalidade pública; no confisco, não) e da necessidade de indenização (resguardada na desapropriação e inexistente no confisco alargado decorrente de condenação criminal).

No âmbito tributário, o Estado exerce sua função arrecadatória, para custeio de seus serviços e finalidades. Importa salientar que o pagamento do tributo é obrigatório e não decorre de cometimento de ato ilícito, conforme expressamente prevê o art. 3º do Código Tributário Nacional: *“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*

⁶² Art. 182, § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶³ Art. 184, *caput*. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

⁶⁴ Art. 216, §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Assim, não sendo o tributo uma sanção por ato ilícito, afasta-se ele do confisco penal, na medida em que a lei pressupõe que o bem a ser confiscado, por força do art. 91-A do Código Penal, trata-se de produto de crime, o que elide a hipótese de uma eventual natureza fiscal-tributária.

Veja-se, inclusive, que o confisco é expressamente proibido no âmbito tributário, conforme art. 150, IV, da Constituição Federal, que dispõe que os entes federados não podem “*utilizar o tributo com efeito de confisco*”. O princípio tributário do não confisco se coloca como limitação à atividade fiscal e, notadamente, à imposição de multas tributárias (sancionatórias), de modo a impedir o esmagamento da capacidade econômica do contribuinte ou responsável tributário.

Portanto, a Constituição Federal estabelece que o Estado, em sua atividade arrecadatória de bens e valores, deve agir de forma razoável, sem impor ônus econômico demasiado sobre o indivíduo que sofrerá a exação. Nesse sentido, considerando que o princípio do não confisco se aplica precipuamente sobre o sancionamento do indivíduo pelo descumprimento de uma obrigação tributária, por meio das multas tributárias, limitando a extensão e o rigor destas, mostra-se viável ponderar a incidência analógica de tal princípio sobre a atividade do Estado-juiz que arrecada bens de um indivíduo a ser sancionado por uma presunção de enriquecimento ilícito.⁶⁵

Não obstante as naturezas jurídicas diversas, não se pode olvidar que há um paralelo importante entre o confisco alargado de bens e a atividade fiscal-tributária do Poder Público, pois em ambas as hipóteses há o exercício de uma função arrecadatória do Estado, que se impõe compulsoriamente sobre o indivíduo. Este paralelo permite o uso do recurso da integração analógica para o suprimento de lacunas do novel dispositivo trazido pela Lei nº 13.964/2019, como melhor se verá adiante, em capítulo próprio (*vide* capítulo 6, subtópico 6.4.2).

⁶⁵ O problema maior que se coloca, quanto à aplicação analógica, ao Direito Penal, do princípio tributário do não confisco, não se trata da dificuldade em se estabelecer as premissas de tal analogia, mas na própria fluidez do referido princípio, cuja delimitação não se encontra sedimentada sequer em seu ramo próprio de incidência. De fato, inexistente precisão doutrinária ou consolidação jurisprudencial sobre o conteúdo normativo do princípio do não confisco. O tema encontra-se sob discussão no Supremo Tribunal Federal, que recentemente reconheceu repercussão geral no *leading case* oriundo do Recurso Extraordinário nº 1.335.293 (Tema nº 1195), ainda sem resolução de mérito.

2.3 Confisco no Direito Penal

Expostas, em linhas breves e gerais, as hipóteses de perda de bens em outros ramos jurídicos, resta, agora, observar as formas pelas quais o Direito Penal atua na função confiscatória, expropriando bens do apenado.

A primeira hipótese de perda de bens do indivíduo criminalmente condenado é aquela estabelecida pela lei como sanção autônoma, restritiva de direitos (patrimoniais), substitutiva da pena privativa de liberdade. Encontra-se regulada no Código Penal nos arts. 43, II, e 45, §3º. A perda de bens e valores, como pena, foi trazida pela Lei nº 9.714/1998, que trouxe concretude para o dispositivo constitucional que previa tal possibilidade sancionatória (art. 5º, XLVI, “b”, Constituição Federal).

Perceba-se que, aqui, trata-se de um enfoque oposto àquele trazido pelo art. 91-A do Código Penal: enquanto o confisco alargado de bens é cabível para crimes mais graves (segundo a lei, para delitos com pena máxima cominada superior a seis anos), a perda de bens como pena autônoma tem lugar em crimes, em tese, menos graves (infrações com pena aplicada não superior a quatro anos, sem violência ou grave ameaça, ou delitos culposos).⁶⁶

A *mens legis* desta hipótese de perda de bens, como sanção autônoma e substitutiva, situa-se na ponderação de que, em delitos menos graves, preenchidos os requisitos legais (previstos no art. 44 do Código Penal), pode o agente responder pelo delito perpetrado não com sua liberdade, mas com seu patrimônio, ou seja, com a imposição de um sancionamento, em tese, menos gravoso.

Por outro lado, o confisco alargado de bens parte da premissa inversa: aquele que incorre em conduta delitativa mais grave atrai para si uma suspeição sobre a

⁶⁶ Não se ignora, todavia, que o critério da gravidade do crime (confisco alargado em delitos mais graves e perda de bens como pena restritiva em delitos menos graves) é meramente ideal. O grande distanciamento perceptível nas penas mínima e máxima em inúmeros tipos penais, unido à divergência de parâmetros (pena cominada para o confisco alargado e pena aplicada para a perda de bens como sanção restritiva de direitos), fazem com que, em numerosos casos, a imputação admita ambas as consequências. Como exemplos, o furto qualificado, o peculato e a corrupção (ativa e passiva), cujas penas máximas cominadas permitem a incidência do confisco alargado de bens, mas as penas mínimas aplicáveis podem autorizar a substituição da privação de liberdade pela perda de bens.

procedência de seu patrimônio, de modo a se averiguar se seus bens são suportados por sua renda lícita, apurando se aqueles são compatíveis com esta.

Insta frisar que a perda de bens prevista no art. 43, II, do Código Penal, recai sobre o patrimônio lícito do apenado, não se confundindo com a perda do produto do crime. A limitação de valor estabelecida no §3º do art. 45 do Código Penal fixa um teto para o montante que será perdido pelo condenado (o que for maior, entre o prejuízo causado ou o provento obtido com o crime), mas não direciona o perdimento aos bens obtidos pelo cometimento da infração. Estes também serão perdidos, mas não por efeito da incidência da referida sanção restritiva de direitos.⁶⁷

A segunda hipótese de perda de bens do indivíduo criminalmente condenado é o confisco (chamado “clássico” ou “tradicional”, por ser o mais antigo no ordenamento penal brasileiro) dos instrumentos bem como dos produtos ou proveito do crime, nos termos do art. 91, II, do Código Penal.

Quanto aos instrumentos (ou seja, os objetos utilizados durante a empreitada delituosa, para a consecução do crime), o Código Penal impõe uma limitação ao confisco, pois serão perdidos apenas aqueles cujo “*fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*”. Todavia, a Lei nº 13.964/2019 ampliou a possibilidade de confisco dos instrumentos do crime, quando forem utilizados por organizações criminosas ou milícias, hipótese em que serão confiscados independente da ilicitude isoladamente considerada de sua posse, nos termos do §5º do art. 91-A do Código Penal, *in verbis*:

Art. 91-A, §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.⁶⁸

⁶⁷ Ilustrativamente: se, em um furto, o agente subtraiu mil reais da vítima, a *res furtiva* em seu poder será dele retirada; além disso, na sentença, o juiz poderá, se for o caso, substituir sua prisão pela perda de até mil reais de seu patrimônio lícito.

⁶⁸ A norma trazida pelo §5º do art. 91-A do Código Penal parece descontextualizada do objeto do *caput* do dispositivo, em atecnia legislativa. Contudo, o tratamento diferenciado dado pela lei aos instrumentos do crime, quando se tratar de delitos cometidos por organizações criminosas e milícias, reflete o escopo maior da inserção deste instituto do confisco alargado de bens, qual seja, tratar de forma mais severa as organizações criminosas e milícias. Tal questão será aprofundada no tópico deste texto referente a tais estruturas criminosas (capítulo 6, subtópico 6.3.2).

A regra geral do Código Penal de que o instrumento do crime somente será confiscado se sua posse for, por si só, ilícita (art. 91, II, “a”), coaduna-se com a premissa de que se trata de bem que constitui propriedade lícitamente adquirida pelo agente. Seu uso para a prática do crime não basta, portanto, em tese, para sua ablação do patrimônio do apenado.

Diversamente, contudo, é a situação do bem ou valor que constitui produto do crime ou proveito auferido pelo agente pela perpetração delitiva. Nesta hipótese, o acréscimo patrimonial percebido pelo apenado decorre do próprio delito, havendo vício de origem, que macula sua obtenção, tornando-a ilícita; a condenação do denunciado impõe a restauração do *status quo ante*, de modo a afastar o benefício obtido com o crime⁶⁹.

Observe-se que os objetos dos confiscos previstos no art. 91, II, “b” e no art. 91-A, ambos do Código Penal, são distintos: no primeiro, o apenado perderá o produto do crime ou o proveito dele auferido; no segundo, ele perderá a diferença patrimonial não compatível com sua renda lícita. Tal patrimônio incongruente, visado pelo confisco alargado de bens, não coincide com o produto do crime pelo qual restou condenado. Não há identidade de bens ou de valores.⁷⁰

Por tal razão, improcede, a meu ver, por ausência de sustentação legal ou lastro lógico que a ampare, a interpretação de Luciano Anderson de Souza, o qual entende que *“o art. 91-A deve ser interpretado considerando que o efeito de perdimento jamais pode superar o limite do proveito obtido com a prática do delito (...) Esse montante não pode ser ultrapassado sob a justificativa de que o condenado apresenta patrimônio incompatível com seu rendimento lícito”*⁷¹.

⁶⁹ Retirar o benefício econômico advindo do crime – objetivo da norma do art. 91, II, “b”, do Código Penal – também é o escopo que inspirou o legislador na elaboração do chamado “pacote anticrime”, sob o brocardo de que “o crime não pode compensar”, ideia que se vincula às funções de prevenção geral negativa e especial do Direito Penal.

⁷⁰ Pode, exemplificativamente, ter o condenado auferido mil reais com a prática do crime e, apurando-se seus bens incompatíveis com seu rendimento lícito, constatar-se um milhão de reais como valor a ser objeto do confisco alargado.

⁷¹ SOUZA, Luciano Anderson de. Código Penal comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 350.

Impende salientar que, não obstante ambas as normas do Código Penal (art. 91, II, “b” e art. 91-A) se refiram a “produto do crime”, a primeira diz respeito ao crime especificamente apurado na ação penal, pelo qual o denunciado restou condenado, enquanto a segunda trata o patrimônio incongruente como resultado de “delitos fictos”, que não foram objeto de imputação formal, presumidamente cometidos pelo apenado e em razão dos quais ele adquiriu os bens não suportados por sua renda lícita.⁷² Discute-se a constitucionalidade da presunção legal, mas essa discussão não justifica uma confusão conceitual entre os bens a serem confiscados, ou seja, seriam eles produtos de quais crimes? Pelo art. 91, II, “b”, seriam produto do crime imputado; pelo art. 91-A, seriam produto de crimes anteriores presumidamente perpetrados, não denunciados ou apurados na ação penal.

A terceira hipótese de perda de bens do indivíduo criminalmente condenado foi inserida no Código Penal em 2012 pela Lei nº 12.694, com a inserção do §1º ao art. 91 do *Codex*, que trouxe o chamado “confisco por equiparação”.⁷³ Trata-se de uma medida compensatória, de caráter auxiliar e subsidiário, que visa conferir efetividade à necessidade de perda do produto ou proveito auferido pelo agente com o crime, acima analisada.

Ao contrário do confisco do produto ou proveito do crime, que recai sobre bens ou valores com vício de ilegalidade de origem (art. 91, II, “b”), o confisco por

⁷² Nesse ponto, concebe-se que o legislador de 2019 cometeu uma atecnia na redação do dispositivo do art. 91-A do Código Penal ao afirmar que o patrimônio incongruente seria “produto ou proveito **do** crime”, ao invés de afirmar que consistiria em “produto ou proveito **de** crime”, eis que a primeira menção realmente sugeriria que o patrimônio incongruente decorreria do delito imputado na ação penal, pelo qual o agente restou condenado. Contudo, tal exegese não se mostra mais condizente com o instituto do confisco alargado: sua interpretação histórica, teleológica e comparativa não deixa dúvida de que os bens a serem objeto do confisco alargado não são aqueles que decorrem do crime cometido, apurado e comprovado na ação penal (mesmo porque estes bens já são objeto do perdimento tradicional previsto no art. 91, II, “b”, do Código Penal, cuja especificação e quantificação se encontram sob o ônus do Ministério Público no decorrer da persecução penal), mas são aqueles bens que decorrem de um presumido passado delituoso. Os bens confiscáveis por força do art. 91-A do Código Penal integram o patrimônio incongruente possuído pelo agente até o momento da prática do crime pelo qual restou condenado; ou seja, ao tempo do crime, constata-se que ele já havia adquirido um patrimônio que não possuía apoio em renda lícita anteriormente percebida e, portanto, a lei qualifica tais bens previamente adquiridos como resultado de atividades proscritas pretéritas do agente. Em relação ao crime efetivamente cometido, imputado na ação penal, do qual resultou ganho patrimonial para o agente, ainda que não quantificado nos autos, o confisco alargado não deve ser concebido como uma “norma suplementar” ao não suprimento do ônus probatório da acusação (em outras palavras: caso o Ministério Público não consiga apurar qual o produto ou proveito do crime cometido, então seria acionada a norma do confisco alargado).

⁷³ Art. 91, §1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

equiparação recai sobre bens de proveniência lícita do apenado e, por isso, somente será realizado na impossibilidade ou dificuldade juridicamente relevante de realização do confisco clássico.

O legislador de 2012 valeu-se da possibilidade – usual no Direito Civil – da sub-rogação dos bens, prevista, por exemplo, nos arts. 39, 1659, I e II, 1668, 1674 e 1719 do Código Civil. Bens sub-rogados são aqueles que se colocam no lugar de outros bens, substituindo-os, como se eles fossem, por alguma razão juridicamente relevante.

Assim, se o produto real do crime ou seu proveito não for encontrado, ou se estiver fora do Brasil, dificultando sobremaneira seu confisco, serão perdidos outros bens (originalmente lícitos) do apenado, nos mesmos valores daqueles ilícitos não achados, para satisfação do perdimento devido. Considerou o legislador que a importância do confisco – para a restituição do direito da vítima ou de terceiro de boa fé lesado (no caso de crimes que afetam bens jurídicos individuais) ou da própria União (no caso de crimes que afetam bens coletivos) – deve prevalecer sobre a preservação da integridade do patrimônio do condenado.

Nesse ponto, Adriano Teixeira e Felipe Gonçalves advertem a importância de não serem olvidados os limites a esse confisco por equiparação, consistentes em sua subsidiariedade expressa, na delimitação prévia (ainda que por estimativa) do produto do crime e na responsabilidade (ao menos culposa) do infrator na dificuldade de localização do produto do crime (aqui se trata de proposta dogmática dos autores), além de ponderarem a dificuldade de sua utilização no caso de transferência do bem a terceiro:

(...) antes de decretado o confisco ou o sequestro do valor equivalente, deve ocorrer a real busca dos bens que forem produto ou proveito do crime, quando isso for possível. Apenas na hipótese de essa busca se revelar infrutífera ou impossível de ser realizada é que se deve proceder à constrição do valor equivalente. O sequestro, instrumento cautelar do confisco, portanto, nunca pode ser manejado como medida inaugural.

Além disso, para a constrição do valor equivalente, é logicamente necessário indicar e estimar valor do produto ou proveito do crime, o que nem sempre será tarefa fácil no caso concreto. Por exemplo, em caso de contratos obtidos por um arranjo de corrupção, o valor a ser confiscado ou sequestrado não pode equivaler ao valor de todo o contrato, mas, somente ao valor correspondente aos lucros, mormente quando o objeto do contrato foi efetivamente realizado ou o serviço realmente prestado. (...)

Ademais, é necessário perquirir os motivos pelos quais não é possível decretar a perda dos bens ou valores ilícitos. A constrição de bens lícitos só

deveria ser permitida quando o sujeito, de alguma forma, der causa à não localização dos produtos ou vantagens do crime.

Quando os motivos que o impossibilitam não são imputáveis ao investigado ou acusado, o confisco ou o sequestro (repita-se: de bens lícitos) passa a ter natureza sancionatória, de pena, pois, nessa hipótese, não se trata mais de impedir que o agente se beneficie do crime ou de remover uma situação patrimonial ilegítima.

Por isso, propõe-se a aplicação do confisco por equivalência apenas quando as circunstâncias que impossibilitam o confisco direto dos bens ilícitos sejam imputáveis, dolosa ou culposamente, ao sujeito.⁷⁴

Por fim, a quarta e última hipótese de perda de bens do indivíduo criminalmente condenado é o confisco alargado de bens, previsto no art. 91-A do Código Penal, inserido em 2019 pela Lei nº 13.964, que será objeto de mais apurada análise desta pesquisa, nos capítulos seguintes.

2.4. Conclusões parciais

Em suma, após as considerações terminológicas iniciais, observou-se que o ordenamento brasileiro admite variadas modalidades de perda de bens pelo seu proprietário, cada uma delas com seus requisitos e características próprias, não se confundindo com o confisco alargado de bens previsto no Código Penal, malgrado existam alguns pontos de contato entre os diversos institutos jurídicos apontados, autorizando, por vezes, o recurso à integração analógica de lacunas do art. 91-A do Código Penal.

No que tange à temática da “perda de bens”, alheia ao Direito Penal, foram destacadas, em rol não taxativo, as reduções patrimoniais nas relações privadas negociais e extracontratuais, disciplinas pelo Direito Civil, os pagamentos compulsórios nas obrigações fiscais, regulamentados pelo Direito Tributário, bem como as expropriações indenizadas, no âmbito do Direito Administrativo.

⁷⁴ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Contrição patrimonial no direito penal brasileiro. Sentido e limites do 'confisco por equivalência' e do 'sequestro subsidiário'. 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/constricao-patrimonial-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 12.10.2024.

Por sua vez, dentro dos contornos criminais, também se expôs a existência de modos distintos de afetação patrimonial do apenado, havendo as seguintes distinções de confiscos no Direito Penal:

- Perda de bens como sanção restritiva de direitos (art. 43, II, c/c/ art. 45, §3º, Código Penal);
- Confisco dos instrumentos do crime (art. 91, II, “a”, Código Penal);
- Confisco do produto ou proveito do crime (art. 91, II, “b”, Código Penal);
- Confisco por equiparação (art. 91, §1º, Código Penal);
- Confisco alargado (art. 91-A, Código Penal).

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONFISCO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

3.1. Tratamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais

A adequada compreensão do confisco de bens como um efeito de uma condenação penal – como foi ele tratado pelas constituições federais, códigos penais e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário – demanda uma análise da evolução histórica do instituto no Brasil. Tal apreciação, por ordem preferencialmente cronológica, dos principais diplomas normativos que disciplinaram a matéria, permite perceber as rupturas e as continuidades de modelos de confisco adotados, de modo a se alcançar o sentido do confisco atualmente previsto no art. 91-A do Código Penal a partir da técnica hermenêutica de interpretação histórica.

Como marco inicial na disciplina normativa do confisco de bens no Brasil, tem-se o Código Philippino, ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, ou, da forma comumente conhecida, as “Ordenações Filipinas”. Ainda que em aparente distância temporal acentuada da normatização atual, trata-se do conjunto de regras que por mais tempo vigorou no Brasil, de 11 de janeiro de 1603 até sua revogação pelo Código Penal do Império, em 16 de dezembro de 1830, perfazendo uma vigência de mais de dois séculos, perdurando até o início do século XIX.

A matéria penal era regulada pelo Quinto Livro das Ordenações Filipinas, no qual a pena de confisco era amplamente aplicada, em inúmeras infrações, inclusive como decorrência e de forma cumulativa com as penas de morte natural, morte civil ou penas corporais (açoite etc). O confisco era compreendido como pena acessória, sob o contexto de inexistência da atual concepção de intranscendência da pena. Pelo contrário, previa-se expressamente a extensão dos efeitos patrimoniais da condenação a descendentes e até mesmo a ascendentes do condenado.

Exemplificativamente, assim era previsto para os hereges e apóstatas:

E além das penas corporaes, que aos culpados no dito maleficio forem dadas, serão seus bens confiscados [em nota: o confisco destes bens era para o Estado, ou para o Rey], para se delles fazer o que nossa mercê for, postoque filhos tenham [em nota: tal era a importancia que se dava ao crime de heresia, de modo que em Portugal grande era o rigor do confisco, que nem os

alimentos concedião aos filhos; e até os proprios ascendentes erão privados dos bens, deixando-se-lhes apenas o usufructo].⁷⁵

Também para o crime de Lesa Magestade, assim dispunha a legislação:

[Em nota: Lesa Magestade quer dizer traição commettida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado, que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharao, que o comparavao à lepra; porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversão, polo que he apartado da communicação da gente: assi o erro da traição condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa].

E em todos estes casos, e cada hum delles he propriamente commettido crime de Lesa Magestade, e havido por traidor o que os commetter. E sendo o commettedor convencido por cada hum delles, será condenado que morra morte natural cruelmente; e todos os seus bens, que tiver ao tempo da condenação, serão confiscados para a Coroa do Reino, postoque tenha filhos, ou outros alguns descendentes, ou ascendentes, havidos antes, ou depois de ter commettido, tal maleficio.⁷⁶

Como outros exemplos de aplicação do confisco de bens, cita-se os crimes de moeda falsa, sodomia e aleivosia, entre vários outros.⁷⁷

A retirada dos bens do condenado – medida até então usual como decorrência de crimes considerados graves – perdurou até o início do século XIX, sem qualquer exigência específica para sua imposição, bastando o cometimento da infração, quando adveio o grande marco civilizatório brasileiro em tema de confisco de bens: a Constituição Imperial de 1824.

A Carta Imperial previu, em seu art. 179, XX, que *“nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do reo se transmittirá aos parentes em qualquer grao, que seja”*. É importante perceber, inclusive para compreensão do modelo constitucional atual, que a primeira constituição brasileira vinculou expressamente a proibição do confisco à ideia de intranscendência da pena.

⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em 26 de dezembro de 2023.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Para alguns crimes, o confisco era decretado na primeira condenação. Para outros, o confisco era aplicado em caso de reincidência. Por exemplo, no crime dos “mouros e judeus que andam sem sinal”, o confisco de todos os bens era decretado a partir da terceira infração.

Por determinação da constituição imperial outorgada, foi elaborado um Código Penal brasileiro, o qual entrou em vigor em 1830, no qual, por óbvio, inexistia pena de confisco. No âmbito da afetação patrimonial do apenado, a legislação regulou apenas o instituto da “satisfação” (em seus artigos 21 a 32), que nada mais era do que a disciplina da indenização do dano causado à vítima.

Assim, como efeito extrapenal (civil) da condenação criminal, o apenado teria que restituir o ofendido pelo dano causado, pela devolução da própria coisa, ou por seu equivalente, acrescido de juros (ordinários e compostos), com obrigação solidária no caso de corréus e com a transmissão do dever de indenizar aos herdeiros do obrigado, no limite do valor dos bens herdados, além da possibilidade de prisão com trabalho obrigatório até obtenção do valor devido.

Com o advento do Código Penal de 1890, foi mantido, em linhas gerais, o dever de indenizar, sem imposição de confisco de bens que excedessem tal dever. O art. 69 de tal código trouxe disciplina semelhante àquela que veio a ser adotada nos códigos posteriores, inclusive no modelo atual, no que concerne à perda de “instrumentos e resultados” do crime. Observe-se a dicção legal:

Art. 69. A condenação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes efeitos:

- a) perda, em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o ofendido não tiver direito á restituição;
- b) a obrigação de indemnizar o damno;
- c) a obrigação de satisfazer as despesas judiciais.

Parágrafo único. Esta responsabilidade é solidaria havendo mais de um condenado pelo mesmo crime.

Art. 70. A obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil.

No ano seguinte (1891), foi promulgada nossa primeira Constituição Republicana, que não trouxe norma específica de vedação do confisco de bens do indivíduo criminalmente condenado, mas previu a proteção ao direito inviolável de propriedade – em fórmula repetida sem maiores alterações nas constituições posteriores – com a menção à hipótese restritiva de perda patrimonial no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização. Assim dispôs em seu art. 72:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Além disso, a Constituição de 1891 reiterou, em seu art. 72, § 19, que “*nenhuma pela passará da pessoa do delinqüente*”, reafirmando a concepção de intranscendência da pena que lastreou a impossibilidade de confisco exposta na constituição imperial.

Em 1932, a Consolidação das Leis Penais, elaborada por Vicente Piragibe (Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal), foi adotada e aprovada pelo Presidente Getúlio Vargas como um novo “Código Penal” brasileiro.⁷⁸ A Consolidação das Leis Penais de 1932 em nada alterou a disciplina do Código de 1890 sobre os efeitos civis da condenação, igualmente prevendo a perda dos instrumentos e resultados do crime e a obrigação solidária de indenizar o dano causado, segundo a regulamentação do Direito Civil.

Contudo, dois anos depois, a Constituição Republicana de 1934 repetiu a Constituição Imperial e novamente previu norma expressa de vedação do confisco de bens do condenado, com um importante acréscimo normativo: equiparou tal sanção patrimonial com as penas de morte, banimento e penas perpétuas. Em seu art. 113, XXIX, assim dispôs: “*Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.*”

A norma constitucional expressa de vedação do confisco durou apenas três anos, pois, em 1937, nova Constituição Republicana entrou em vigor, sem norma semelhante, a qual se limitou a proteger o direito de propriedade, cuja perda ficaria restrita à desapropriação indenizada, por necessidade ou utilidade pública, consoante regulamentação deixada à legislação infraconstitucional (art. 122, XIV).

Em sequência, sob a ordem constitucional de 1937, foi aprovado o Código Penal atual, em 1940 (Decreto-lei nº 2.848). Em sua redação original, dispôs em seu

⁷⁸ Curiosamente, no decreto que aprovou a Consolidação das Leis Penais, o Presidente Getúlio Vargas determinou que, em caso de conflito com normas anteriores, estas não seriam revogadas.

art. 74 os efeitos extrapenais (civis) da condenação, sem maiores inovações, prevendo, *in verbis*:

Art. 74. São efeitos da condenação:

I - Tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;

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

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

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

Contudo, em tema de confisco de bens, diante da lacuna constitucional, sensível inovação foi trazida pelo Código de 1940, em seus artigos 88 e 100. Foi previsto o confisco de bens como uma medida de segurança de natureza patrimonial, aplicável ao indivíduo considerado perigoso (por presunção legal ou por declaração expressa na sentença). Mesmo em casos de não apuração da autoria da infração, o juiz poderia determinar confisco de instrumentos e produtos do crime (aqui uma hipótese de confisco sem condenação), na dicção dos referidos artigos:

Art. 88. As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas.

Art. 100. O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituem fato ilícito.

A partir de então, seguiu-se uma sequência de alterações constitucionais sobre a matéria do confisco. A principal delas veio com a Constituição Republicana de 1946: além de resgatar expressamente a vedação ao confisco, mais uma vez sob a equiparação com as penas de morte, banimento e de caráter perpétuo, a Carta de 1946 trouxe a possibilidade de reconhecimento concomitante entre a proibição do confisco e a viabilidade do perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito, sendo a primeira vez em que uma constituição brasileira previu o locupletamento patrimonial como hipótese de perdimento. Assim dispôs seu art. 141, § 31:

Art. 141 §31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Observe-se que, por interpretação autêntica do legislador (constituente), diferenciou-se uma perda patrimonial como mera decorrência de uma condenação penal (medida vedada), de um confisco de bens adquiridos por meio de enriquecimento ilícito (medida permitida), mediante regulamentação infraconstitucional, nas hipóteses em que tal enriquecimento estivesse ligado a uma ofensa à Administração Pública (influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica).

A Constituição Republicana de 1967 manteve a fórmula de realidades jurídicas concomitantes (vedação de confisco e permissão de perdimento de bens), estendendo a possibilidade de perdimento não apenas para os casos de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, mas também em qualquer hipótese de danos causados ao erário (art. 150 § 11):

Art. 150 § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

A redação do dispositivo constitucional foi alterada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969, quando se ressaltou a aplicabilidade excepcional das penas vedadas (pena de morte, prisão perpétua, banimento ou confisco) nos casos de *“guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva”*, além de especificar a possibilidade de perdimento de bens *“por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”*.

É de se notar que, em 1978, a Emenda Constitucional nº 11 alterou novamente referido dispositivo, excluindo justamente (e com nítida intencionalidade) o confisco das demais espécies de penas vedadas; além disso, manteve a previsão de que *“a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”*.

Este era o contexto da normatização constitucional quando, em 1984, a Lei nº 7.209 modificou integralmente a parte geral do Código Penal, suprimindo o confisco

como medida de segurança patrimonial (artigos 96 a 99) e trazendo como efeitos civis (extrapenais) da condenação os seguintes:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

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

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

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

Finalmente, em 1988, nossa atual Constituição da República optou por não prever uma norma expressa e geral sobre a possibilidade ou não de confisco de bens do condenado. Dispôs, no inciso XLVII do art. 5º, quais penas seriam vedadas no Brasil, mencionando as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis, não inserindo entre elas o confisco de bens.

Não obstante, a Carta de 1988 trouxe algumas diretrizes principiológicas relevantes para a matéria, com destaque para a proteção, como direito fundamental inviolável, da propriedade que cumpra sua função social (art. 5º, *caput*, e incisos XXII e XXIII, c/c art. 170, II e III). Ademais, determinou que *“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”* (art. 5º, XLV), bem como dispôs que *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”* (art. 5º, XLVI), além de assegurar que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* (art. 5º, LIV).

A Constituição Federal trouxe um tratamento diferenciador entre “perda de bens” e “perdimento de bens”, conforme se observa pela leitura dos incisos acima transcritos. A “perda” de bens é elencada como pena (sanção criminal autônoma), a ser individualizada e intransmissível, consoante princípios da individualização e personalidade. O “perdimento” de bens, por sua vez, é transmissível aos sucessores e herdeiros, o que o afasta do tratamento jurídico da pena, tendo o constituinte dado ao

perdimento tratamento assemelhado ao instituto da reparação do dano (ou seja, tratou ambos como efeitos da condenação).

A partir de tal diferenciação, o legislador infraconstitucional optou por disciplinar a pena de perda de bens nos arts. 43, II, e 45, §3º, do Código Penal, enquanto o perdimento de bens foi tratado como efeito secundário (extrapenal, civil) da condenação, a partir do art. 91 do Código Penal. Nesse sentido, ao analisar a previsão constitucional do perdimento de bens, o constitucionalista Juliano Taveira Bernardes ensina que *“na esfera criminal, o perdimento de bens está genericamente regulamentado pelo Código Penal, na parte em que trata dos efeitos secundários da condenação criminal”*, para, ao final, concluir que *“o perdimento de bens pode mesmo ser visto como modalidade de expropriação-sanção (confisco)”*.⁷⁹

De fato, a diferenciação constitucional entre perda (como pena) e perdimento (como efeito da condenação) não passou despercebida pela doutrina constitucionalista, seguindo o mesmo raciocínio acima perfilhado. Em obra coordenada por Canotilho, Wolfgang Sarlet, Lênio Streck e Gilmar Mendes, foi assim pontuado:

Segundo disciplina o Código Penal, são efeitos da condenação (a) a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e (b) a perda, em favor da união, do produto ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pela prática do ilícito (art. 91, I e II). Percebe-se, pois, que as consequências do delito regradas anteriormente pelo Código Penal foram incorporadas pela Constituição, sendo explicitada a possibilidade de, exclusivamente em relação à reparação do dano e ao perdimento dos bens advindos do crime, haver sucessão.

Importante, portanto, que não se confundam as sanções penais de natureza pecuniária com os efeitos pecuniários decorrentes da sentença condenatória. É que a Constituição estabeleceu como penas criminais autônomas, além da privação ou restrição da liberdade (art. 5º, XLVI, "a"), prestação social alternativa (art. 5º, XLVI, "d") e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI, "e"), sanções eminentemente patrimoniais como a perda de bens (art. 5º, XLVI, "b") e a multa (art. 5º, XLVI, "c"). Em sua regulamentação, em face de não ser o rol de penas *numerus clausus*, a Lei 9.714/98 incluiu como possibilidade sancionatória a prestação pecuniária (art. 43, I, Código Penal). Desta forma, harmonizando as leis ordinárias à Constituição, possível afirmar a existência de três espécies de sanções criminais exclusivamente patrimoniais: multa, perda de bens e valores e prestação pecuniária. Importante registrar que tais penas podem ser aplicadas de forma autônoma ou cumulada com as demais sanções previstas, conforme as regras de individualização estabelecidas pelo Código (arts. 59, 60 e 44).

Assim, conclui-se que a execução da pena criminal, mesmo que de natureza pecuniária, é personalíssima, intransmissível, intranscendente. Situação

⁷⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. Direito Constitucional. Volume único. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2024, p. 962 e 964.

diversa em relação aos efeitos patrimoniais civis da condenação, os quais seguem as regras de sucessão, podendo ser transmissíveis.⁸⁰

Destaque-se ainda que a Carta Constitucional em vigor previu explicitamente o confisco de todo e qualquer bem decorrente do tráfico de drogas e do trabalho escravo, em seu art. 243, com redação atual dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014, *in verbis*:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Sob este novo contexto constitucional, algumas modificações foram implementadas ao longo dos anos, na legislação penal, em matéria de confisco de bens do apenado.

Em 1991, por meio do Decreto Presidencial nº 154, o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico interno a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (a chamada “Convenção de Viena”, de 1988).

Além de se comprometer a implementar o confisco do produto do crime ou bens em valor equivalente, assim como confiscar os insumos e instrumentos relacionados ao narcotráfico (art. 5º), dita Convenção prevê que a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto à origem de bens, para efeito de confisco, desde que isto não prejudique terceiros de boa fé nem contrarie seu direito interno:

Art. 5º (...) 7 - Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

⁸⁰ CANOTILHO, José Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 430.

8 - O disposto neste Artigo não poderá ser interpretado em prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

9 - Nada do disposto neste Artigo afetará o princípio de que as medidas aqui previstas serão definidas e implementadas de acordo como direito interno de cada uma das Partes.

No âmbito do Código Penal, além do que já era previsto na parte geral reformada em 1984 – a qual dispunha que o condenado perderia o valor correspondente ao dano causado, para reparação civil da vítima, assim como perderia os instrumentos do crime (coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito) e o produto do crime (ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso) – merece ser destacado que, em 1998, a Lei nº 9.714 alterou a redação do art. 43, para incluir entre as penas restritivas de direitos a *“perda de bens e valores”* (inciso II) pertencentes ao condenado, cujo *“valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”* (art. 45, §3º).

Em 2004, o Decreto Presidencial nº 5.015 incorporou no Direito pátrio a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (a chamada “Convenção de Palermo” de 2000).

Novamente, além do compromisso de confiscar o produto do crime (ainda que convertido ou misturado a outros bens) e seus instrumentos, este diploma normativo avançou nas medidas de combate à criminalidade que pretende combater, prevendo a impossibilidade de invocação de sigilo bancário, perante os tribunais, para a ordem de apresentação de documentos voltados à averiguação do produto do crime (convertido em outros bens ou misturado a bens de origem lícita); outrossim, sempre resguardando os terceiros de boa fé e os princípios do direito interno, a Convenção sugere que o país signatário avalie a possibilidade de exigir do acusado a comprovação da origem lícita de um produto do crime presumido. Veja-se tais disposições:

Art. 12 (...) 6. Para efeitos do presente Artigo e do Artigo 13, cada Estado Parte habilitará os seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenarem a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para se recusarem a aplicar as disposições do presente número.

7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do

crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

Dois anos depois, em 2006, o Brasil incorpora também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (a conhecida “Convenção de Mérida”, de 2003), por meio do Decreto Presidencial nº 5.687. Este diploma normativo reitera as medidas previstas na convenção anterior, mais uma vez destacando a possibilidade de apreensão e confisco de bens lícitos, desde que haja confusão patrimonial (produto do crime mesclado a bens de origem legal), além de novamente expor a necessidade de avaliação, pelo país membro, sobre a possibilidade de inversão do ônus probatório quanto à proveniência de bens, para efeito de confisco:

Artigo 31 (...) 8. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.

9. As disposições do presente Artigo não se interpretarão em prejuízo do direito de terceiros que atuem de boa-fé.

10. Nada do disposto no presente Artigo afetará o princípio de que as medidas nele previstas se definirão e aplicar-se-ão em conformidade com a legislação interna dos Estados Partes e com sujeição a este.

Perceba-se que, na Convenção de Mérida, quando se sugere a inversão do ônus probatório quanto à origem do bem, fala-se em “alegado” produto de delito, enquanto, na Convenção de Palermo, mencionava-se o “presumido” produto de crime. Tal alteração da adjetivação do produto do crime permite vislumbrar uma progressiva ampliação da facilitação probatória por parte do órgão acusador: enquanto, na convenção anterior, a acusação precisaria indicar elementos que fizessem presumir que tais bens eram produtos de crime (ou bens a estes misturados ou convertidos), na convenção posterior passou-se a se contentar com a mera alegação por parte do acusador. Noutras palavras: bastaria à acusação alegar que tal bem seria produto de crime para que o acusado recebesse o ônus de demonstrar a procedência lícita do bem questionado.

Volvendo ao Código Penal brasileiro, insta salientar que, em 2012, o legislador trouxe a possibilidade de decretação da perda de bens e valores “*equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior*” (o chamado “confisco por equiparação”), previsto pela Lei nº

12.694, com a inserção do §1º ao art. 91 do Código Penal, inclusive dispondo sobre o uso das medidas assecuratórias do Código de Processo Penal para garantir a efetividade de eventual perda futura de bens.

Por fim, em 2019, a Lei nº 13.964 criou o art. 91-A do Código Penal, instituindo o “confisco alargado de bens” como efeito da condenação, objeto de mais detida análise neste estudo, nos capítulos seguintes. Em suma, estipulou-se que, no cometimento de crimes mais graves (tendo por critério a pena máxima cominada superior a seis anos), estariam sujeitos a confisco os bens resultantes de uma incongruência patrimonial, ou seja, presumir-se-ia produto de crime o patrimônio do condenado não justificado por sua renda lícita.

Nos termos definidos pelo legislador, *in verbis*: “*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*”, com uma ampliação do conceito de patrimônio afetável (§1º), incumbido ao apenado a demonstração da compatibilidade entre tal patrimônio e sua renda lícita, explicitando a proveniência lícita de tais bens (§2º).

Isto posto, por meio de tópicos, assim pode ser resumidamente exposta a cronologia das principais alterações normativas sobre o tema que envolve o confisco de bens do apenado:

- 1603 (Ordenações Filipinas): confisco amplamente aplicado;
- 1824 (Constituição Imperial): vedação do confisco;
- 1830 (Código Penal): previsão apenas de reparação do dano causado à vítima;
- 1890 (Código Penal): reparação do dano causado e confisco dos instrumentos e resultados do crime;
- 1891 (Constituição Republicana): inexistência de norma específica sobre confisco; proteção da propriedade e intranscendência da pena;
- 1932 (Consolidação das Leis Penais): reparação do dano causado e confisco dos instrumentos e resultados do crime;

- 1934 (Constituição Republicana): vedação ao confisco;
- 1937 (Constituição Republicana): inexistência de norma específica sobre confisco; proteção da propriedade;
- 1940 (Código Penal): reparação do dano causado e confisco dos instrumentos e produtos do crime; confisco como medida de segurança patrimonial (confisco de instrumentos do crime, mesmo sem condenação);
- 1946 (Constituição Republicana): vedação ao confisco, com possibilidade de perdimento de bens em enriquecimento ilícito no exercício de função pública;
- 1967 (Constituição Republicana): vedação ao confisco, com possibilidade de perdimento de bens em enriquecimento ilícito no exercício de função pública ou danos ao erário;
- 1969 (Emenda constitucional): vedação ao confisco, com possibilidade de perdimento de bens em enriquecimento ilícito no exercício de função pública ou danos ao erário;
- 1978 (Emenda constitucional): supressão do confisco entre as penas vedadas, mantida a possibilidade de perdimento de bens em enriquecimento ilícito no exercício de função pública ou danos ao erário;
- 1984 (Lei nº 7.209 - reforma da parte geral do Código Penal): reparação do dano causado e confisco dos instrumentos e produtos do crime; supressão da possibilidade de confisco como medida de segurança patrimonial;
- 1988 (Constituição Republicana): inexistência de norma geral sobre confisco; determinação de confisco específico de propriedades e instrumentos relacionados ao tráfico de drogas e trabalho escravo (art. 243); menção à possibilidade de “decretação de perdimento de bens” (art. 5º, XLV) e à “perda de bens” (art. 5º, XLVI, “b”);

- 1991 (Convenção de Viena): sugestão de inversão do ônus da prova quanto à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco;
- 1998 (Lei nº 9.714 – alteração do Código Penal): inserção da “perda de bens” como pena restritiva de direitos;
- 2004 (Convenção de Palermo): imposição de confisco de bens lícitos em caso de serem misturados com produto de crime ou nele convertidos; afastamento de sigilo bancário para apuração do produto de crime; sugestão de exigência sobre o acusado de demonstração da proveniência lícita do presumido produto do crime;
- 2006 (Convenção de Mérida): imposição de confisco de bens lícitos em caso de serem misturados com produto de crime ou nele convertidos; sugestão de exigência sobre o acusado de demonstração da proveniência lícita do alegado produto do crime;
- 2012 (Lei nº 12.694 – alteração do Código Penal): possibilidade de “confisco por equiparação” (perda de bens equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados);
- 2019 (Lei nº 16.964 – alteração do Código Penal): criação do “confisco alargado de bens” (perda do patrimônio incongruente em caso de condenação por crime grave).

3.2. Conclusões parciais

Tal cronologia permite delinear, *a priori*, algumas conclusões, aqui separadas por segmentação de hierarquia normativa.

No plano constitucional, houve uma significativa oscilação no tratamento do confisco de bens. Enquanto a Constituição Imperial de 1824 e as Constituições Republicanas de 1934, 1946 e 1967/1969 proibiram expressamente o confisco de bens, as Constituições Republicanas de 1891, 1937 e 1988 não previram uma norma

geral expressa a esse respeito, vedando ou permitindo o confisco de bens do apenado. Vale destacar que a Constituição de 1946 vedou o confisco, mas suscitou sua diferenciação da possibilidade de “perdimento de bens” em caso de enriquecimento ilícito, sendo que, a partir de uma emenda constitucional em 1978, foi suprimida a própria vedação ao confisco como pena proibida. Em sentido semelhante veio a Constituição Federal de 1988, nada dispondo sobre o confisco (inexistência de uma cláusula geral de vedação), mas permitindo tanto o “perdimento” quanto a “perda” de bens, além de impor o confisco específico de propriedades e instrumentos voltados ao tráfico de drogas e trabalho escravo.

No plano infraconstitucional, no exame dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, percebe-se que nosso ordenamento interno incorpora, seguidamente, normativas plurinacionais que sistematicamente recomendam, com ênfase, a adoção da inversão do ônus probatório quanto à comprovação da proveniência de bens, para efeito de confisco, visando o combate da criminalidade reditícia organizada (tráfico de drogas, corrupção e organizações criminosas). Ainda que tais tratados salientem a observância dos princípios do direito interno, a adesão brasileira reiterada indica possível aderência aos esforços transnacionais e às medidas sugeridas.

Ainda no plano infraconstitucional, no exame de nossa legislação penal ordinária, observa-se uma progressiva extensão das possibilidades de afetação do patrimônio do apenado. De uma mera satisfação do dano causado, passou-se ao confisco de instrumentos e resultados do crime, para, posteriormente, possibilitar a imposição de perda de bens como pena autônoma; depois, viabilizou-se o confisco de bens e valores equivalentes ao produto do crime e, agora, criou-se uma modalidade mais ampla de afetação do patrimônio do condenado.

O retrospecto histórico da normatização acima exposta permite ponderar que o confisco de bens do apenado, como mero efeito do cometimento de um crime (ou seja, perda de bens não fundamentada em alguma razão racional a ela vinculada, mas decorrente tão somente da própria condenação criminal), aos moldes do que determinavam as Ordenações Filipinas, encontra-se superado há longa data, mais precisamente desde a nossa Constituição Imperial.

Merece ser destacada, nesse ponto, a síntese de Erico Barin quanto à necessidade de superação do paradigma de um modelo arcaico de confisco, para a adequada compreensão de uma ferramenta moderna de combate a novas formas de criminalidade econômica organizada:

Essas contingências orbitam o instrumento legal cuja finalidade precípua pode ser resumida na tentativa de atacar o lucro e descapitalizar as novas formas da criminalidade organizada e econômico-financeira do século XXI (incluindo os modernos esquemas de corrupção e as novas estruturas de organizações terroristas), e suas atividades danosas de patamares exorbitantes em nível mundial, na trilha pavimentada como política criminal transnacional de que “o crime não deve compensar” pela via do follow the money. **Pensa-se que, quanto a essa finalidade e a posição das ferramentas de confisco ampliado nos ordenamentos legais, não há mais espaço a ilações preconcebidas, fruto dos olhares ao passado remoto e às injustiças realizadas por distorções em momentos históricos totalmente distintos, quando o confisco geral figurava como uma pena sem culpa, desproporcional e arbitrária.** Retirar a vantagem patrimonial apaga a recompensa e demove da ação criminosa, atingindo, conjuntamente, propósitos preventivos (especial e geral) e sancionatórios. Sobretudo no ambiente das organizações criminosas, a perda das vantagens da atividade delituosa tende ser mais desastrosa à manutenção da estrutura do crime do que a prisão de determinado(s) integrante(s). Além disso, ilustra à sociedade a defesa de seus interesses pelo Estado, reforçando a confiança nas instituições públicas, o law enforcement e o compliance, e fomenta o trabalho proativo dos órgãos estatais de persecução penal. Com esse panorama, tem-se que a sedimentação da perda alargada – e de outras formas musculosas de recuperação de ativos – nos direitos dos Estados, em paralelo à manutenção e à modernização das ferramentas de confisco clássico (provavelmente ineficientes no ataque ao lucro da criminalidade organizada e econômico-financeira), tudo indica, é caminho irreversível. (sem grifos no original)⁸¹

De fato, desde a Carta Constitucional de 1824, restou vedado que alguém perdesse seu patrimônio pelo simples fato de ter cometido um crime. Tal proibição foi reiterada em várias Constituições brasileiras já no período republicano e, mesmo naquelas omissas a tal respeito, a proteção da propriedade como direito inviolável (sujeita à desapropriação estatal apenas nas hipóteses de necessidade ou utilidade públicas, mediante indenização), unida à intranscendência da pena, inviabilizam uma interpretação de retrocesso na tutela de tal direito, resguardado como fundamental na atual ordem constitucional.

⁸¹ BARIN, Erico Fernando. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2021. Disponível em <http://hdl.handle.net/10451/52499>, p. 583-584.

Nesse sentido, o questionamento da (in)constitucionalidade do confisco alargado de bens previsto no art. 91-A do Código Penal, trazido ao ordenamento penal em 2019 pela Lei nº 13.964, mostra-se inócuo e contraproducente se tiver como parâmetro o confisco infundado que era aplicado à época das Ordenações Filipinas.

Compreender o novel confisco trazido ao Código Penal em 2019 – e, a partir de tal compreensão, perquirir sobre sua constitucionalidade – não deve se balizar no confisco já repudiado por um Direito Penal de índole liberal, adotado na maioria das sociedades ocidentais com o advento do constitucionalismo dos Estados de Direito, mormente nos Estados Democráticos de Direito. São institutos diversos e, não raras vezes, confundidos pela homonímia.

O fundamento nuclear do confisco alargado de bens do art. 91-A do Código Penal, que o difere como instituto jurídico, reside na vedação da incongruência patrimonial – patrimônio real superior àquele que seria compatível com a renda lícita do apenado – a qual traz uma presunção de enriquecimento ilícito do condenado. E, nesse sentido, nosso ordenamento constitucional flerta (ao menos desde a Constituição Federal de 1946) com a possibilidade de perdimento de bens decorrentes de enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, também a Constituição Federal atual dispõe expressamente, em seu art. 5º, inciso XLV, sobre a possibilidade de “decretação de perdimento de bens”, sem especificar que “bens” seriam estes sujeitos ao “perdimento”, ou em quais hipóteses esse “perdimento” se mostraria cabível, deixando tal regulamentação à legislação infraconstitucional. E é importante frisar que, logo no inciso seguinte, o legislador constituinte de 1988 optou por dispor sobre “perda de bens” como espécie de sanção penal autorizada. A utilização de expressões diferentes (“perdimento” e “perda”), em normas próximas e sequenciais, sugere, ao menos sob a perspectiva da *mens legislatoris*, uma diversidade de institutos jurídicos, tendo o legislador infraconstitucional disciplinado o “perdimento de bens” como efeito da condenação (no que se enquadra o art. 91-A do Código Penal) e a “perda de bens” como sanção autônoma, restritiva de direitos, substitutiva da privação de liberdade (art. 43, II, do Código Penal).

Some-se a isto que a Lei nº 13.964/2019 considerou que o enriquecimento não justificado do apenado seria ilícito, ao expressamente rotulá-lo como “produto de

crime” – o que autorizaria, por corolário, a perda da parte patrimonial incongruente – visto que o produto ou proveito da infração deve ser confiscado, o que é reconhecido e validamente aplicado no Brasil desde o Código Penal de 1890.

Portanto, a delimitação do que a ablação patrimonial trazida pelo art. 91-A do Código Penal não é – e, ao revés, do que ela se assemelha – permite uma adequada compreensão de sua compatibilidade (ou não) com nossos princípios constitucionais penais, de modo a se vislumbrar se o modelo legal que a disciplina, escolhido pelo legislador ordinário de 2019, suporta uma filtragem constitucional.

4. NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO ALARGADO DE BENS

Exposta a evolução histórica do instituto e estabelecidas as distinções necessárias, diferenciando o confisco alargado de bens de outras modalidades de confisco ou perda de bens cabíveis em nosso ordenamento (perda de bens como pena substitutiva, confisco dos instrumentos e produto ou proveito do crime, confisco por equiparação), impõe-se a análise da natureza jurídica do instituto trazido pelo art. 91-A do Código Penal.

Há, inicialmente, o vislumbre de quatro principais hipóteses: se seria o confisco alargado de bens uma pena propriamente dita (e, neste caso, uma pena acessória), se seria propriamente um efeito da condenação (como classificou o legislador), se seria uma medida de segurança (nesta hipótese, uma medida de segurança atípica), ou se seria uma sanção civil ou administrativa *sui generis*.⁸²

4.1 Confisco como pena

Desde logo, não se vislumbra que o confisco alargado se trate de uma pena acessória, ou seja, uma sanção penal complementar àquela cominada no preceito secundário do tipo penal violado. As penas acessórias eram previstas na redação original do art. 67 do Código Penal (perda de função pública, eletiva ou de nomeação, interdições de direitos e publicação da sentença) e foram extintas (ou reclassificadas) no ordenamento brasileiro com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Elas representavam a necessidade de um *plus* de reprovação estatal sobre a conduta perpetrada. Assim, consistiam em um incremento da pena principal.

O confisco alargado não foi estabelecido – pela dicção legal do art. 91-A do Código Penal ou pela interpretação histórica ou teleológica de seus fundamentos – como uma maior reprovação necessária àquele que comete crime apenado com

⁸² Em tese, seria possível falar em cinco hipóteses, agregando àquelas a natureza de medida cautelar. Todavia, tal hipótese não encontra amparo jurídico ou apoio doutrinário que justifique sua inserção. Basta observar que o confisco alargado de bens não cumpre uma função de acautelar a ação penal, nem é dotado da provisoriedade insita às medidas cautelares.

reprimenda cominada superior a seis anos. A condenação por delito com pena máxima superior a seis anos não é a razão de ser do confisco alargado, mas seu pressuposto legal.

O legislador delimitou quais crimes poderiam surtir tal consequência patrimonial, utilizando referido critério (sanção máxima cominada), mas o que fundamenta e subsidia o confisco alargado é a incongruência patrimonial. A perda dos bens não suportados pela renda lícita do apenado não possui relação ontológica direta com o crime cometido pelo condenado. Em outras palavras, ele não perde seus bens por ter cometido um “crime grave”, mas por possuir um patrimônio que não se justifica por seu rendimento lícito. O delito perpetrado somente delimita em quais casos a medida tem cabimento, mas sua imposição não decorre dele.

Além disso, a concepção do confisco como pena demandaria um juízo de culpabilidade do apenado quanto ao crime anterior, do qual o bem a ser confiscado seria produto ou proveito. Inexiste, contudo, a necessidade de demonstração da culpabilidade do indivíduo pela infração da qual proveio o patrimônio ilícito, mas apenas uma valoração legal de suspeita, a qual satisfaz (em tese) a presunção instituída pela norma. Assim, sem definição de culpabilidade do apenado, não se poderia falar em pena dela decorrente.

Ademais, para que o confisco alargado fosse entendido como uma pena propriamente dita, teria ele que recair sobre bens de origem lícita do condenado, pois, nesta hipótese, representaria verdadeira sanção, em sentido estrito. É o que ocorre na perda de bens prevista no art. 43, II, do Código Penal, c/c art. 5º, XLVI, “b”, da Constituição Federal: cometido o crime, o acusado “paga” com seu patrimônio, ao invés de responder com sua liberdade.

O art. 91-A do Código Penal parte da concepção oposta: aqueles bens a serem confiscados configuram patrimônio ilícito, de proveniência criminosa (a norma os nomina “produto de crime”). Sua retirada da esfera de disponibilidade do apenado não possui conotação retributiva, mas somente uma correção ou desfazimento de um enriquecimento ilícito (um efeito restaurativo com finalidades preventivas, como melhor se verá adiante).

4.2 Confisco como efeito da condenação

Quanto à segunda hipótese – confisco alargado como efeito da condenação – não se ignora que foi a opção do legislador. Portanto, ao menos sob a perspectiva formal, seria esta sua natureza jurídica. A Lei nº 13.964/2019 optou por inserir o confisco alargado dentro do capítulo do Código Penal atinente aos efeitos da condenação, sendo que sua disposição topográfica (inserção sequencial ao art. 91) indicaria se tratar, inclusive, de efeito extrapenal genérico e automático da condenação.⁸³

Entretanto, examinando seu conteúdo ou substância, o confisco alargado não se assemelha a um efeito da condenação. Isto porque, como a própria expressão denota, sob a perspectiva da sintaxe linguística, “efeito da condenação” diz respeito àquela consequência que deriva do cometimento do crime, tendo com ele interconexão. Inclusive, a prova do enquadramento de um objeto submetido ao efeito da condenação é construída pela instrução da lide penal, diante da vinculação entre tal objeto e a imputação.

Ilustrativamente: a) comprovado nos autos da ação penal que valores apreendidos com o acusado são produto do crime por ele cometido, o numerário será perdido, como efeito da condenação; b) comprovado que um objeto foi utilizado como instrumento para a prática da infração penal, poderá ser ele perdido; c) comprovado o dano causado à vítima pela conduta delituosa, o agente terá que indenizá-la; d) comprovado que o agente se valeu de veículo para praticar um crime doloso, poderá perder sua habilitação como condutor; e) comprovado que abusou do poder familiar ou da tutela ou curatela para cometer crime doloso contra filho ou outro descendente, tutelado ou curatelado ou outra pessoa titular do mesmo direito, poderá perder tal poder familiar, tutela ou curatela; f) comprovado que praticou crime com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, poderá perder o cargo,

⁸³ Tal consideração do confisco alargado como efeito genérico e automático – o que comporta críticas, conforme se destacará em momento oportuno – foi aqui mencionado como intenção classificatória do legislador, tão somente como observação interpretativa decorrente da disposição topográfica eleita, visto que a Lei nº 13.964/2019 não criou um “art. 92-A” do Código Penal, o que (a princípio e em tese) demonstraria tal escolha legislativa.

mandato ou função pública; g) recebendo pena privativa de liberdade não sujeita à substituição, inviabilizando assim o exercício de cargo, mandato ou função pública, também poderá perdê-los.

Perceba-se que, em todas as modalidades até então existentes de efeitos da condenação (genéricos ou específicos, automáticos ou não automáticos), há uma correlação lógica entre o crime cometido e a consequência extrapenal imposta. Esta correlação justifica que a medida aplicada seja classificada como um “efeito da condenação”, para além da *mens legislatoris*, diante do vínculo ontológico entre a conduta e sua decorrência.

Entretanto, não se visualiza tal vínculo de correlação entre o crime cometido pelo apenado e a perda de seu patrimônio incongruente, nos termos do art. 91-A do Código Penal. Seus bens, sujeitos ao confisco alargado, não possuem relação ontológica com a conduta criminosa cometida e pela qual restou condenado.

Além disto, como ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal), a classificação do confisco alargado como mero “efeito da condenação” gera um problema procedimental sensível: nos demais efeitos da condenação (arts. 91 e 92 do Código Penal), a comprovação do crime e de suas circunstâncias, na instrução criminal da ação penal, autoriza a imposição da medida extrapenal, pelo vínculo entre esta e aquele; tal não ocorre no confisco alargado, em que a prova do crime e de suas circunstâncias nada diz sobre uma incongruência patrimonial alheia ao fato imputado.

Assim, a própria necessidade (constitucionalmente imposta) de um procedimento apartado (ainda que nos mesmos autos) de comprovação da incongruência patrimonial, desvinculada da apuração do fato delituoso imputado, demonstra não ser o confisco alargado, em sua substância, um efeito da condenação (ou seja, uma mera decorrência do cometimento do crime imputado).

4.3 Confisco como medida de segurança

A partir das considerações anteriormente expostas, poder-se-ia afirmar que o confisco alargado, como perda de um patrimônio incongruente, não tendo qualquer finalidade retributiva nem vínculo direto com o crime cometido pelo apenado, melhor se assemelharia, em princípio, em sua natureza jurídica, sob o aspecto material, a uma medida de segurança patrimonial⁸⁴, atípica.

Tal como as medidas de segurança típicas da legislação penal, o confisco dos bens incompatíveis com a renda lícita do apenado cumpriria, precipuamente, uma função preventiva especial negativa: veja-se que a internação hospitalar para tratamento psiquiátrico, bem como o tratamento ambulatorial, como medidas de segurança pessoais, visam evitar novo cometimento de injusto penal pelo inimputável, sob um pressuposto de perigosidade⁸⁵; o confisco alargado, como medida de segurança patrimonial, visaria, pela retirada de um patrimônio ilícito do apenado, asfixiar economicamente a criminalidade reditícia organizada, evitando assim novos crimes, sendo esta a propugnada *ratio legis* da inserção do novel instituto pela Lei nº 13.964/2019.

Nesse sentido, o art. 91-A do Código Penal igualmente teria como objetivo o atendimento a uma função preventiva especial negativa: a evitação de novos crimes pelo agente que, tendo já cometido crime grave⁸⁶ (aqui entendido como aquele com sanção máxima cominada superior a seis anos), possui patrimônio de proveniência criminosa. O esvaziamento do proveito de infrações anteriores, que presumivelmente originaram o patrimônio ilícito, buscaria a coibição da reiteração delituosa, por fazer

⁸⁴ Aliás, era previsto, como uma medida de segurança patrimonial, o confisco de bens na redação original do art. 88 do Código Penal, sendo que o art. 100, também em sua versão de 1940, previa o confisco de produto do crime mesmo sem condenação, ao possibilitar o perdimento do bem mesmo quando não apurada a autoria.

⁸⁵ Adota-se neste texto o uso preferencial da expressão “perigosidade” ao invés de “periculosidade”, não obstante a identidade de significado linguístico, em atenção ao termo adotado na clássica obra de Aníbal Bruno no tratamento da matéria: FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Perigosidade criminal e medidas de segurança. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

⁸⁶ O crime “grave” (delito com pena máxima cominada superior a seis anos), além de delimitar os casos em que o confisco alargado poderá ter incidência (funcionando assim como um pressuposto legal da medida), também tem papel indiciário, lastreando um juízo de suspeita que recai sobre a proveniência do patrimônio do agente, conforme será melhor analisado em capítulo próprio.

com que esta deixe de ser economicamente vantajosa ao agente. Vislumbra-se, portanto, seu escopo preventivo, próprio das medidas de segurança.

Mostra-se útil, nesse ínterim, um exame comparativo com o entendimento prevalente na doutrina e jurisprudência italiana, as quais validam o instituto do *confisca allargata* pela consideração de sua natureza jurídica de uma medida de segurança atípica e não de uma sanção penal. Assim sintetiza o estudo de João Paulo Sales sobre o confisco alargado italiano:

Ainda no que tange a Itália, a jurisprudência do país tem entendido que a *confisca allargata* tem natureza de medida de segurança atípica, o que afastaria eventual ofensa à presunção de inocência (...) não se busca a comprovação da culpabilidade do agente, mas a caracterização de sua periculosidade como fundamento para ordenar a perda alargada de seus bens ante o perigo do patrimônio incongruente deixado em livre disponibilidade nas mãos de sujeitos condenados por crimes graves ser utilizado em novas práticas criminosas (...)⁸⁷.

É perceptível a semelhança do confisco alargado do art. 91-A do Código Penal brasileiro com o sistema italiano.

O Código Penal italiano previa, em seu art. 240, o confisco “tradicional” dos instrumentos e produtos do crime, quando foi inserido o “art. 240-bis”, o qual passou a prever, para alguns crimes especificados, o confisco de bens ou valores, dos quais o condenado seja o proprietário ou sobre eles tenha disponibilidade, e que não consiga justificar a origem dos mesmos, tratando-se de patrimônio desproporcional aos seus rendimentos lícitos, declarados no imposto de renda. Assim, a lei italiana pressupõe que o dinheiro utilizado para aquisição de tais bens é produto de evasão fiscal, o que justificaria sua expropriação. Destaque-se a literalidade do dispositivo ítalo, conforme trecho abaixo transcrito:

(...) sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilita' di cui il condannato non puo' giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilita' a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al próprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla própria attivita' economica. In ogni caso il condannato non puo' giustificare la legittima provenienza dei beni

⁸⁷ SALES, João Paulo. O confisco alargado à luz da ordem jurídica constitucional brasileira. 2019. Disponível em <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/30085>. Acesso em 22.09.2022.

sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale (...).^{88 89}

Definindo a natureza jurídica do confisco alargado na Itália, Federica Lusito expõe se tratar de medida de segurança atípica, de função eminentemente preventiva, conforme reiteradamente decidiu a Corte Constitucional Italiana:

La confisca allargata, o per sproporzione, in seguito al susseguirsi di numerose pronunce, è stata definita come una misura di sicurezza atípica, al confine con la confisca in funzione repressiva delle misure di sicurezza patrimoniali e la funzione di ostacolo preventivo.^{90 91}

A partir da verificação de um patrimônio sem apoio na renda lícita, Francesco Mazzacuva constrói raciocínio segundo o qual a noção de perigosidade do sujeito seria transmitida (e ficaria impregnada) nos bens adquiridos sob presunção de ilicitude, cuja ablação se justificaria por uma necessidade também “macropreventiva”; esta, concebida como evitação que escapa aos limites subjetivos do apenado, mas tutela a sociedade, por meio da não inserção na economia formal de bens de proveniência criminosa, obstando assim uma desestabilização da ordem econômica e do mercado.⁹²

⁸⁸ Tradução livre: “(...) é sempre decretada a apreensão de dinheiro, bens ou outros bens cuja origem o condenado não possa justificar e dos quais, ainda que por intermédio de terceiro, seja proprietário ou tenha acesso a qualquer título, em valor desproporcional aos seus rendimentos, declarados para efeito de imposto de renda, ou à sua atividade econômica. Em qualquer caso, o condenado não pode justificar a origem legítima dos bens alegando que o dinheiro usado para comprá-los é produto ou reinvestimento de sonegação fiscal (...)”.

⁸⁹ É importante salientar que, ao lado do confisco alargado de bens, previsto na norma aqui transcrita do Código Penal italiano, há outras modalidades distintas de confisco na Itália, tais como: o confisco tradicional do produto do crime, confisco por equiparação e o mais polêmico deles, segundo a doutrina italiana, o “confisco de prevenção” da legislação antimáfia. Quanto a este, os autores sustentam uma crise de legitimidade constitucional, por se tratar de medida preventiva anterior à condenação, a qual possuiria caráter aflagante (o que importaria a observância das garantias penais) e seria marcado pela definitividade, não obstante a jurisprudência italiana afirme seu caráter restaurativo e, portanto, constitucionalmente válido.

⁹⁰ Tradução livre: “O confisco alargado, ou confisco por desproporção, na sequência de inúmeras decisões judiciais, tem sido definido como uma medida de segurança atípica, beirando o confisco com função repressiva das medidas de segurança patrimonial e a função de obstáculo preventivo.”

⁹¹ LUSITO, Federica. La natura proteiforme della confisca al vaglio dei principi fondamentali del diritto penale. 2022. Tese de cátedra. Disponível em [Archivio istituzionale delle Tesi di Laurea Luiss](http://tesis.luiss.it/34505/). Disponível em <http://tesis.luiss.it/34505/>. Acesso em 08.01.2024. P. 217.

⁹² MAZZACUVA, Francesco. I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca “di prevenzione” nella recente riflessione dottrinale. *Revista Sistema Penale*. Maio de 2023.

Ademais, além da comparação com o sistema jurídico italiano, resta cediço que o confisco alargado de bens instituído no Brasil teve como inspiração direta e imediata o modelo lusitano, o que torna proveitosa a análise da doutrina portuguesa sobre o instituto jurídico.

Desde logo, observe-se que a normatização portuguesa é extremamente similar à brasileira, baseada no mesmo pressuposto de presunção de ilicitude da proveniência do patrimônio incongruente. Assim preveem os arts. 7º e 9º da Lei portuguesa nº 05/2002, que incorporou no ordenamento lusitano a “perda alargada” de bens, posteriormente alterada pela Lei portuguesa nº 30/2017, que acresceu ao Direito Português as diretrizes da Diretiva 2014/42 do Parlamento Europeu:

Perda alargada

Artigo 7.º

Perda de bens

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

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por «património do arguido» o conjunto dos bens:

- a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;
- b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;
- c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino. (...)

Artigo 9.º

Prova

1 - Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º

2 - Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.

3 - A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens:

- a) Resultam de rendimentos de atividade lícita;
- b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;
- c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior. (...)

A partir da análise da normatização portuguesa, forte parcela da doutrina lusitana também concebeu tratar-se de uma medida de segurança, de cunho especial.

Este é o entendimento de Manuel Picão Minas, o qual ponderou que, ausente um juízo de culpabilidade do apenado pelo delito do qual redundou o patrimônio

incongruente, a perda dos bens de origem ilícita tratar-se-ia de medida de segurança, baseada em um pressuposto de perigosidade ínsito a um acúmulo patrimonial de base criminosa:

Dentro do Direito Penal, há ainda que distinguir a natureza do confisco alargado enquanto sanção penal. Não nos parece que se possa considerar que o confisco é uma efectiva pena, uma vez que lhe falta um dos traços essenciais das penas, mais precisamente a culpabilidade. Na verdade, consideramos que o confisco alargado tem a natureza de medida de segurança, uma vez que é aplicado a um agente com base na perigosidade inerente a um estado patrimonial contrário ao Direito, nomeadamente a posse de património proveniente da prática de factos ilícitos.⁹³

Semelhante é a compreensão de Damião da Cunha, para quem o confisco alargado seria uma medida *sui generis*, assemelhada a uma medida de segurança, imposta com base em uma definição de suspeita, desvinculada do crime concreto que gerou a condenação do apenado.⁹⁴

Aproxima-se, em certa medida, a concepção de Maria José dos Santos de Matos, a qual entende que o confisco alargado da lei portuguesa se situa em uma categoria intermediária entre a pena e a medida de segurança (um *tertium generis*). A autora sustenta que a medida confiscatória alargada não se enquadra de forma precisa em nenhuma destas categorias e, não obstante possua natureza penal, não possui os elementos necessários para ser considerada uma pena propriamente dita.⁹⁵

Isto posto, a partir do exame da disciplina legal do art. 91-A do Código Penal brasileiro, em cotejo com a análise doutrinária sobre alguns diplomas normativos estrangeiros semelhantes, poder-se-ia concluir, em princípio, que o confisco alargado de bens, instituído pela Lei nº 13.964/2019, constituiria, sob o aspecto formal, um efeito da condenação penal, e, sob o aspecto substancial, uma medida de segurança atípica, com finalidade predominantemente preventiva e restaurativa.

⁹³ MINAS, Manuel Picão. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa, 2017. Tese de doutorado. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/>. Acesso em 05.08.2020.

⁹⁴ CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Artigos 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 20.

⁹⁵ MATOS, Maria José Dos Santos. A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica. Porto, Dissertação para o Mestrado em Direito apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 15.

Todavia, a consideração do confisco alargado de bens com natureza jurídica de medida de segurança enfrenta possibilidade de crítica fundada. Isto porque a medida de segurança pressupõe uma ideia de perigosidade, que justifica sua incidência de cunho preventivo.

Nesse ponto, seria temerário, por um lado, imputar a pecha de “perigoso” àquele que comete crime com pena máxima cominada superior a seis anos, pois tal raciocínio romperia a culpabilidade pelo fato e retomaria um Direito Penal do autor, em afronta constitucional. Em outras palavras, o fato de alguém perpetrar um delito grave não autorizaria a conclusão de se tratar de pessoa perigosa e propensa a novas infrações – a justificar a retirada de seu patrimônio com fins preventivos – restaurando, reflexamente, um conceito de culpabilidade (diferenciado para tais crimes de maior pena) propugnado por Mezger, como traço de personalidade que determinaria a conduta delituosa como decisão de condução de vida.

Por outro lado, remanesceria a possibilidade de, em tese, situar a perigosidade que marcaria tal medida de segurança não sobre a pessoa do agente, mas sobre seus bens incongruentes (como sustenta Francesco Mazzacuva, conforme acima mencionado). Assim, o que seria perigoso, a autorizar o confisco alargado, seria não o apenado, mas seu patrimônio injustificado. Contudo, aqui há uma construção jurídica que prescindir de base ontológica: coisas não são, em si, perigosas.⁹⁶

Essa razoável objeção crítica à natureza do confisco alargado como medida de segurança leva a dois campos de aplicação distintos: confisco de bens no âmbito das organizações criminosas (ORCRIM) e fora deste âmbito.⁹⁷

No primeiro caso (ORCRIM), admite-se a perigosidade patrimonial: bens adquiridos pela organização criminosa e distribuídos aos seus integrantes são intrinsecamente perigosos. Qualquer patrimônio decorrente da riqueza obtida por

⁹⁶ Não deve ser ignorada a lição deixada, em meados do século passado, pela então ascensão do finalismo na teoria do delito, especialmente no tratamento do dolo, no sentido de que as categorias dogmáticas não devem desprezar a natureza do mundo do ser, em elaborações puramente normativas. Nesse ponto, no que tange ao tema da pesquisa, coisas (tais como, por exemplo, casas, carros, dinheiro, ou seja, bens afetáveis pelo confisco alargado) não são perigosas por si mesmas (exceção feita, obviamente, a armamentos, drogas e outros objetos que, em si e por sua natureza ínsita, implicam risco a bens jurídicos).

⁹⁷ Tal distinção é melhor tratada (e será melhor compreendida pelo leitor) no capítulo que trata da interpretação conforme a Constituição do confisco alargado na restrição realizada quanto ao crime cometido pelo apenado.

estruturas criminosas organizadas atua como instrumento de financiamento ou de continuidade de suas ações, ou como fomento de manutenção de seus membros ou cooptação de novos integrantes.⁹⁸

Destaque-se que a perigosidade, aceita no âmbito da organização criminosa, não recai propriamente sobre a pessoa de seus membros. Em outras palavras, o que pode ser considerado como perigoso não é o integrante da ORCRIM, mas a própria ORCRIM que esteja dotada de poderio financeiro.

Assim, a perigosidade que justificaria a classificação do confisco alargado como medida de segurança, neste caso, decorreria da conjunção de dois fatores: existência de uma organização criminosa e acúmulo de riqueza, por esta, que lhe permite a continuidade de suas atividades ilícitas e de sua própria existência. Nesse sentido, não resta dúvida que uma associação (estável, estruturada e organizada) de diversos indivíduos que se unem justamente para o cometimento de crimes traz em si a pecha da perigosidade.

Essa associação delituosa – à semelhança de uma pessoa jurídica, como se enfocará em tópico próprio deste trabalho – é um ente coletivo fictício, criado pelo direito, de modo que se poderia afirmar, de forma meramente aproximativa, que a perigosidade dela decorrente também assume natureza ficta e prospectiva. Disto se afirma que uma ablação patrimonial, como resposta inibitória a essa perigosidade peculiar, constituiria uma medida de segurança *sui generis* e atípica.

Lado outro, no segundo campo de aplicação (contexto fático da imputação não relacionado a ORCRIM), a conclusão acima exposta não se mostra cabível, pois o patrimônio incongruente de alguém que, fora de uma *societas sceleris*, se enquadra na hipótese prevista no art. 91-A do Código Penal, não representa, por si mesmo, qualquer perigo.

⁹⁸ Graziela Braz expõe que, entre as características mais marcantes das organizações criminosas, estão: “[...] **acumulação de riquezas indevida ou de forma ilícita**; **hierarquia estrutural**; **planejamento empresarial envolvendo, por exemplo, custo das atividades, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de mercadorias, planejamento dos itinerários, etc.**; **uso dos meios tecnológicos sofisticados**; **recrutamento de pessoas e divisão funcional de atividades [...]**” (sem grifos no original) (BRAZ, Graziela Palhares Torreão. Crime organizado x direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 32-33).

Portanto, nesta última situação narrada, faltaria ao confisco alargado de bens algum teor de perigosidade (pessoal ou patrimonial) que autorizasse seu enquadramento como medida de segurança atípica. Remanesce, neste caso, a análise do confisco alargado como sanção de natureza civil.

4.4 Confisco como sanção civil

Relevante parte das doutrinas penalistas brasileira e estrangeira recusa a natureza penal do confisco alargado, entendendo-o como um instituto eminentemente civil (ou administrativo).⁹⁹

Remontando à doutrina italiana alhures destacada, Francesco Mazzacova entende que a medida confiscatória ampla teria, por um lado, uma função restaurativo-compensatória (restabelecendo a situação patrimonial anterior ao enriquecimento ilícito), tipicamente civil, e, por outro lado, uma função preventiva, típica das medidas de segurança cabíveis no âmbito penal. Alerta Di Lello Finuoli quanto à inexistência de uma “natureza jurídica pura” do instituto do confisco, referindo-se ao “confisco de prevenção”, mas aplicável igualmente ao confisco alargado:

Il reato, ancora, domina l'orizzonte teleologico della misura, lo scopo perseguito: la dissuasione (prevenzione generale) dalla commissione dei reati di criminalità organizzata e degli illeciti a scopo lucrativo; la neutralizzazione (prevenzione speciale) del proposto, nel caso in cui la pericolosità sociale sia attuale; l'ostacolo alla circolazione dei capitali di cui si sospetti la provenienza illegale, a tutela dell'ordine economico, del mercato e della concorrenza; il

⁹⁹ Alguns autores (a exemplo do lusitano Pedro Caeiro) optam por chamar a natureza civil do confisco de natureza “administrativa”: trata-se do mesmo enfoque, qual seja, contrapor o confisco alargado à natureza penal. Veja-se que as naturezas jurídicas anteriormente analisadas situam-se todas na órbita do Direito Penal: confisco como pena, como efeito de uma condenação penal ou como uma medida de segurança penal. Contudo, para tais estudiosos, a opção pelo termo “administrativo”, ao invés de “civil”, para designar a natureza jurídica do confisco, visa destacar o ato de império do Poder Público (aplicado pelo Estado-juiz) de expropriação contra o apenado, não obstante a finalidade de cunho civil da medida (restauração de uma regularidade patrimonial).

contenimento del fenomeno criminale, per l'impedimento delle offese all'ordinamento giuridico-penale.^{100 101}

Ainda que parte da doutrina italiana reconheça no confisco (especialmente no “confisco de prevenção”, diverso do confisco alargado, por não pressupor uma condenação) uma certa carga afluente e punitiva, que o aproximaria de uma sanção penal (e, com isto, exigir-se-ia a observância das garantias penais para sua imposição, maculando de inválidos os juízos presuntivos contra o apenado), a Corte Europeia de Direitos Humanos vem sistematicamente validando a ablação alargada, o que se percebe desde a apreciação do paradigmático caso *Butler vs. Reino Unido*, em 1998, quando rejeitou o argumento de Francis John Butler de que o confisco teria natureza criminal. O tribunal entendeu que se trataria de medida preventiva de natureza civil, para retirar de circulação valores de origem ilícita, sem que houvesse nova acusação ou imputação de novo crime contra o requerente.¹⁰²

Assim também entende Pedro Caeiro, expoente português no estudo do confisco alargado de bens, cujas conclusões possuem especial relevância, em razão de ser o modelo lusitano o adotado pelo legislador brasileiro. Caeiro reconhece que a constrição patrimonial ampla busca o alcance de finalidades político-criminais, buscadas em procedimento penal, por opção legislativa. Entretanto, o autor vê tal ablação patrimonial como uma medida não penal (e, portanto, administrativa), por não ter como fundamento um fato punível (ou seja, uma conduta típica, ilícita e culpável).¹⁰³

¹⁰⁰ Tradução livre: “O crime, mais uma vez, domina o horizonte teleológico da medida, o objetivo perseguido: a dissuasão (prevenção geral) da prática de crimes de crime organizado e de atividades ilícitas com fins lucrativos; a neutralização (prevenção especial) do proposto, caso o perigo social seja atual; o obstáculo à circulação de capitais suspeitos de origem ilícita, para proteção da ordem econômica, do mercado e da concorrência; a contenção do fenômeno criminal, para prevenir infrações contra a ordem jurídica penal.”

¹⁰¹ FINUOLI, M. Di Lello. *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*. Giappichelli Editore: Torino, 2021.

¹⁰² EUROPA. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Butler v. United Kingdom* - Application no. 41661/98. Igual conclusão foi aplicada pela CEDH em requerimento similar apresentado por Steven Phillips: *vide* EUROPA. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Phillips v. The United Kingdom* - Application no. 41087/98.

¹⁰³ CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 21, Abril-Junho de 2011, p. 309-311.

Para Caeiro, o fator determinante da imposição da medida é a incongruência patrimonial (questão não penal), de modo que a retirada dos bens do apenado é realizada pela Administração Pública (ainda que se valendo do aparelhamento estatal penal) para o atendimento a uma correção civil em suas propriedades.

Raciocínio parecido é exposto na tese de doutoramento “A natureza jurídica da perda alargada”, defendida em 2021 por Erico Fernando Barin, na Faculdade de Lisboa¹⁰⁴. Após exaustiva pesquisa histórica e aprofundado exame das normas aplicáveis ao confisco alargado em Portugal e em diversas legislações estrangeiras (inclusive a brasileira), Barin sustenta que se trata de medida de cunho materialmente administrativo, baseada em uma presunção de direito civil, ainda que inconvenientemente atrelada, por equivocada escolha legislativa, ao processamento de uma persecução penal:

(...) a perda alargada é uma medida materialmente administrativa. Na esteira da fundamentação do Tribunal Constitucional português exarada no acórdão n.º 392/2015, é uma “medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens”. O núcleo duro da medida consiste em o Estado verificar situação patrimonial injustificada e averiguar uma aquisição ilícita de bens, em ação de regulação do direito da propriedade privada e tendente a evitar o enriquecimento ilícito. Há, no liame jurídico subjacente à aplicação da perda alargada, relação jurídica de regulação da propriedade entre a Administração Pública (Estado) e o particular condenado por crime do catálogo. É uma medida administrativa sui generis, peculiar no que toca aos seus requisitos (como o “gatilho” da condenação criminal, nalguns casos) e ao sítio em que sua pretensão é tramitada e julgada (não raro, enxertada num processo penal e decidida por tribunal criminal em meio a uma sentença condenatória).¹⁰⁵

Todavia, tal pensamento não encontra pacificação na doutrina portuguesa. Exemplo disso é a análise (já mencionada) realizada por Manoel Picão Minas, que, em sua dissertação, tendo por objeto o exame do confisco alargado no Direito

¹⁰⁴ A tese de doutoramento do lusitano Erico Barin, pela sua completude, se trata da mais profunda obra acessada por esta pesquisa no que tange à natureza jurídica do confisco alargado de bens. Em suas 640 páginas de texto monográfico, Barin verticaliza o exame do tema, não apenas no âmbito português, refutando, ponto a ponto, outras hipóteses levantadas para a natureza jurídica da medida patrimonial constritiva e, do mesmo modo, rebatendo as supostas violações a princípios constitucionais penais.

¹⁰⁵ BARIN, 2021, p. 593.

Português, concluiu se tratar de medida de natureza penal (mais assemelhada a uma medida de segurança):

Quanto à natureza jurídica do confisco alargado, após uma profunda análise doutrinal concluímos que esta figura tem natureza penal, uma vez que ela foi consagrada pela Lei n.º 5/2002 dentro de um procedimento penal, o que significa que deve reger-se pelas regras e princípios deste ramo do Direito.¹⁰⁶

Volvendo à legislação brasileira, o conteúdo do texto legal do art. 91-A do Código Penal sugere que, sob o aspecto material, o confisco de bens ali determinado teria, de fato, natureza eminentemente civil. Tal ponderação decorre da escolha do legislador quanto ao fundamento central da perda patrimonial: a diferença entre o patrimônio real do apenado e o patrimônio que seria suportado por sua renda lícita. Da opção legislativa decorre a conclusão: a retirada do patrimônio incongruente busca restaurar a licitude patrimonial do apenado, para que ele retorne ao *status quo ante* da obtenção ilegal de bens. Essa finalidade predominantemente restaurativa determinaria a natureza civil do instituto.

Além disso, o confisco alargado teria, em tese, natureza jurídica semelhante àquela do efeito extrapenal da condenação disposto no art. 91, II, “b”, do Código Penal. Isso ficaria nítido quando a lei (*caput* do art. 91-A) caracteriza os bens do apenado que não tenham lastro em renda lícita como “*produto ou proveito do crime*”, valendo-se das mesmas expressões utilizadas para o perdimento tradicional “*do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*” (alínea “b” do art. 91, II). Assim, se a perda do produto ou proveito do crime efetivamente cometido pelo apenado restaura sua regularidade patrimonial (efeito de natureza civil), igual conclusão se aplicaria ao confisco alargado de bens.

A instrumentalização do Direito Penal para incidência de uma sanção de natureza eminentemente não penal (no caso do confisco, uma sanção civil) é fenômeno semelhante àquele já ocorrido quando da incorporação, ao campo penal, das medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis, as quais, segundo robusta

¹⁰⁶ MINAS, 2017.

corrente doutrinária, teriam natureza jurídica administrativa (a chamada “segunda via” do Direito Penal): o fenômeno da administrativização do Direito Penal.

Aníbal Bruno vê a tratativa de tais sanções – e as medidas de segurança são, de fato, sanções, assim como o confisco alargado – administrativas no âmbito penal como uma necessidade evolutiva do Direito Penal, para que este consiga responder às novas demandas sociais. E destacou também que a incorporação dessas medidas sancionatórias ao Direito Penal lhes afeta o tratamento jurídico, inclusive sob a perspectiva das garantias próprias deste ramo do Direito:

Movendo-se no campo exclusivamente do direito penal, pela doutrina que lhes firma os princípios, pelas leis que as regem, pelas autoridades que as aplicam, pelo fenômeno que se propõem disciplinar e cujo domínio próprio é o desse ramo do direito [direito penal], a ele é que evidentemente pertencem as medidas de segurança.¹⁰⁷

Aníbal Bruno relembra a indagação de Carl Stooss sobre as medidas de segurança, em um questionamento hoje aplicável ao confisco alargado: *“Esta medida de segurança, que propriamente deriva do direito administrativo, não sofre uma fundamental modificação jurídica no momento em que transportada para o direito penal?”*. O notável jurista pernambucano responde que *“fatos e providências do direito administrativo, desde que adquirem configuração mais precisa e reclamam mais seguras garantias jurídicas, trasladam-se do direito administrativo para o penal”*.¹⁰⁸

Essa administrativização (instrumentalização administrativa) do Direito Penal para albergar, disciplinar e aplicar novas sanções (não estritamente penais) corresponderia ao avanço que as atuais necessidades sociais, históricas e culturais impõem sobre um Direito Penal que se pretenda conectado à sociedade que pretende regular. Neste contexto se insere a incorporação ao Código Penal do confisco alargado de bens, como um mecanismo restaurativo de regularização da licitude patrimonial do apenado. Assim sintetiza Aníbal Bruno sobre a necessidade de um novo olhar (mais dinâmico) sobre o Direito Penal, em que estes novos mecanismos sancionatórios *“pertencem a esse direito penal em mudança que, procurando*

¹⁰⁷ FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Perigosidade criminal e medidas de segurança. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 178.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 178.

acomodar-se a novas exigências sociais e jurídicas, não se apoia apenas na culpa, nem se arma somente com a pena”:

Já não é possível reduzi-lo [o direito penal] ao simples jogo daquelas fórmulas tradicionais, excluindo do seu âmbito de disciplina todas as medidas de aplicação pessoal sobre o delinquente, que os progressos da ciência do direito penal e das que lhe são correlatas e auxiliares venham a sugerir como meios jurisdicionais eficazes na luta contra o delito. E nisso reside precisamente o seu poder de continuidade. Ao contrário do que pensava Birkmeyer, se o direito penal persistisse em confinar-se nas angústias do espaço que as duas linhas da culpa e da pena delimitavam, não haveria salvação para ele. Florian fez-lhe o prognóstico: seria a morte por consumação. O direito penal persiste renovando-se. Expressão da cultura, em correlação necessária com as outras manifestações do mesmo momento histórico, ele se transforma sob a influência do espírito e das exigências dos novos tempos. Termina por assumir a atitude mais adequada aos fins da sociedade que se destina a reger. [...] Por que recusar à nossa cultura a mesma capacidade de construir o seu direito conforme as necessidades reais do nosso tempo e os recursos técnicos da mesma cultura, e condená-la a sacrificar interesses vitais ao respeito supersticioso por fórmulas criadas dentro de outros sistemas jurídicos, em concordância com o espírito e as exigências práticas de outros tempos e de outros meios? [...].¹⁰⁹

4.5. Conclusões Parciais

O confisco alargado de bens, nos moldes de sua disciplina no ordenamento brasileiro, à semelhança do modelo português e de outras legislações estrangeiras, é um instituto jurídico multifacetário. Essa sua variedade de facetas acaba por determinar uma igual variedade de conclusões quanto à sua natureza jurídica, a depender do enfoque preconizado pelo intérprete da norma. Isso explica, em certa medida, o fato de que o confisco alargado – conquanto seja um instituto jurídico existente há décadas em inúmeros países, notadamente da União Europeia – desperte ainda hoje uma acirrada discrepância (resistente e longe de qualquer uniformização) de conclusões de seus estudiosos quanto à sua natureza jurídica.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 180-185.

¹¹⁰ Mostra-se simbólico e representativo que a “perda alargada” no Direito Português, de redação extremamente semelhante à previsão do art. 91-A do Código Penal brasileiro (confessadamente inspirado no instituto lusitano), é estudada com afincos há ao menos duas décadas por renomados juristas portugueses, sem qualquer pacificação de conclusões sobre sua natureza jurídica, conforme se observa pelos textos divergentes de Erico Barin, Pedro Caeiro, João Conde Correia e Damião Cunha. Assim, a experiência lusitana ensina que seria temerária qualquer conclusão peremptória e inequívoca quanto à natureza jurídica do novel confisco alargado brasileiro. Essa pesquisa, nesse ponto, busca apenas esboçar uma sinalização de um caminho – que ainda levará algum tempo para ser totalmente percorrido – para a definição da natureza jurídica deste instituto jurídico-penal.

Consignada tal ponderação preambular, algumas considerações podem ser esboçadas acerca da natureza jurídica do confisco de bens previsto no art. 91-A do Código Penal.

A primeira delas é que, justamente em razão de seu cunho multifacetário, seria temerário fixar ao confisco alargado uma natureza jurídica “pura”, uma; pelo contrário, a variedade de enfoques, requisitos e finalidades sugere se tratar de um instituto de natureza híbrida, ou seja, ele traz em si mais de uma natureza jurídica (ainda que tal hibridizem refira-se, ao menos, aos seus aspectos externos-formais e internos-materiais). O que pode ser melhor tangenciado é o cunho que se afigura preponderante em cada análise.

O vislumbre dessa natureza híbrida leva, por corolário, a se considerar que qualquer aspecto penal do instituto, ainda que não preponderante, atrai para si a incidência da principiologia penal (de sede constitucional) para a delimitação e aplicação do confisco de bens do apenado.¹¹¹

Em segundo lugar, é suficientemente nítido que o confisco alargado não configura uma pena, em sentido estrito. Não é uma pena acessória pelo crime cometido pelo réu (inexistindo vínculo entre os bens confiscáveis e tal delito, não havendo, ainda, qualquer finalidade retributiva na ablação patrimonial) assim como também não é uma pena (propriamente dita) pelo crime anterior presumido (em relação ao qual a lei não exige a comprovação de culpabilidade pelo fato).

A circunstância de não se tratar de pena *strictu sensu* não autoriza, por outro lado, a precipitada conclusão de consistir em medida sem qualquer carga sancionatória. Nesse ponto, deve-se ponderar que, até que sobrevenha decisão judicial definitiva acolhendo o requerimento ministerial de confisco (não adentrando aqui a discussão de ser uma decisão declaratória ou constitutiva), os bens afetados integram, de fato, o patrimônio jurídico do apenado. Assim, ele perderá a propriedade e/ou usufruto de tais bens, os quais até então fruía, com a efetiva redução real de seu patrimônio. Disso se extrai a carga sancionatória (*lato sensu*) do confisco. Ademais, a

¹¹¹ Aplica-se aqui, *mutatis mutandis*, o mesmo entendimento cabível para as normas híbridas (como são, por exemplo, aquelas que tratam de causas extintivas da punibilidade, condições de procedibilidade e benefícios processuais): a existência de certo cunho penal da norma basta à necessidade de observância das garantias penais e processuais penais (tais como a irretroatividade da norma mais gravosa).

lei trata esses bens como produtos de crime, razão pela qual sua confiscação é consequência de um presumido cometimento de delito anterior, o que corrobora, em certa medida, tal cunho sancionatório.

Outro ponto relevante, olvidado pelos adeptos de ser o confisco alargado uma medida meramente restaurativa (não sancionatória), reside na opção legislativa quanto ao tratamento legal da matéria: a criação de um novo efeito da condenação criminal, disciplinado no Código Penal, aplicado por um juízo criminal, em sede de uma ação penal. A incorporação do confisco alargado no âmbito do Direito Penal (material e processual) não se trata de elemento accidental e de menor relevância em seu estudo.

A minimização da importância de tal opção legislativa (disciplina do confisco alargado no âmbito do Direito Penal) consiste, quiçá, no equívoco central de análise da defesa da natureza pura e meramente civil ou administrativa do instituto, como se percebe na obra de Erico Barin. O autor lusitano chega a expor claramente sua insatisfação com uma escolha legislativa que entende como inadequada e, por tal razão, acaba por mitigar sua relevância na definição da natureza jurídica do confisco:

Sendo o confisco ampliado uma medida materialmente administrativa, e inclusive, alhures, contando com espécimes que não exigem, peremptoriamente, a condenação criminal, não se reputa como mais adequado manter seu momento decisório acoplado a uma sentença condenatória criminal. É recomendável seu descolamento do processo penal. (...) Alternativa reside em conceber o procedimento de aplicação da perda alargada sem relação, nem mesmo para um mero juízo de admissibilidade, com o processo penal, com decisão independente da sentença condenatória. A medida materialmente administrativa, nesse cenário, no perfil de uma non-conviction based forfeiture, é objeto de um processo não penal (civil ou administrativo), autônomo e independente de um processo penal. Em Portugal, quiçá devesse avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada (em concomitância ou posterior ao processo penal), até mesmo totalmente independente da sentença condenatória.¹¹²

Uma hipotética desvinculação do confisco alargado do processo penal pode validamente constituir uma proposta de *lege ferenda*, mas, até que ocorra eventual e futura alteração legislativa, remanesce relevante a decisão político-criminal de disciplinar tal instituto no âmbito penal. E, nesse sentido, uma conclusão aparentemente inequívoca reside no fato de que, ao menos sob o aspecto formal

¹¹² BARIN, 2021, p. 593-594.

(externo), o confisco alargado de bens tem natureza jurídica de efeito da condenação (inclusive em face da disposição topográfica da matéria na legislação penal).

Essa natureza jurídica de efeito da condenação penal, sob o prisma formal, implica *a priori* duas consequências de relevo: a expansão do poder punitivo estatal e a majoração da carga aflitiva ínsita à persecução penal. O aparelhamento estatal voltado à *persecutio criminis* (notadamente a polícia judiciária, o Ministério Público e a Justiça Criminal) não se volta apenas à apuração de fatos delituosos, mas também à averiguação da regularidade patrimonial do indivíduo. Este, por sua vez, sabe que não apenas sua liberdade se encontra ameaçada, mas também suas propriedades.¹¹³

Essa compreensível majoração da carga aflitiva para o réu da ação penal exige, como contraponto, a observância das garantias penais e processuais penais e o respeito aos direitos fundamentais para o confisco de seus bens, como meio hábil a frear uma expansão ilimitada ou desarrazoada do poder punitivo estatal, de modo a tentar evitar que este se torne instrumento simultâneo de encarceramento em massa e de expropriação em massa.¹¹⁴

Poder-se-ia conjecturar a objeção de que há outros efeitos extrapenais da condenação criminal, igualmente previstos na legislação penal, que possuem natureza jurídica civil ou administrativa (como é o caso da indenização para reparação dos danos causados pelo crime, ou a própria perda do produto ou proveito do delito cometido), sem que se cogite a necessidade de observância da principiologia constitucional penal para a imposição de tais efeitos.

A objeção improcede, pois, para estes efeitos civis da condenação, a obediência aos princípios e garantias penais e processuais penais já foi garantida ao apenado ao longo da persecução penal, em especial durante a ação penal, em sua

¹¹³ Conquanto não constitua objeto desta pesquisa, não pode ser ignorado que a expansão desmesurada do poder punitivo, que agora recai fortemente também sobre o patrimônio do acusado, significa um incremento do risco de arbítrio (acusatório e judicial) em um ambiente marcado, por um lado, pela seletividade do Direito Penal, e, por outro lado, por uma cultura de mercado marcada pela informalidade laboral.

¹¹⁴ Quanto ao ponto, outra ponderação necessária (malgrado escape ao objeto da pesquisa) reside no risco metajurídico de que o confisco alargado represente outra forma de “criminalização” da pobreza. Isto porque os bens confiscáveis são aqueles não suportados pela renda lícita do apenado: em outras palavras, aquele que não possui renda lícita (ou possui renda parca ou informal) fica mais sujeito à constrição patrimonial; ao revés, o indivíduo economicamente abastado terá lastro financeiro para justificar seu patrimônio, ficando imune à ablação de seus bens, independente da origem real destes.

instrução processual sob contraditório. A diversidade de situações decorre da ausência de vinculação dos bens confiscáveis, nos termos do art. 91-A do Código Penal, ao crime imputado, opostamente ao que ocorre quanto à reparação dos prejuízos causados pelo delito ou à perda de seu produto ou proveito.

A vantagem patrimonial acrescida ao réu com a perpetração do crime, ou o prejuízo que ele causou à vítima, integram o conteúdo da imputação e são objeto de apuração e comprovação ao longo da ação penal: restando comprovado nos autos, durante a instrução probatória, que houve um produto ou proveito do crime para o réu, ou que houve um dano por ele ocasionado ao ofendido, tais questões, submetidas ao contraditório, serão decididas na sentença, com a imposição dos correlatos efeitos. Estes efeitos são decorrências diretas e imediatas do fato imputado, são extensões causais deste, de modo que sua incidência não implica uma maior carga aflitiva ao réu.¹¹⁵ Por outro lado, tal não ocorre com o “crime presumido” (do qual o réu não se defendeu na ação penal) que gerou o acréscimo patrimonial afetável pelo confisco alargado. A perda de tais bens não é uma consequência natural do crime objeto da denúncia e pelo qual o réu restou condenado, de modo que a expropriação patrimonial ampla representa uma sensível expansão de carga aflitiva por ele sofrida.

Por sua vez, em continuidade de raciocínio, adentrando o conteúdo (elemento interno) do instituto do confisco alargado (ou seja, seu aspecto material-substancial), para exame de sua natureza jurídica, apresentam-se duas situações bastante distintas.

Em relação aos apenados envolvidos em organizações criminosas e milícias (criminalidade econômica organizada), a acumulação de patrimônio incongruente denota potencial perigosidade, conforme anteriormente destacado, pois a obtenção e a distribuição de riqueza no âmbito da estrutura organizacional criminosa são essenciais à manutenção do funcionamento da *societas sceleris* e à preservação de

¹¹⁵ Exemplificativamente: quando alguém é acusado que quebrar a janela de um veículo alheio e subtrair o dinheiro existente no automóvel, ele sabe, como decorrência de uma eventual comprovação do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, que perderá o dinheiro subtraído e que terá que indenizar a vítima pela janela destruída. Tais efeitos civis da condenação (perda do produto do crime e indenização pelos prejuízos causados) são, para o réu, consequências naturais do fato imputado e integram a carga aflitiva de ser acusado por tal crime, do qual se defenderá. Diversamente, contudo, é a ameaça que pode recair sobre este réu de perder parte de seu patrimônio pessoal, sem qualquer relação com o furto qualificado.

seus integrantes e atração de novos membros. Autoriza-se, portanto, nesse âmbito mais restrito, a conclusão de uma perigosidade patrimonial, sendo a perda de tais bens necessária sob o aspecto da prevenção geral e especial negativa. Trata-se do propugnado asfixiamento de tais organizações criminosas, como papel central do confisco alargado, o que faz com que o conteúdo deste instituto prepondere, nesse caso, a natureza jurídica de uma medida de segurança patrimonial atípica.

Por outro lado, para a generalidade dos demais apenados, prepondera – sem se olvidar das considerações anteriores sobre sua sensível carga aflitiva – a natureza jurídica de um instituto administrativo com cunho eminentemente civil, baseado (também) na literalidade do texto legal, em que se busca apenas o desfazimento de um enriquecimento ilícito, restaurando a regularidade patrimonial do acusado, com a retirada da parcela de bens que não possua lastro em renda lícita. Essa regularização patrimonial é realizada pelo Estado, por competência legalmente atribuída à Justiça Criminal, de modo que a retirada do patrimônio incongruente é realizada por uma sanção administrativa *sui generis*.¹¹⁶

Por fim, insta salientar que, da análise acima realizada, não se deduz, por si só, a conclusão de constitucionalidade de sua incorporação no ordenamento pátrio, nos termos em que o instituto foi formulado. Isto porque remanesce a necessidade de averiguar se a existência de um patrimônio incongruente, pertencente a alguém que perpetrou infração de certa gravidade, autoriza, sem ofensa à nossa principiologia constitucional, a conclusão de delineamento de enriquecimento ilícito pela prática presumida de crimes anteriores.

Em outras palavras: a título hipotético, estando o Estado-juiz diante de um certo patrimônio possuído pelo apenado, adquirido comprovada e incontroversamente pela prática de crimes anteriores, trata-se de enriquecimento ilícito e seu confisco, nessa situação, não constituiria pena, mas medida de cunho restaurativo e/ou preventivo, conforme o caso.¹¹⁷

¹¹⁶ Sanção administrativa, no sentido acima exposto, não diz respeito à imposição de obrigação ao administrado, em relação com a Administração Pública, por alguma relação jurídica de direito administrativo.

¹¹⁷ Observe-se que a proveniência criminosa – afirmada e concluída pelo próprio legislador de 2019, e não pelo julgador da ação penal, quando do exame das provas no caso concreto – acabaria por equiparar tais bens incongruentes àqueles sujeitos ao confisco tradicional do produto ou proveito do

A questão central da constitucionalidade, portanto, reside em saber se é possível afirmar que tais bens se tratam, efetivamente, de produto ou proveito de crime, ou seja, se seria válida a afirmação legal de sua origem delituosa, sem que isto afronte nossas diretrizes constitucionais.

crime, previsto no art. 91, II, "b", do Código Penal. Ora, se são produtos de crime, não há dúvida que devem ser confiscados; a questão é saber se realmente são (ou se assim podem ser considerados).

5. CORRENTES DE CONSTITUCIONALIDADE

Delimitadas as distinções do confisco alargado de bens em relação a outras modalidades de perda patrimonial (no Direito Penal e nos demais ramos jurídicos), observada ainda a evolução histórica do confisco na legislação brasileira, e, por fim, analisada a complexa natureza jurídica do instituto trazido pelo art. 91-A do Código Penal, impõe-se examinar o ponto central da discussão suscitada neste trabalho, qual seja, a constitucionalidade ou não da disciplina normativa trazida pela Lei nº 13.964/2019 ao Código Penal.

A tarefa demanda uma análise acurada de notável complexidade. Nas formas já conhecidas de controle de constitucionalidade, tem-se o cotejo analítico entre a norma infraconstitucional (questionada) e a norma constitucional (parâmetro) para definição de sua eventual compatibilidade.

No caso do confisco alargado, a norma questionada (art. 91-A do Código Penal) não explicita com clareza a natureza jurídica da medida que institui (consoante análise do capítulo anterior) e, conseqüentemente, a que principiologia e tratamento jurídico se submete, o que, por si só, incrementa as divergências sobre a conclusão acerca de sua constitucionalidade.

Ademais, também a norma-parâmetro da Constituição Federal é difusa, eis que, diante de uma norma penal infraconstitucional que trata do direito de propriedade, o cotejo se estabelece, *a priori*, não apenas com os princípios constitucionais penais, mas também com a disciplina constitucional do direito de propriedade, o que atrai, inclusive, a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais (entre os quais se inclui a propriedade).

Isto posto, há, como resultados lógicos deste cotejo, duas conclusões inicialmente possíveis: ser o confisco alargado do art. 91-A constitucional, ou ser tal confisco inconstitucional. A doutrina nacional se divide entre estas duas correntes, o que também se observa entre os inúmeros autores estrangeiros no exame de seus respectivos confiscos alargados¹¹⁸. Há, ainda, uma terceira via: a

¹¹⁸ Sem maior embasamento estatístico, mas tão somente pela observação da pesquisa bibliográfica, vislumbra-se que, no Brasil, prevalece a tese de inconstitucionalidade do confisco alargado de bens,

inconstitucionalidade parcial (com ou sem redução de texto). Passo, assim, ao exame de tais possibilidades, para, ao final, expor a tese sustentada neste trabalho.

5.1. INCONSTITUCIONALIDADE

A tese de que a instituição do confisco alargado de bens, pelo art. 91-A do Código Penal, seria integralmente inconstitucional, sendo tal instituto jurídico inteiramente inválido, não remanescendo qualquer âmbito de eficácia da norma, baseia-se em algumas premissas.

Em primeiro lugar, segundo tal corrente de pensamento, entende-se que a Constituição Federal de 1988 veda o confisco de bens, de um modo geral. Afrontaria a Constituição lei que impusesse que alguém pudesse perder seus bens por ter cometido um crime (independente da gravidade deste). Sob uma perspectiva histórica, tal medida de ablação já estaria superada.

Além disso, diante da proteção da propriedade como direito fundamental¹¹⁹, as hipóteses de cabimento de sua restrição somente seriam aquelas previstas no próprio texto constitucional e, nesse sentido, a Carta de 1988 teria limitado a possibilidade de confisco de bens ao art. 243 (confisco de bens relacionados ao tráfico de drogas e trabalho escravo), dispositivo a ser interpretado de forma restrita e taxativa, no qual residiria, portanto, a única hipótese constitucional de confisco de bens como consequência de uma condenação criminal.

Aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do confisco alargado de bens nele concebem uma medida de natureza eminentemente penal, o que, inclusive,

diversamente do que ocorre no panorama internacional. No âmbito jurisprudencial, ainda não há decisões ou precedentes de relevo que permitam firmar um posicionamento consolidado em nossos tribunais, notadamente no STJ e no STF. Aguarda-se, neste ponto, o andamento da ADI nº 6304, paralisada há anos no Pretório Excelso.

¹¹⁹ Além da propriedade, também a tutela constitucional da privacidade como direito fundamental – da qual decorre a proteção aos sigilos fiscal, financeiro e bancário, regulamentada pela Lei Complementar nº 105/2001 – representaria impedimento a uma devassa no patrimônio de um acusado para se apurar se seus bens são compatíveis com sua renda lícita.

segundo tais autores, estaria expresso na própria dicção da norma trazida pelo art. 91-A do Código Penal. Não se poderia olvidar que a perda de patrimônio, pelo apenado, tem carga sancionatória e afliativa, de modo que sua imposição demandaria a observância estrita dos limites e garantias estabelecidos no ordenamento constitucional para a incidência do Direito Penal. E, nesse sentido, a disciplina legal escolhida para a definição do instituto não superaria a necessidade de obediência aos princípios constitucionais penais, ou seja, não suportaria uma filtragem constitucional.

Nesta linha de raciocínio, a primeira barreira à constitucionalidade do confisco alargado residiria no princípio da culpabilidade, o qual, segundo a doutrina penal majoritária, encontra-se implicitamente albergado pela Constituição Federal. Tal princípio implica a responsabilidade pelo fato, o que afastaria a possibilidade – voltada a um Direito Penal do Autor – de que fosse utilizado um argumento de “estilo de vida criminoso”, ou de culpabilidade como traço da personalidade (ou do caráter), para se concluir que alguém que cometeu um delito específico pudesse ser considerado um “delinquente reiterado”, recaindo sobre ele a presunção de que perpetrou crimes anteriores, dos quais se originou seu patrimônio.

Paulo César Busato relembra a pertinente crítica doutrinária à ideia de “culpabilidade pelo modo de vida” propugnada por Mezger, destacando o escólio de Jescheck no sentido de que a culpabilidade não revela um defeito de caráter, mas a inadequação jurídica da conduta do autor em uma dada situação concreta:

De todo o conteúdo descrito, em especial da característica de intensa personalidade de que se reveste a ideia de culpabilidade, poder-se-ia entender que se trata de um princípio que conduz a um Direito penal de autor. Isso não é verdade. Claro que é possível pensar tanto em “culpabilidade pelo fato individual como culpabilidade pelo modo de vida”, mas só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito. [...] Por isso, nos dias atuais, não é mais aceitável uma “culpabilidade pelo modo de vida” [...] Mezger propôs a adoção de uma culpabilidade pela condução de vida ao associar a motivação a uma ideia de personalidade representada pelo caráter do autor (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. Ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 58-68). Evidentemente, essa postura conduz a um inadmissível Direito penal de autor. Por isso a concepção é rechaçada pela doutrina em geral. Por todos, veja-se Jescheck (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 25): comenta que “a essência da culpabilidade não é vista [...] em um defeito do caráter adquirido por uma má e culpável condução de vida (‘culpabilidade pelo modo de vida’),

mas em que o autor na situação concreta não se ajustou às exigências do Direito, apesar de isto ter sido possível (culpabilidade pelo fato)".¹²⁰

Assim, os adeptos da inconstitucionalidade do confisco alargado concebem, neste instituto, um retorno a um (até então superado) determinismo, oriundo da Escola Positivista, condizente apenas com um Estado de Defesa Social, eis que se basearia na adoção de medidas de segurança a partir de considerações sobre uma personalidade delinquente do apenado, com a relativização de seus direitos e garantias fundamentais. Observe-se a crítica de Juan Carlos Carbonell Mateu, aplicável à presunção de que o condenado construiu seu patrimônio a partir de um estilo de vida criminoso:

A Escola Positivista, assentada ideologicamente no determinismo, afirmará que o delinqüente não passa de um homem determinado a produzir aquela conduta, da qual não deve responder, por não haver sido livre. Seus traços biológicos ou patológicos são os que induzem a um ser humano à prática de delitos, de condutas antissociais. O que importa destacar não é a culpabilidade, mas a eventual perigosidade dos cidadãos, frente aos quais há que se adotar medidas de segurança.¹²¹ (tradução livre).

Assim, concluir que o apenado teria cometido crimes anteriores, pelo fato de ter um patrimônio incongruente, presumindo que assim adquiriu seus bens, incidiria na síntese de Zaffaroni sobre a significação do ato delituoso para o Direito Penal do Autor: *“o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”*.¹²²

Também Nivaldo Brunoni expõe a opção pelo Direito Penal do Fato como decorrência do princípio da culpabilidade; assim, seria inviável se afirmar o cometimento de delitos anteriores presumidos por considerações sobre a pessoa do apenado:

O primeiro mandamento, pois, que se extrai da consagração do princípio de culpabilidade é que o legislador constituinte optou pelo Direito Penal do fato,

¹²⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

¹²¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 239.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 131.

não sendo possível, por conseguinte, tipificar ou sancionar o caráter ou modo de ser, pois no âmbito do Direito Penal não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos. O Direito penal deve partir do dogma do fato, de tal modo que não caiba a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis. Com propriedade observam Zaffaroni-Pierangeli que “um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação”.¹²³

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado reafirma o princípio da culpabilidade como garantia de limite da responsabilidade penal, eis que restringe a possibilidade de reprovação do fato pelo seu autor, atuando como pressuposto e como medida da pena:

O postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade – vem a ser uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal. Noutro dizer: significa que a “pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor”. Desse modo, ainda que uno, pode ele ser dividido didaticamente em duas dimensões: a primeira, não há pena *sem culpabilidade*, refere-se à culpabilidade como limite e fundamento da pena; a segunda, a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, diz respeito à culpabilidade na medição ou individualização da pena. De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É diretriz garantista, essencial à afirmação do Estado democrático de Direito.¹²⁴

Além da violação ao princípio da culpabilidade, também a intranscendência (ou pessoalidade) da pena, igualmente consagrada na carta constitucional vigente, configuraria óbice ao confisco amplo de bens do apenado, visto que a medida inexoravelmente afetaria seu círculo de convívio social mais próximo, notadamente sua família.¹²⁵

¹²³ BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS. Publicado na Edição 21 - 19.12.2007. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 248.

¹²⁵ Parte-se da concepção de que o ser humano é um ser social, inserido em uma sociedade de consumo, e não uma “bolha” isolada no mundo, de modo que a retirada de seu patrimônio ou de parte

Outrossim, visualizado o confisco alargado como uma autêntica pena, para tal corrente, também se constataria que a previsão legal do art. 91-A do Código Penal não respeitaria o princípio constitucional da individualização das penas. Isto porque a normatização em tela não trouxe delimitações precisas e adequadas sobre as limitações quantitativas e temporais do confisco. Em outras palavras, não se individualizou o que poderá ser perdido pelo apenado.

Ademais, tal corrente de pensamento argumenta que não seria admissível inversão de ônus probatório em sede processual penal, como se previu no §2º do art. 91-A do Código Penal, sendo igualmente vedada a presunção de cometimento de crime anterior pelo réu, razão pela qual inexistiria justa causa válida que autorizasse o perdimento de seus bens. Assim, como os fins não podem justificar os meios, seria inviável proceder à flexibilização de garantias fundamentais em prol de um combate à criminalidade econômica.

Em suma, seria inadmissível, sob uma ordem constitucional que tutela o estado de inocência do indivíduo, somente afastado por uma sentença penal condenatória definitiva, conceber a constitucionalidade de uma norma que nitidamente estabelece uma dupla presunção contra o réu, para justificar a retirada de seu patrimônio: presumir que ele cometeu delitos anteriores e presumir que seus bens decorrem de tais crimes pretéritos, os quais não foram sequer objeto de apuração probatória ou de apreciação judicial.

Alinhado a tal corrente de pensamento, Cezar Roberto Bitencourt apresenta crítica forte ao dispositivo do art. 91-A do Código Penal, reputando-o inconstitucional:

[...] o legislador contemporâneo “perdeu a modéstia”, parodiando, de certa forma, Nelson Rodrigues, criou uma inconstitucionalidade absurdamente grave, nunca dantes experimentada nesta maltratada República latino-americana. Na verdade, a pretexto de alterar alguns dispositivos penais, além de outras áreas, o legislador desrespeita a carta constitucional, invade a privacidade dos cidadãos, viola garantias constitucionais, inclusive o sigilo bancário-financeiro e, sem causa justa, chafurda a vida pregressa, revolve as declarações de imposto de renda, cria o mais escancarado e ilegal “confisco de bens e valores” do cidadão, procurando acobertá-lo sob a denominação de “efeitos da condenação”, mesmo sem qualquer vínculo com determinada infração penal específica. Em outros termos, insere no âmbito do direito penal, que é formal, preventivo e garantista, matéria de direito fiscal-tributário, para “confiscar patrimônio individual”, mesmo sem relação com eventual condenação por qualquer crime a pena superior a seis anos. Nem a Receita

dele atingiria, de modo aflitivo (e, portanto, com cunho sancionatório), as pessoas que convivem com o apenado e especialmente aquelas que dele dependem economicamente.

Federal tem esse direito de, sem causa efetiva, vasculhar o passado, a privacidade e o patrimônio de qualquer cidadão, a pretexto de obrigá-lo a comprovar, aleatoriamente, o seu patrimônio, principalmente ante a inexistência de vínculo com alguma infração penal que, porventura, possa ser condenado. Trata-se, na verdade, da odiosa “pena de confisco”, que, de há muito, foi proscria do direito penal moderno, inclusive com previsão expressa em textos constitucionais, para assegurar sua extirpação para sempre dos Estados democráticos de direito, como pretende ser a República Federativa do Brasil.¹²⁶

Também Luiz Regis Prado, malgrado não afirme explicitamente seu entendimento de inconstitucionalidade, concebe que o instituto do confisco alargado de bens implica uma inversão do ônus da prova, com a presunção da origem ilícita do patrimônio do condenado incompatível com seu rendimento lícito, sugerindo uma incongruência com o princípio da presunção de inocência¹²⁷.

Denise Hammerschmidt é mais enfática em seu posicionamento sobre o art. 91-A do Código Penal, ao explicitar que *“com pouca dúvida, trata-se do dispositivo legal que possui em seu bojo o maior número de violações a princípios constitucionais de direito penal e processual penal”*¹²⁸, especialmente pela ofensa à presunção de inocência, a partir da inversão do ônus da prova da ilicitude do patrimônio do acusado, bem como pela agressão ao princípio da legalidade, pela utilização de elementos normativos vagos.

Este é também o entendimento de Walter Barbosa Bittar. Ele fala textualmente da inconstitucionalidade do confisco alargado de bens:

Inverte-se, de forma absurda e autoritária, o ônus da prova. Caberá ao próprio réu afastar a suposta incompatibilidade entre seu patrimônio e seus rendimentos lícitos. Trata-se, sem dúvida alguma, de cláusula inconstitucional, que infringe manifestamente o princípio da presunção de inocência e da responsabilidade penal subjetiva.¹²⁹

¹²⁶ BITENCOURT, 2020, p. 2055-2060.

¹²⁷ PRADO, 2021, p. 883.

¹²⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise. Código Penal comentado. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 290.

¹²⁹ NEVES, Cícero Rosa Coimbra et al. Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019 (artigo por artigo, incluindo a rejeição de vetos). Walter Barbosa Bittar (org.). 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 23.

Igual é a conclusão de Cíntia Viana dos Santos em trabalho monográfico sobre a compatibilidade do art. 91-A do Código Penal com a Constituição Federal de 1988:

(...) o confisco alargado de bens é inconstitucional. Concluiu-se, por fim, que o instituto viola não só os princípios da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal, dado que inverte indevidamente o ônus da prova, bem como o princípio da individualização da pena, porquanto não estabelece um limite temporal, tampouco um parâmetro do quanto confiscar, como também o princípio da garantia do direito à propriedade”.¹³⁰

Cite-se ainda Guilherme Madeira Dezem, que entende que o confisco alargado de bens consiste em *“previsão inconstitucional, por violação ao princípio da não culpabilidade”*, argumentando ainda que *“o autoritarismo da previsão inculpada não encontra precedentes em nossa legislação. A ideia que subjaz a construção, inclusive, pode ser comparada ao crime de enriquecimento ilícito afastado há alguns anos pela Corte Constitucional Portuguesa por violação à presunção de não culpabilidade (figura, aliás, objeto de projetos de lei no Brasil)”*¹³¹.

Estes são, em síntese, os fundamentos centrais e alguns de seus defensores, quanto à corrente de inconstitucionalidade do art. 91-A do Código Penal.

5.2. CONSTITUCIONALIDADE

A tese de constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal baseia-se na premissa de que a Constituição Federal de 1988, em silêncio eloquente, optou por não elencar o confisco de bens entre as espécies de penas vedadas, como constituições anteriores fizeram, além de mencionar expressamente a possibilidade de “perdimento de bens” (art. 5º, XLV), permitindo assim uma liberdade mais ampla

¹³⁰ SANTOS, Cíntia Viana dos. (In)constitucionalidade do confisco alargado de bens: efeito extrapenal da condenação sufragado pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 2021. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14097>. Acesso em 22.09.2022. Em igual sentido, ver a monografia de Guilherme Chagas de Souza, em SOUZA, Guilherme Chagas de. Confisco de bens em favor dos Estados e da União após a lei 13.964/19 (pacote anticrime): análise acerca da (in) constitucionalidade dos novos efeitos penais. 2021. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14333>. Acesso em 22.09.2022.

¹³¹ DEZEM, Guilherme Madeira. Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/2019. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42-43.

do legislador infraconstitucional em criar e disciplinar tal possibilidade, em atendimento aos seus anseios político-criminais.

Além disso, tal corrente escora-se nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, nos quais estabeleceu-se o compromisso de adoção de técnicas robustas de combate à criminalidade reditícia, entre elas o confisco alargado de bens, inclusive com adoção da inversão do ônus da prova quanto à proveniência dos bens incompatíveis com a renda do condenado.

Portanto, além de não haver impedimento constitucional, o Brasil teria se comprometido, nos tratados internacionais que subscreveu, a adotar, inclusive como mecanismo de cooperação internacional, um confisco mais amplo de bens, com base em presunção de produto de crime a partir da verificação da incompatibilidade patrimonial. A adesão a um compromisso transnacional de enfrentamento da criminalidade econômica organizada, por meio do asfixiamento patrimonial, representaria, ademais, um interesse público de maior relevo, em compatibilidade com os valores constitucionais da segurança pública e da ordem econômica.

Quanto ao meio de atingir tal objetivo, qual seja, pela presunção de proveniência criminosa, os adeptos da tese de constitucionalidade entendem inexistir ofensa aos princípios constitucionais penais e processuais penais, notadamente da culpabilidade e da presunção de inocência, pela simples razão de que a medida adotada não teria natureza penal e, por corolário, não atrairia a incidência dos princípios ínsitos às ciências penais. Tratar-se-ia, sob tal enfoque, de um instituto de Direito Civil, com finalidade meramente reparatória de desfazimento de um enriquecimento ilícito.

Tal entendimento possui forte lastro na jurisprudência dos tribunais estrangeiros sobre o tema. João Paulo Sales, em análise dos questionamentos judicializados de inconstitucionalidade das modalidades de confisco alargado de bens em vários países europeus¹³², expõe um panorama das decisões das respectivas Cortes Constitucionais e também do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sempre no sentido da constitucionalidade do confisco de bens e de ausência de violação à

¹³² SALES, 2019.

presunção de inocência, sob o fundamento comum de que tal medida constritiva tem natureza civil.

No estudo de Sales, os principais pontos invocados para sustentar tal conclusão são: inexistência de nova imputação de fato criminoso; não imposição de sanção penal propriamente dita (pena privativa de liberdade); incoerência de alteração do registro de antecedentes do indivíduo; medida restrita à regularização de uma situação patrimonial irregular.

A título exemplificativo, destaca-se a conclusão da Corte Constitucional de Portugal sobre o questionamento da constitucionalidade dos artigos da legislação lusitana que instituíram o confisco alargado de bens, tratando-se de normas extremamente similares ao art. 91-A do Código Penal brasileiro e que inspiraram o legislador nacional na confecção da Lei nº 13.964/2019:

Não julga inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.os 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, respeitantes ao regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado. (Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, in Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09-23).

Não julga inconstitucional a norma constante do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece que, no caso de condenação pelo crime de lenocínio, [...] «para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito (Ac. Tribunal Constitucional nº101/2015, in DR, II Série de 26-03-2015).

Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Phillips vs Reino Unido*¹³³, concebeu inexistir violação à presunção de inocência, sob o entendimento de que tal confisco não implicava uma nova acusação de outra imputação, não sendo o requerente novamente condenado (ou absolvido) por um crime anterior, inexistindo alteração em seu registro criminal. Além disso, argumentou-se que o procedimento de aplicação do confisco é conexo à imputação delitiva e somente a esta se aplicaria a presunção de inocência, de modo que, comprovada a culpa quanto ao crime imputado, não se poderia invocar a presunção de inocência

¹³³ Steven Phillips teve 91 mil libras confiscadas em virtude de sua condenação por tráfico de drogas, sob a presunção de se tratar de patrimônio anterior adquirido com atividade ilícita semelhante, conforme a Lei Antidrogas britânica de 1994.

para afastar as considerações quanto ao caráter e à conduta de vida do réu (nas quais se basearia o confisco), exceto quando tais considerações implicarem nova acusação (delimitada, específica) de outro crime.¹³⁴

João Paulo Sales ainda expõe a síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano quanto ao instituto do *confisca allargata*, considerado constitucional pela consideração de sua natureza não criminal, o que afastaria a incidência da presunção de inocência, pois “*não se busca a comprovação da culpabilidade do agente, mas a caracterização de sua periculosidade como fundamento para ordenar a perda alargada de seus bens ante o perigo do patrimônio incongruente deixado em livre disponibilidade nas mãos de sujeitos condenados por crimes graves ser utilizado em novas práticas criminosas*”¹³⁵.

Os autores que sustentam a constitucionalidade do confisco alargado de bens também se utilizam de outros argumentos, em acréscimo ou alternativamente ao fundamento referente à natureza civil da medida. Em síntese, invocam os seguintes fundamentos: critério da razoabilidade, utilitarismo e fundamento autoral.

O doutrinador lusitano João Conde Correia sustenta que a razoabilidade daria legitimidade à presunção (de origem ilícita de bens) na qual se baseia o confisco alargado de bens. Segundo Correia, bastaria a conjugação de duas circunstâncias objetivas – quais sejam, condenação por crime grave e existência de um patrimônio incongruente não justificado – para ter como validada a ablação patrimonial:

Na base desta presunção está a suspeita de que o confiscado cometeu outros ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado, dos quais resultou aquele patrimônio injustificado ou incongruente com os seus rendimentos ilícitos. Aparentemente não há outra explicação verossímil ou plausível para o mesmo. A condenação e um patrimônio inexplicável fazem razoavelmente, supor que foram cometidos outros crimes e que aqueles bens são o seu resultado prático mais visível.¹³⁶

¹³⁴ A Corte Europeia de Direitos Humanos aplicou igual entendimento, validando a decisão de confisco, no já mencionado caso *Butler vs. Reino Unido*, em 1998, quando rejeitou o argumento de Francis John Butler de que o confisco teria natureza criminal. A Corte entendeu que se trataria de medida preventiva de natureza civil, para retirar de circulação valores de origem ilícita, sem que houvesse nova acusação ou imputação de novo crime contra o requerente.

¹³⁵ SALES, 2019.

¹³⁶ CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Coimbra: Imprensa Nacional, 2012.

Também Nefi Cordeiro e Marcelo Santos Correa situam na razoabilidade o fundamento da constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal. Os autores não negaram a existência de uma inversão do ônus probatório – provocado pela presunção legal de ilicitude do patrimônio – mas concebem tal inversão como razoável e, nesse sentido, constitucionalmente autorizada:

Reserva-se ao condenado, assim, a possibilidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. Em síntese, opera-se a inversão do ônus da prova quando o condenado possui patrimônio incompatível com seus rendimentos lícitos. O Estado não precisa provar a origem ilícita dos bens do condenado. Cabe a ele demonstrar a procedência legítima do seu acervo patrimonial. Nesse ponto, não há lesão ao princípio da razoabilidade, tendo em vista que essa demonstração deverá ser feita apenas quanto aos bens adquiridos após a instauração da investigação criminal ou cível.¹³⁷

Também Rogério Sanches Cunha se utiliza do argumento da razoabilidade da medida estabelecida pelo art. 91-A do Código Penal, como fundamento de sua constitucionalidade. Contudo, entende, por sua vez, inexistir inversão de ônus probatório. Sustenta que os pressupostos legais elencados para a possibilidade do confisco alargado afastam a ideia de que haveria alguma “presunção legal”. Além disso, reitera que não há inversão de ônus de prova, na medida em que incumbiria ao Ministério Público comprovar a evolução patrimonial do acusado dissonante de sua renda lícita:

(...) importa desde já deixar assentado que esses pressupostos servem para demonstrar que a legislação não cria uma presunção legal, mas tão somente uma consequência anexa e direta do édito condenatório que, por opção político-criminal, se alastra para outras esferas jurídicas e produz outros efeitos jurídicos mandamentais previstos na norma. (...) não há, propriamente, inversão do ônus da prova, pois a apresentação de justificativa razoável para a evolução patrimonial ou a comprovação da procedência lícita do patrimônio – como permite o §2º - é típica matéria de defesa.¹³⁸

¹³⁷ CORREA, Marcelo Santos; CORDEIRO, Nefi. Aspectos penais e processuais penais do confisco alargado de bens no Direito Brasileiro. Análise comparativa do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico português e com o Projeto de Lei nº 4.850/2016. Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 14, n. 1, Jan/Jun, p. 126-140, 2020.

¹³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 37-38.

Somado a isto, Rogério Sanches Cunha traz algumas considerações utilitaristas como fundamento do confisco alargado de bens:

(...) mais complexa seria a atuação do Estado se a lei exigisse, para que tal patrimônio fosse atingido, a efetiva determinação de sua vinculação a uma prática criminosa específica. (...) um sistema criminal eficaz deve impor riscos superiores às vantagens inerentes à prática do crime (...) [o confisco alargado] é fruto de manejo eficaz do direito penal e está inserido em um modelo de política criminal funcionalista porque busca enfrentar, com outra mecânica, o sentimento social de impunidade que gradativamente leva à perda de eficácia da própria ordem jurídica”¹³⁹.

Com mesmo viés utilitarista, Fabíola Fonseca da Silva Veloso entende pela constitucionalidade do confisco alargado de bens inserido no Código Penal:

(...) entende-se que o Confisco Alargado não ofende aos princípios ou garantias constitucionais vigentes, tendo o condenado ou terceiro prejudicado respeitado o Princípio Constitucional da Ampla Defesa, do Devido Processo Legal e da Legalidade. A inversão do ônus da prova não constitui uma quebra destes postulados, tampouco macula o Princípio da Presunção de Inocência, uma vez que é dever do Estado zelar pelo bem jurídico da administração da justiça e do equilíbrio financeiro, além da proteção individual e patrimonial de toda a sociedade. Aos pretensos prejudicados são assegurados todos os meios de prova admitidos para a comprovação da licitude do patrimônio confiscado. Assim, a autora pretende auxiliar a doutrina na compreensão do alcance do Confisco Alargado de bens e seus elementos configuradores. Pretende, finalmente, conciliar a ampliação da aplicação do Confisco, na certeza de que o perdimento de instrumentos e patrimônio de organizações criminosas, assim como a recuperação para o erário, de bens e valores oriundos ou auxiliares de crimes, irá desarticular, sobremaneira, os crimes de natureza econômica.¹⁴⁰

Outros autores, todavia, explicitamente invocam a premissa de um “estilo de vida criminoso” como fundamento autoral para concluir pela constitucionalidade do confisco alargado de bens. Mesmo antes da aprovação da Lei nº 13.964/2019, Solon Cícero Linhares e Luiz Henrique Cardelli apresentaram artigo analisando a Diretiva Europeia sobre a matéria e sustentaram veementemente a necessidade de inserção do instituto do confisco alargado no Direito brasileiro. Baseados em um julgamento de

¹³⁹ *Ibidem*, p. 37-38.

¹⁴⁰ VELOSO, Fabíola Fonseca da Silva. Confisco alargado de bens e valores no Brasil. Uma análise das garantias constitucionais à luz do direito penal econômico. Portal de Trabalhos Acadêmicos, v. 8, n. 3, 2021.

mácula sobre a conduta de vida do agente, defenderam a viabilidade de inversão do ônus da prova para incidência do confisco:

A diretiva estabelece um instrumento eficaz na luta contra a criminalidade grave e organizada, a perda alargada de bens de origem criminosa ou não, desde que estejam de posse de um sujeito que tenha um estilo de vida criminoso. Como visto, não há necessidade da comprovação de que os bens advenham dos crimes; basta apenas a comprovação, por parte da acusação, da desproporcionalidade entre o patrimônio confiscado e os rendimentos do réu, sendo assim, presumíveis do crime. Com a medida adotada, o juiz poderá ponderar sobre as circunstâncias específicas do caso, com fundamento nos fatos e provas juntadas aos autos, de que os bens podem ser oriundos do crime, aplicando, neste momento, a inversão do ônus da prova, tornando-os passíveis de perda.¹⁴¹

Estes são, em síntese, os argumentos centrais da tese de constitucionalidade do confisco alargado de bens. A partir do fundamento principal desta corrente (qual seja, a natureza inteiramente civil do instituto), tendo o mesmo como hipoteticamente procedente, seria possível cogitar da seguinte conclusão: quando o Ministério Público requer o confisco alargado de bens ao oferecer a denúncia, nos termos do art. 91-A do Código Penal, o *Parquet*, em verdade, estaria instaurando (de forma simultânea, concomitante e paralela à ação penal) uma ação de extinção de domínio, *sui generis*, cuja causa de pedir remota seria a prática de crime com pena cominada superior a seis anos e a causa de pedir próxima seria a incompatibilidade entre renda lícita e patrimônio do réu.

Assim, em tal exercício hipotético, seria possível afirmar que, malgrado a lei tenha classificado o confisco como um “efeito da condenação”, a medida requerida teria feição inteiramente civil, escapando, assim, às restrições concernentes à principiologia que limita a persecução penal.

Um sustentáculo legal a tal concepção residiria no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/1941), segundo o qual “*considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração*

¹⁴¹ LINHARES, Solon Cícero; CARDELLI, Luiz Henrique. O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, p. 121-142, 2016, p. 136.

penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Sob tal viés, inexistindo cominação de sanção penal pelo crime anterior presumido, mas tão somente uma regularização patrimonial, nem sequer se poderia falar em presunção de cometimento de “infração penal” anterior pelo apenado, não obstante a atecnia da dicção legal, razão pela qual não se aplicariam os limites constitucionais impostos ao Estado para a repreensão penal.

5.3 INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A inconstitucionalidade parcial de um texto legal baseia-se na conclusão do intérprete de que é possível a manutenção da validade e eficácia de uma lei ou dispositivo legal, em seu cotejo com a normatização constitucional, com a supressão de parte do texto ou com a delimitação da interpretação do texto que se coadune com a Constituição Federal. Diante destas hipóteses, fala-se em inconstitucionalidade parcial, com e sem redução de texto.

Como denota o título deste tópico, examinar-se-á aqui a tese da inconstitucionalidade parcial do art. 91-A do Código Penal, sem redução de texto, por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição. Não obstante seja teoricamente possível, não se vislumbra, nem se observa apoio doutrinário ou jurisprudencial, à utilização da técnica da supressão parcial de texto para compatibilização do instituto do confisco alargado de bens com a carta constitucional. De fato, sob o enfoque da literalidade do dispositivo infraconstitucional em análise, não se concebe a possibilidade de que o afastamento de algum trecho da lei bastaria à eliminação da controvérsia sobre seu eventual conflito com alguns princípios constitucionais. Por tal razão, aqui se deterá sobre o exame da tese da interpretação conforme a Constituição.

Primeiramente, a inconstitucionalidade parcial (sem redução de texto) parte da conclusão de uma insuficiência dogmático-argumentativa apresentada pelas correntes anteriores (constitucionalidade e inconstitucionalidade integrais do instituto

do confisco alargado de bens), eis que ambas não realizariam uma necessária ponderação de valores constitucionais. Ainda que não seja dito explicitamente, por óbvio, assim poderiam ser resumidos os enfoques das duas correntes contrapostas até então prevalentes:

- Os defensores da constitucionalidade da medida ablativa voltam seus olhos para os efeitos (teoricamente positivos) da constrição patrimonial, ou seja, o asfixiamento econômico da criminalidade reditícia organizada, o que satisfaria esforços nacionais e transnacionais voltados à segurança pública e à ordem econômica, ainda que isto envolva uma certa flexibilização dos direitos e garantias individuais.
- Por outro lado, os defensores da inconstitucionalidade do confisco alargado de bens voltam seus olhos para os meios (teoricamente negativos) da constrição patrimonial, ou seja a violação dos direitos e garantias individuais, de modo que o total afastamento do instituto seria necessário à proteção destes direitos e garantias, ainda que isto envolva uma certa desconsideração de uma política criminal de adoção de mecanismos mais eficazes de combate à criminalidade econômica organizada.

Nesta linha de raciocínio, os críticos da tese de constitucionalidade sustentam que a aplicação de tal corrente ao ordenamento brasileiro esbarra na amplitude e na atecnia da norma do art. 91-A do Código Penal, a qual, caso entendida como plenamente constitucional, implicaria a supressão de um Direito Penal de índole liberal, voltado à garantia das liberdades individuais e à contenção do poder punitivo estatal. Isto porque, sob uma dupla presunção desfavorável ao réu – presunção de que ele cometeu crimes anteriores e presunção de que seus bens são produtos de tais crimes – seria viável uma ablação patrimonial ampla, em um número infindável de infrações penais, mesmo sem conotação econômica.

Para estes autores, não se poderia, forçosamente, afastar a natureza penal do instituto, pois o legislador optou por inserir tal medida – submetida à jurisdição da Justiça Criminal – como “efeito da condenação criminal”, fazendo uma modificação no texto do Código Penal, além de expressamente classificar como “*produto ou proveito*

do crime” aqueles bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Nesse ponto, Giulia Helena Cavassim Medeiros e João Victor Stall Bueno pontuam a natureza penal do instituto do confisco alargado de bens:

A classificação penal inclusive é a mais coerente em relação ao discurso em prol do confisco. Como será descrito no seguinte tópico, a perda alargada representa uma mudança de sentido do instituto, que abandona sua posição secundária em relação à pena privativa de liberdade, para assumir o papel de destaque por conta de seu suposto potencial de anulação da criminalidade econômica. Tal capacitação punitiva está inegavelmente ligada a um forte poder repressor, apto a incidir sobre direitos individuais de maneira contundente.¹⁴²

Portanto, para os críticos da corrente da constitucionalidade, seria possível concluir que, sedimentada a natureza penal do instituto do confisco alargado de bens, sujeita-se ele às limitações concernentes aos princípios constitucionais penais, como a presunção de inocência, culpabilidade pelo fato e pessoalidade da pena, além da tutela constitucional geral da propriedade e do direito adquirido, impedindo que um réu perca seus bens tão somente por não demonstrar rendimento compatível com a aquisição dos mesmos.

Por outro lado, os críticos da tese de inconstitucionalidade aduzem que a fulminação integral da possibilidade de confisco alargado de bens ignoraria o escopo político-criminal de asfixiar a criminalidade econômica organizada, o que, ademais, corresponde a um compromisso formal firmado pelo Brasil no plano internacional e que nem sequer conta com vedação constitucional expressa.

Ademais, estes autores sustentam que a incongruência patrimonial de um condenado configura uma circunstância que possui “dignidade penal”, ou seja, possui um nível de importância e relevância suficientes para ser tratada no âmbito do Direito Penal. Em outras palavras: não se poderia simplesmente ignorar a circunstância de um apenado, condenado por crime de certa gravidade, ter um patrimônio absoluta e francamente incompatível com sua renda lícita, como se tal circunstância fosse um indiferente penal. Com base nessa perspectiva, o legislador penal estaria

¹⁴² MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim; BUENO, João Victor Stall. Confisco alargado no pacote anticrime: uma análise de sua (in)constitucionalidade. In *Criminologias e políticas criminais*. Alana Emanuelle Plucinski Vicente (org.) Curitiba: Íthala, 2021.

legitimamente autorizado a disciplinar o ponto, o que optou por fazê-lo como um efeito civil da condenação criminal.

Insta salientar ainda que a norma do art. 91-A do Código Penal, como texto legal regularmente aprovado, está amparada pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Ensina Priscila Abreu David que *“segundo o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo se presume constitucional até prova em contrário. Assim, uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de uma presunção relativa (ou iuris tantum) de constitucionalidade”*.¹⁴³

A presunção de constitucionalidade das leis não teria uma função apenas formal – no sentido de que somente seria reconhecida a inconstitucionalidade após decisão judicial – mas também um aspecto substantivo ou material: promulgada a norma, após o devido processo legislativo, a presunção de constitucionalidade sinalizaria a necessidade de um esforço do intérprete para buscar a preservação de alguma eficácia do texto legal. No caso do art. 91-A do Código Penal, isso se mostraria especialmente necessário pela dignidade penal do escopo político-criminal que embasou o confisco alagado: a imperiosidade do asfixiamento das organizações criminosas.

Em dissertação sobre o tema, defendida na Universidade de São Paulo - USP, Nicola Tommasini expõe a necessidade de releitura do conceito tradicional do referido princípio:

Por isso tudo, a “presunção de constitucionalidade” assume hoje contornos muito mais amplos do que seu original sentido de restringir o controle judicial de constitucionalidade à “regra da inconstitucionalidade flagrante”. Como esses exemplos bem demonstram, se presunções podem ter diferentes forças e orientações, podem também ser utilizadas tanto por cortes “ativistas” quanto por juízes que praticam a “deferência” ou “autocontenção”. Parece mais correto dizer, por isso, que presunções buscam delimitar o escopo da atuação judicial, e não se relacionam necessariamente com a deferência. Apesar disso tudo, é curioso notar que quase nenhum trabalho buscou uma análise conceitual profunda das presunções sobre a constitucionalidade. Em verdade, muitos conceitos doutrinários ainda insistem na relação das presunções com a “regra da inconstitucionalidade flagrante”, afirmando que

¹⁴³ DAVID, Priscila Abreu. Interpretação e Hermenêutica Constitucional. Curso de controle de constitucionalidade da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, p. 190-193. Disponível em <https://site.emerj.jus.br/>. Acesso em 15.01.2014. P. 191.

“toda presunção é pela constitucionalidade da lei e toda dúvida razoável deve resolver-se em favor dela”.¹⁴⁴

Estas são, em linhas gerais, as críticas centrais às teses de constitucionalidade e de inconstitucionalidade do confisco alargado de bens trazido pelo art. 91-A do Código Penal. A superação de tais críticas é o objetivo visado pela tese de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio da interpretação conforme a Constituição.

A corrente da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se mostra atualmente minoritária no contexto doutrinário brasileiro e, via de regra, não conta com manifestações de adesão expressa mesmo daqueles autores que veladamente a acompanham.

Yuri Carneiro Coelho, como um dos poucos autores que expressaram aderência à tese, entende que o art. 91-A do Código Penal não é necessariamente inconstitucional, sendo cabível uma *“interpretação conforme a Constituição para ofertar entendimento adequado ao princípio da legalidade e restringir a aplicação da norma aos bens provenientes da atividade delituosa para a qual o agente foi condenado”*¹⁴⁵.

Semelhante é o entendimento de Luciano Anderson de Souza, o qual afirma que o dispositivo do art. 91-A comporta uma série de críticas, conquanto não explicita claramente seu entendimento de inconstitucionalidade da norma. O autor sustenta que *“o art. 91-A deve ser interpretado considerando que o efeito de perdimento jamais pode superar o limite do proveito obtido com a prática do delito (...) Esse montante não pode ser ultrapassado sob a justificativa de que o condenado apresenta patrimônio incompatível com seu rendimento lícito”*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ TOMMASINI, Nicola. A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade Das Leis. Dissertação (mestrado). São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2018, p. 17-18.

¹⁴⁵ COELHO, Yuri Carneiro. Manual de Direito Penal: volume único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 31.

¹⁴⁶ SOUZA, 2020, p. 350.

A interpretação restritiva defendida por Coelho e por Souza, portanto, recai sobre os bens a serem confiscados: o apenado somente perderia o montante de bens ou valores que correspondessem ao produto do crime pelo qual restou condenado.

Todavia, a solução apresentada, na tentativa de escapar da violação à presunção de inocência, vinculando o confisco ao produto do crime apurado e comprovado nos autos, merece crítica. Tal restrição tornaria inócua a hipótese do art. 91-A do Código Penal, pois coincidiria o objeto do confisco alargado com o objeto dos confiscos já previstos no art. 91, II, “b”, e §1º, do Código Penal. O produto ou proveito do crime cometido (ou o valor a ele equiparado) já seria perdido pelo apenado, mesmo sem a existência do instituto do confisco alargado. Assim, a tentativa de compatibilização do instituto do confisco alargado com a principiologia constitucional, sustentada por estes autores, não soluciona, de fato, o problema em tela.

Uma outra perspectiva da tese de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é voltada não para o objeto do confisco alargado (ou seja, quais bens ou valores que poderiam ser confiscados), mas para a delimitação dos crimes que surtiriam tal efeito da condenação. Esta é a interpretação de Fernando Galvão, que restringe a incidência do confisco alargado “aos crimes que permitam ao sujeito a obtenção de vantagens patrimoniais”¹⁴⁷.

Tal posicionamento encontra-se integralmente correto, como se verá em capítulo próprio. Contudo, vislumbra-se que a restrição proposta por Galvão seja tímida para equacionar o problema de compatibilização constitucional alhures exposto, que escapa à mera delimitação de incidência do confisco alargado de bens a condenações por crimes de cunho patrimonial ou econômico.

A proposta desta tese, situada no âmbito da corrente da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pretende aprofundar a análise de uma interpretação restritiva do art. 91-A do Código Penal, que compatibilize do instituto do confisco alargado de bens com nossa principiologia constitucional, em sua ponderação de valores, conforme se destacará, metodologicamente, no próximo capítulo.

¹⁴⁷ GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 13ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 970.

5.4. Interpretação conforme a Constituição

5.4.1. Cabimento da técnica de controle constitucional

A possibilidade de utilização da técnica de controle constitucional de leis (e, em especial, das leis penais), nominada “interpretação conforme a Constituição”, bem como seus limites, não se trata de matéria pacificada. A expansão do constitucionalismo nas democracias ocidentais e o avanço de ferramentas modernas atinentes ao *judicial review* – entre as quais se insere a “interpretação conforme” – incrementam uma certa tensão subjacente à atuação dos poderes constituídos: o legislativo, por meio do qual se exprime a vontade popular (ou a vontade da maioria), e o judiciário, ao qual incumbe o papel de controle e restrição constitucional das leis promulgadas.

Pode um juiz ou tribunal definir qual seria a interpretação cabível (e, por corolário, vetar outra interpretação em tese possível) de uma lei, ampliando, restringindo ou até mesmo modificando a norma extraída do texto legal, a despeito da decisão do legislador? E, em caso afirmativo, quais os limites deste controle judicial? Tais questionamentos são sensíveis às democracias constitucionais, pois remetem ao atrito de atribuições decorrentes da separação de poderes.¹⁴⁸ Sara de Assis Aquino bem sintetiza o problema na seguinte afirmação: *“pode-se falar em uma oposição entre constitucionalismo e democracia, fundada na contradição entre a vontade popular expressa pelos representantes eleitos e os limites constitucionais impostos por juízes não-eleitos.”*¹⁴⁹

No âmbito penal, Roxin e Greco enfatizam que o princípio da legalidade está fundado no postulado do liberalismo político, decorrente do iluminismo, de modo que a contenção do arbítrio estatal depende da vinculação do julgador a uma lei penal abstrata e clara:

¹⁴⁸ Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2015.

¹⁴⁹ AQUINO, Sara de Assis. *A interpretação conforme a Constituição das leis penais pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2023, p. 128.

Um dos fundamentos do princípio da legalidade que ainda hoje prevalece é um postulado central do liberalismo político: a exigência de que o Executivo e o Judiciário estejam vinculados por leis formuladas de forma abstrata. Na disputa contra o absolutismo, a burguesia ganhou uma vantagem importante, no momento em que governante e juiz (muitas vezes vinculado ao governante) perderam a autorização para exercer o poder punitivo à sua própria discricionariedade (e, se necessário, arbitrariamente), e submeteram-se às estipulações legais claras. (...) A pena representa uma intervenção tão incisiva na liberdade do cidadão, que a legitimidade para determinar os seus pressupostos só pode ser confiada à instância que representa, de forma mais direta, o povo, na qualidade de fonte do poder estatal: o Parlamento, enquanto representante eleito do povo.¹⁵⁰

Os autores, contudo, elucidam que o julgador e, no auxílio deste, também o cientista penal, não são reféns do legislador, pois a decisão legislativa é passível de crítica e, ademais, os princípios éticos do Direito Penal atuam contramajoritariamente, sem que isto represente ofensa à democracia:

Sustentar que uma teoria que pretenda avaliar as leis penais vigentes e futuras a partir de critérios predeterminados seria antidemocrática significa não mais do que a elevação do legislador democrático ao pedestal dos infalíveis. Criticar não é antidemocrático; pelo contrário, a crítica é uma componente fundamental da vivência democrática, na qual a ciência penal também participa. (...) há, no Direito Penal, princípios éticos que são exatamente contramajoritários; é claramente o caso dos princípios da culpabilidade, da legalidade e – no contexto atual – do comando de respeito à esfera nuclear de conformação da vida privada. Tais princípios tornam-se ainda mais importantes na medida em que criminosos, reais ou potenciais, não constituem qualquer nicho eleitoral de relevo. (...) Essa relação de tensão deve ser resolvida por meio da remissão da democracia às mesmas premissas que sustentam o Estado de Direito, de modo a também se tornar claro que, em princípio, o Estado de Direito, e a soma das restrições ao poder estatal que o constituem, tem precedência sobre a democracia.¹⁵¹

Assim, a resposta que prevalece, inclusive nos estudos de jurisdição constitucional, é a de que inexistente conflito real, mas meramente aparente, entre os poderes legislativo e judiciário, pois não há sobreposição do constitucionalismo (controle judicial) sobre a democracia (criação de leis pelos representantes da população), mas a fixação de limites constitucionais que são a condição de exercício e manutenção da própria democracia. Como ensina Roberto Gargarella, é a Constituição que estabelece os pressupostos – tanto procedimentais (nos quais se

¹⁵⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral. Tomo I. Fundamentos. A estrutura da teoria do crime*. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 308.

¹⁵¹ ROXIN, 2024, p. 152-153.

inclui a defesa dos interesses também das minorias parlamentares) quanto materiais (e aqui se inclui a tutela dos direitos fundamentais) – para que possam ser válidas e eficazes as leis que disciplinam a vida em comunidade.¹⁵²

Poder-se-ia raciocinar que a maior e verdadeira “vontade popular” estaria sintetizada na Constituição Federal, a qual delimita e, se necessário, restringe uma “vontade da maioria”, expressada nas leis promulgadas, com a advertência de John Rawls de que incumbe ao Judiciário impedir que um ordenamento nacional seja corroído pela *“legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados”*.¹⁵³

Assim, incumbe ao Judiciário, como guardião privilegiado da Constituição, garantir a preservação dos procedimentos, direitos e garantias nela previstos, o que implica limitar a atuação privada ou pública que coloque em risco a carta *mor* de regras e princípios. A esta incumbência deferida ao juiz implica um dever de tolerância do legislador.¹⁵⁴ Advirta-se que, no controle judicial de constitucionalidade, não há substituição do legislador pelo juiz, pois este apenas atua nos abusos daquele, ou seja, quando o conteúdo da lei criada (livre, a princípio) excede aquilo que a Constituição Federal determina (se o legislador não observou os limites a ele estabelecidos pela Constituição ao seu poder legiferante, o judiciário restaurará a harmonia do ordenamento ao tolher o excesso verificado).

Transportada a questão para o âmbito penal, o raciocínio acima exposto, conquanto seja o mesmo, agrega particularidades. Isto porque a mesma Constituição Federal que impõe o princípio da legalidade estrita em matéria penal (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta praevia certa stricta*) e que dispõe que a competência para criação da lei penal é privativa do legislador federal, estatui um rol significativo

¹⁵² GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo vs. democracia. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (eds.). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. 3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1991-1998.

¹⁵³ RAWLS, John. O liberalismo político. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 284 e seguintes.

¹⁵⁴ Aplicável, aqui, a metáfora de Homero sobre o canto da sereia, quando Ulisses determina que seja acorrentado para que não sucumba à magia dos míticos seres marinhos e, com isso, consiga retornar a Ítaca. Ele aceita sua autolimitação como condição para que atinja seu objetivo, que é navegar até seu destino. Vide STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 2, 2009.

de princípios constitucionais penais e processuais penais. Como pode ser logicamente deduzido, quanto maior, mais detalhada e mais extensa for a disciplina constitucional sobre uma determinada matéria, menor a liberdade parlamentar no exercício de seu poder legiferante.¹⁵⁵

Portanto, diante da abundante previsão de princípios constitucionais em matéria penal e processual penal, maior a limitação do legislador federal (e, por corolário, maior é a sua sujeição ao controle judicial).

Ademais, outro ponto relevante se agrega a isto: ainda que a definição da política criminal seja atribuída ao legislador (e seu caráter político intensifica, em tese, a liberdade de escolha do legislador), a lei penal sempre repercutirá – em maior ou menor medida – na liberdade individual do cidadão, direito fundamental de primeira grandeza. A afetação da liberdade individual atrai, de forma ainda mais contundente, a necessidade de controle judicial sobre a lei penal, pois se trata da tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais, conforme acima exposto. Percuciente, nesse ponto, a análise de Aquino:

No caso das normas penais, o direito fundamental à liberdade sempre estará em questão – o que, de plano, já reduz o espectro de atuação do legislador. (...) A criminalização sem referência a bem jurídico, a utilização do direito penal em violação aos fins constitucionais e as decisões arbitrárias do legislador penal são exemplos de objetos passíveis do controle judicial de constitucionalidade, uma vez que se distancia do exercício legislativo conforme a Constituição.¹⁵⁶

Sedimentada a concepção prevalente quanto à possibilidade de controle judicial sobre as leis penais, há ainda divergências doutrinárias sobre a veemência de tal controle, o que se reflete sobre a graduação da presunção de constitucionalidade da lei penal sob questionamento, como adverte Aquino.¹⁵⁷

Um primeiro posicionamento concebe uma escala de intensidade variável do controle judicial de constitucionalidade, a depender da matéria trazida pela lei penal. O controle judicial seria mais intenso nas leis penais que tratam de conteúdo

¹⁵⁵ FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 36.

¹⁵⁶ AQUINO, 2023, p. 135.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 136-147.

previamente disciplinado pela Constituição Federal, tanto em vedações impostas ao legislador,¹⁵⁸ como em mandados de atuação do legislador (por exemplo, na determinação de criminalização do racismo, tortura, terrorismo e tráfico de drogas). Nas demais matérias, Raquel Lima Scalcon sustenta que o legislador teria maior liberdade de criação e disciplina do conteúdo penal, o que tornaria menos intensa a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo judiciário, que apreciaria apenas a proporcionalidade da decisão legislativa (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita).¹⁵⁹

Outro posicionamento, todavia, entende que o controle de constitucionalidade de leis penais pelo judiciário será sempre intenso. Tal corrente de pensamento parte do raciocínio de que a presunção de constitucionalidade de uma lei é variável, conforme a adesão da lei ao princípio democrático (critério procedimental, ou seja, pela formação de consensos políticos, respaldo social à norma promulgada e ampla participação popular no processo legislativo) e também à tutela dos direitos fundamentais (critério substancial). Assim, maior será a presunção de constitucionalidade de uma lei que mais se aproxime dos valores democráticos e da preservação dos direitos fundamentais, enquanto, por outro lado, menor será a presunção de constitucionalidade (falando-se inclusive em presunção de inconstitucionalidade) da lei que se afaste do princípio democrático ou restrinja direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, Ademar Borges de Sousa Filho explicita que as leis penais (notadamente as leis brasileiras) possuem uma baixa presunção de constitucionalidade – ou mesmo uma presunção de inconstitucionalidade –, a exigir maior ênfase do controle judicial, pois, via de regra, as leis penais restringem direitos fundamentais, afetam direitos políticos, impactam em minorias e grupos estigmatizados, impulsionam a seletividade penal, baseiam-se em deliberações

¹⁵⁸ Raquel Lima Scalcon dispõe que o legislador penal não pode agir em três categorias: “(i) direitos fundamentais já cabalmente disciplinados não podem ser violados; (ii) fins constitucionalmente reconhecidos não podem ser censurados; e (iii) fins constitucionalmente proscritos não podem ser promovidos”. Vide SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66.

¹⁵⁹ SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 96-110.

parlamentares de baixa qualidade e sem envolvimento popular e, por fim, não são lastreadas em prévios estudos técnicos adequados ao exame dos impactos, necessidade e eficácia da inovação normativa pretendida.¹⁶⁰

Portanto, as características peculiares das leis penais, mormente em razão da afetação de direitos fundamentais, não apenas possibilitam, como exigem um rigoroso e intenso controle judicial de constitucionalidade. Ou, nas palavras de Sousa Filho, *“quanto mais acentuada a fundamentalidade do direito e mais intensa for a sua restrição, mais rigoroso seria o teste de compatibilidade com a Constituição a ser realizado pela jurisdição constitucional”*¹⁶¹.

Contudo, se a doutrina majoritária assim situa a necessidade de um rigoroso controle judicial de constitucionalidade sobre as leis penais, a jurisprudência (brasileira e estrangeira) dos tribunais constitucionais não acompanha tal conclusão, inclusive sob as perspectivas quantitativa (número proporcionalmente reduzido, considerando outras áreas jurídicas, de decisões de controle de constitucionalidade em matéria penal e processual penal) e qualitativa (baixa intervenção judicial no conteúdo das normas penais).¹⁶²

As cortes constitucionais admitem o controle das leis penais, mas, via de regra, denotam uma excessiva deferência ao legislador, ao qual é atribuída ampla discricionariedade no estabelecimento da política criminal adotada nos textos legais promulgados, sendo francamente excepcional a interferência judicial por controle de constitucionalidade.¹⁶³ Essa preservação pelo judiciário, na medida máxima possível,

¹⁶⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 242-263.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 138.

¹⁶² GALVÃO, Danyelle da Silva. Precedentes judiciais no processo penal. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019, p. 170 e seguintes.

¹⁶³ Sara Aquino, após analisar decisões paradigmáticas dos tribunais constitucionais português, espanhol, italiano e alemão, chega à conclusão (aplicável ao nosso Supremo Tribunal Federal) de um ponto comum entre todos, qual seja, uma atuação jurisdicional autocontida em termos de controle de constitucionalidade de leis penais, em uma exacerbada deferência à atividade legislativa, que não se justificaria em face da vulneração de direitos fundamentais. A autora assim sintetiza a questão: *“A autocontenção judicial no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas penais, portanto, é uma realidade compartilhada por países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha. Nas jurisprudências de seus tribunais constitucionais, verifica-se a noção de que cabe ao legislativo, exclusivamente, a formulação da política criminal – e, nesse campo, a instância judicial interfere em caráter excepcional.”* Vide AQUINO, 2023, p. 153.

da decisão legislativa, deve ser compreendida no contexto da já mencionada tensão entre os poderes, ínsita ao controle judicial de constitucionalidade e mitigada pela autocontenção judicial.

Em tal panorama, avulta a importância da técnica (mais moderna) de controle judicial de constitucionalidade, atinente à interpretação conforme das leis penais à Constituição, pois esta ferramenta de controle contorna o principal fundamento da autocontenção judicial, qual seja, o respeito do magistrado/tribunal à decisão parlamentar como instância de representação democrática, pois, nas palavras de Aquino, *“a interpretação conforme deriva de uma decisão não de inconstitucionalidade, mas de manutenção da norma no ordenamento jurídico”*,¹⁶⁴ viabilizando a preservação do texto legal, em compatibilização com o não sacrifício dos princípios constitucionais e, especialmente, os direitos fundamentais individuais.

5.4.2. Interpretação conforme a Constituição de leis penais

A interpretação conforme a Constituição Federal (ou apenas interpretação conforme) é uma técnica “moderna” de controle (judicial) de constitucionalidade de leis e demais atos normativos infraconstitucionais, inserida, portanto, no campo da jurisdição constitucional.¹⁶⁵

A partir do constitucionalismo – em meados do século XVIII, com a constituição norte-americana e a revolução francesa, ganhando seus contornos atuais após a segunda guerra mundial – os princípios da unidade e da supremacia da Constituição impuseram, para a harmonização de um sistema jurídico hierarquizado, a necessidade de compatibilização dos textos legais infraconstitucionais à Constituição.

Assim, além de ser uma modalidade de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme representa, sob a perspectiva da ciência hermenêutica, uma

¹⁶⁴ AQUINO, 2023, p. 154.

¹⁶⁵ Aqui fala-se da interpretação conforme como uma técnica “moderna” de controle de constitucionalidade não (apenas) por uma concepção cronológica ou temporal (mesmo porque já é adotada na jurisdição constitucional brasileira há algumas décadas), mas sob a acepção de uma ferramenta inovadora, que veio a superar a tradicional dicotomia entre leis inconstitucionais e leis constitucionais, permitindo uma perspectiva de controle intermediária.

técnica de interpretação que se soma às tradicionais técnicas literal, teleológica, histórica e sistêmica, incrementando ou mesmo se sobrepondo às conclusões que o intérprete extrairia a partir destas técnicas clássicas. Em outras palavras, para compreender a norma,¹⁶⁶ não basta ao intérprete apreciar a literalidade gramatical de seu texto, entender a finalidade e a razão de sua criação, conhecer seus antecedentes históricos ou mesmo analisá-la em cotejo com as demais leis vigentes: ele também precisará submeter o texto legal a uma filtragem pelos princípios e regras constitucionais, para extrair o sentido e significação válidos da lei.¹⁶⁷

Neste contexto se insere a técnica – hermenêutica e de controle – da interpretação conforme a Constituição: quando um texto legal admite interpretações variadas, algumas delas em consonância com as normas constitucionais, enquanto outras se mostram incompatíveis, violadoras ou afrontosas a tais normas, o intérprete realizará a explicitação do sentido da lei que se compatibiliza com a Constituição, declarando-o válido, ao passo que fulminará a interpretação que ofende a principiologia constitucional.

No Direito lusitano, há uma definição “oficial” de interpretação conforme, publicada no Diário da República (canal oficial de informações e publicações de decisões judiciais em Portugal). Assim consta da didática conceituação portuguesa:

A interpretação conforme à Constituição consiste numa técnica interpretativa de fiscalização da constitucionalidade em que os tribunais julgam não inconstitucional um dado preceito normativo, conquanto o mesmo seja interpretado com o sentido fixado pelo mesmo tribunal. A técnica da interpretação conforme pressupõe que um preceito ou disposição normativa (ex. o artigo ou alínea de um artigo de uma lei) possa ter mais do que um significado alternativo, sendo deste modo passível de ser interpretado por um tribunal, seja com um sentido inconstitucional, seja com um sentido conforme à Constituição. Se o tribunal optar por uma interpretação conforme com a Constituição proferirá um juízo de não inconstitucionalidade condicionado, porém, ao acatamento do sentido normativo adotado pelo mesmo tribunal.

¹⁶⁶ Destaque-se que uma premissa da interpretação conforme é a compreensão da diversidade semântica e valorativa entre texto e norma. O texto é dado pelo legislador; a norma é dele extraída pelo intérprete. Nesse contexto, avulta a importância do judiciário (como intérprete privilegiado) na criação normativa: ao magistrado não incumbe apenas uma tarefa aclaratória ou explicativa do texto legal (como propugnava a Escola da Exegese, a partir de Savigny), mas uma autêntica função criadora do Direito.

¹⁶⁷ Sob tal prisma, se a compreensão da mens legis depende da leitura constitucionalizada da lei, esta passa a admitir também um sentido mutável, diante da constante mutação constitucional. Basta observar que as cartas políticas nacionais evoluem e se complexificam, com a paulatina incorporação de novas gerações de direitos fundamentais, além da previsão de sistemas de repartição de competências e de procedimentos de criação legislativa e da estruturação dos poderes constituídos e suas atribuições.

Qualquer tribunal é competente para convocar esta técnica de controlo de constitucionalidade. (...) ^{168 169}

No Brasil, a interpretação conforme conta com previsão legal expressa, sem, contudo, uma definição conceitual em lei. A Lei nº 9.868/99 tratou a interpretação conforme no âmbito das ações concentradas de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal,¹⁷⁰ dispondo, em seu art. 28, parágrafo único, que a decisão judicial de interpretação conforme tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, assim como ocorre nas decisões em ADI e ADC.¹⁷¹

Ausente conceituação legal, a definição e os limites da interpretação conforme, no Brasil, são dados pela doutrina e pela jurisprudência.¹⁷² Sara Aquino ensina que a interpretação conforme baseia-se na plurissignificação do texto legal interpretado, de modo que o intérprete dele extrai mais de uma *mens legis*, em que necessariamente ao menos uma delas afronta a Constituição, enquanto (também necessariamente) ao

¹⁶⁸ PORTUGAL. Diário da República. Lexionário. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/interpretacao-conforme-a-constituicao>. Acesso em 05.09.2024.

¹⁶⁹ Em Portugal, diversamente do Brasil, a interpretação conforme decidida pelo Tribunal Constitucional terá efeito vinculante apenas no controle concreto. Isto porque a Constituição portuguesa confere força obrigatória apenas à decisão de inconstitucionalidade e, em Portugal, entende-se que a interpretação conforme é uma decisão de não inconstitucionalidade. Por outro lado, em sede difusa, a interpretação fixada pelo Tribunal Constitucional é vinculante para a jurisdição inferior, com base no art. 80, item 3, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (semelhante ao que seria o nosso regimento interno do Supremo Tribunal Federal), *in verbis*: “No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa”.

¹⁷⁰ A previsão legal da interpretação conforme, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, não esgota a possibilidade de utilização de tal técnica nem restringe sua utilização apenas pelo Pretório Excelso em ação concentrada. Como ferramenta hermenêutica de adequação de lei aos princípios constitucionais, pode ser usada por qualquer instância judiciária (ressalvando que, no caso de tribunais, deve observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal) e também pela via difusa de controle.

¹⁷¹ A interpretação conforme encontra guarida normativa, também, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual, em seus arts. 179 e 180, assim dispõem: “Art. 179. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual para que este lhe fixe a interpretação.” “Art. 180. A representação será instruída com o texto integral da lei ou do ato normativo e conterá os motivos que justificam a necessidade de sua interpretação prévia, bem como o entendimento que lhe dá o representante.”

¹⁷² Sobre a jurisprudência brasileira, será enfocada no próximo tópico, destacando o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação conforme e alguns casos nos quais o tribunal a aplicou.

menos outra não ofende o texto constitucional. Disso se extrai o aspecto negativo (afastamento da interpretação inconstitucional) e o aspecto positivo (validação da interpretação constitucional) da interpretação conforme:

(...) a interpretação conforme implica algo entre a confirmação de constitucionalidade e o reconhecimento de inconstitucionalidade. Embora mantenha a norma vigente, a referida técnica interpretativa está além de uma simples interpretação judicial literal, histórica, teleológica ou sistemática. Quando se trata de interpretação conforme, a decisão é composta necessariamente por dois elementos – um positivo e um negativo. Esse consiste no afastamento de uma ou mais variantes interpretativas inconstitucionais, ao passo que aquele se refere ao apontamento de uma ou mais variantes interpretativas constitucionais.¹⁷³

André Gustavo Corrêa de Andrade expõe quatro dimensões da interpretação conforme, a qual pode ser concebida como: I) princípio hermenêutico; II) ferramenta de controle de constitucionalidade; III) instrumento de conservação das normas; IV) técnica decisória do julgador.¹⁷⁴

Sob a perspectiva hermenêutica, o autor analisa criticamente alguns óbices comumente colocados à interpretação conforme: o primeiro deles seria a concepção de que o intérprete-julgador não poderia adotar tal princípio de compatibilização constitucional quando a lei interpretada tem um sentido unívoco suficientemente claro, não admitindo outras interpretações.

André Andrade reflete que tal obstáculo advém do antigo brocardo hermenêutico *in claris cessat interpretatio*. De fato, é equivocada, via de regra, a ideia de que um texto legal pode ser, pela sua literalidade, claro ao ponto de não admitir conclusões interpretativas diversas, o que, ademais, seria ainda mais questionável no âmbito da hermenêutica constitucional, conforme magistério de Aurélio Vieito:

O elemento filológico é indispensável, pois a compreensão semântica do texto é o primeiro passo para a aplicação da lei fundamental segundo as necessidades do momento. No entanto, deve-se ter sempre em mira que o princípio *in claris cessat interpretatio*, defendido pela Escola da Exegese do século XVIII e XIX, não pode ser fio condutor da hermenêutica, principalmente

¹⁷³ AQUINO, 2023, p. 169.

¹⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a constituição. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003, p. 100-120.

na exegese constitucional. Além do gramatical, é fundamental a leitura sistêmica dos dispositivos constitucionais.¹⁷⁵

A própria juridicidade do brocardo *in claris cessat interpretatio* mostra-se duvidosa, tratando-se de princípio repugnado pela Ciência Hermenêutica Jurídica moderna, consoante síntese de Paulo Nader:

A inconsistência do princípio se revela a partir do conceito de clareza da lei, que é relativo, pois os textos são claros para alguns e oferecem dúvidas para outros. Por outro lado, a conclusão de clareza da lei já implica um trabalho de interpretação. Há situações normativas que exigem maior ou menor esforço do intérprete, para descobrir a mens legis. Às vezes, pelo simples exame gramatical do texto, revelam-se espontaneamente o sentido e o alcance das normas jurídicas. Outras vezes, porém, o aplicador do Direito tem de desenvolver fecundo trabalho de investigação, recorrendo aos diversos subsídios oferecidos pela hermenêutica.¹⁷⁶

No mesmo sentido, Morton Medeiros, em estudo específico sobre o princípio *in claris cessat interpretatio*, apresenta forte crítica ao mesmo:

Felizmente, a pesquisa nas obras consultadas nos reporta o atual desprezo, uníssono na doutrina, pelo velho brocardo medieval, tão conscientes estão os juristas da verdade alçada a preâmbulo deste estudo: mesmo para se verificar a clareza de uma lei, mister é interpretá-la, afinal como poderia ser tal clareza percebida, se permanecessem cegos seus aplicadores? Alípio Silveira, contudo, reproduz a denúncia do italiano Francesco Degni, formalizada neste sentido: “A jurisprudência, ao invés, se mantém rigorosamente vinculada ao antigo sistema. Todas as nossas Côrtes Supremas, de fato, têm constantemente mantido a máxima de que a função interpretativa é possível apenas nos casos nos quais a lei apresenta um sentido duvidoso ou obscuro, não já quando a disposição seja clara, já que o magistrado, em tal caso, não deve fazer outra coisa senão aplicar a lei, e não pesquisar-lhe a razão, para dar-lhe um sentido diverso daquele que resulta das palavras.” (grifado adrede) É intrigante – e mesmo preocupante – que justamente em sede jurisprudencial, em que se exerce uma das mais importantes e sublimes formas de aplicação do Direito e da lei, constate-se maior apego à vetusta parêmia *in claris cessat interpretatio*. (...) Tornou-se comum, realmente, a transferência de culpa por uma decisão injusta do Juiz para a lei, a que – alega – tem o dever incondicionado de respeitar “literalmente”, em nome de uma imparcialidade ou neutralidade absolutamente nocivas ao Direito. (...) Surge, então, uma justificativa, revelada nas próprias palavras, acima transcritas, por Francesco Degni: para os julgadores encomiastas da acientífica parêmia, interpretar envolve um rigoroso processo de conhecimento, por meio do qual penetram profundamente na análise do ordenamento jurídico como um todo, levando em conta seus mais diversos e amplos critérios (gramatical, lógico, histórico e sociológico, dentre outros), o que nos permite concluir que interpretar é, também, pesquisar. Ressalte-se, de antemão, que o sentido por eles dado à

¹⁷⁵ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000, p. 89.

¹⁷⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 262.

interpretação e tão vorazmente repellido em nada se distancia do que adotamos como arrimo neste trabalho, já nas primeiras linhas: o de compreensão qualificada dos signos, por que se perscrutam sua força e seu alcance. Coaduna-se, portanto, com a concepção zetética do termo. Por outro lado, porém, revela-se sua opção pela concepção dogmática de interpretação, diante das chamadas “leis claras”, já que lhes basta tão-somente “aplicar a lei”, como se digitam números em uma calculadora para se obter resultado de uma operação matemática complexa...¹⁷⁷

Assim, o afastamento da interpretação conforme, sob o argumento da interpretação unívoca da lei, deve ser recebido com cautela, pois não raro se mostra precipitada a conclusão de que a literalidade de uma disposição legal seria de tão modo clara que afastaria qualquer outra interpretação do texto, mesmo porque a compreensão da *mens legis* deve perquirir as demais técnicas interpretativas (históricas, teleológicas e sistemáticas, notadamente) para a captação de seu sentido. Assim, a afirmação da clareza da interpretação única de uma lei pode configurar nada mais do que a superficialidade de sua análise, a ser desmentida diante de um aprofundamento interpretativo.

Outro óbice comumente imposto à interpretação conforme seria a impossibilidade do julgador se afastar da “vontade do legislador” ao interpretar a norma.¹⁷⁸ Não obstante a compreensão das discussões legislativas e da exposição de motivos seja relevante para a leitura histórica de uma lei, não se pode olvidar que, promulgada, seu sentido se desvincula da intenção do legislador.

Ademais, como adverte André Andrade:

Perquirir a vontade do legislador é, a um só tempo, no mais das vezes, tarefa impossível e inútil. Impossível porque a lei é confluência de muitas e variadas vontades. As motivações e compreensões dos diversos autores da lei podem ser diversificadas. Mesmo em se tratando de ato normativo emanado formalmente de uma só pessoa como é o caso da medida provisória, prevista no art. 62 da Constituição Federal, não é possível deixar de reconhecer a influência da motivação de terceiros que informalmente colaboram na

¹⁷⁷ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000, p. 185-194.

¹⁷⁸ Tal óbice é reiteradamente afirmado pela doutrina, desde Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1152), passando por Celso de Albuquerque (SILVA, Celso de Albuquerque. Interpretação Constitucional Operativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 75), até Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270) e Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185).

elaboração do texto. Inútil, por outro lado, é a investigação de uma tal vontade, porque, ainda que pudesse ser captável, estaria eternamente cristalizada no momento histórico em que se manifestara. Mas a interpretação da norma jurídica evolui junto com os acontecimentos. As mudanças sociais e jurídicas têm influência determinante na exegese da lei, de modo que é até comum que ela venha a ser aplicada a situações para as quais não fora concebida imaginada.¹⁷⁹

Ainda sob a dimensão hermenêutica da interpretação conforme, Andrade examina a crítica referente ao julgador como um “legislador positivo”, enfatizando o papel criativo (criador) do intérprete, o qual, diante de uma lei lacunosa ou não isonômica, pode a ela agregar um sentido compatível com a Constituição a partir de uma heterointegração, para afirmar que, *“partindo-se da premissa aqui adotada, de que o ato de interpretar é essencialmente constitutivo ou gerativo (do significado do texto interpretado), não causa estranheza o emprego da interpretação conforme a constituição como mecanismo de correção ou adequação (e não apenas de nulificação) do texto legal”*.¹⁸⁰

As demais dimensões expostas por André Andrade se mesclam na mesma concepção: atuando como fiscalização da soberania da Constituição e mesmo como integração normativa sob a perspectiva hierárquica (ou seja, o princípio constitucional afetado pela lei integra e preenche o sentido e eventuais lacunas da *mens legis*), a técnica da interpretação conforme propicia, para o ordenamento, uma ferramenta de conservação máxima da disciplina legal infraconstitucional (atendendo ao princípio da presunção relativa de constitucionalidade das leis) e, para o julgador, lhe confere a viabilidade de decidir o caso concreto com uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da lei.¹⁸¹

¹⁷⁹ ANDRADE, 2003, p. 109.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 113.

¹⁸¹ Substancialmente, as técnicas de interpretação conforme a Constituição e de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são basicamente idênticas, pois consistem no afastamento de uma interpretação tida como inconstitucional da norma, preservando o texto legal. A equiparação entre tais técnicas já foi afirmada pelo próprio STF no antigo precedente firmado na RP 1.417-7/DF (Relator Min. Moreira Alves), quando expôs que a corte, *“(...) aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierrung)”*. Aponta-se como diferença, todavia, que, no controle difuso de constitucionalidade, o juiz, ao utilizar a interpretação conforme, apenas deixa de aplicar a interpretação que considera inconstitucional (o que integra a fundamentação e não o dispositivo de sua decisão e, portanto, a inconstitucionalidade reconhecida não faz coisa

A viabilidade de conservação máxima da lei – especialmente relevante na temática do confisco alargado de bens, pois sua inserção no ordenamento também reflete um valor constitucional – remete a uma pertinente ponderação de Lênio Streck sobre a necessidade de balizamento, pelo julgador, das consequências práticas de uma declaração formal de inconstitucionalidade, que expunge uma lei penal do ordenamento.¹⁸² Segundo ele, em numerosos casos, a exclusão de uma lei do mundo jurídico, diante de sua declaração de inconstitucionalidade, por ofensa a algum princípio constitucional, pode potencialmente causar mais malefícios do que benefícios à sociedade, pois havia um ou mais princípios constitucionais outros cuja aplicabilidade e eficácia eram promovidas pela lei expurgada do sistema.¹⁸³

Merece destaque, na compreensão da interpretação conforme a Constituição, especificamente das leis penais, o estudo de Lothar Kuhlen em sua obra sobre esta temática. Kuhlen realiza uma construção teórica sobre tal técnica de controle judicial, a partir da análise da jurisprudência alemã de seu Tribunal Constitucional (o *Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) e também de seu Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* - BGH).^{184 185}

julgada), enquanto, se for a hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a interpretação inconstitucional da lei é o próprio objeto do julgamento, fazendo coisa julgada.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 444.

¹⁸³ Nesse ponto, não podem ser ignoradas as consequências práticas – para a recuperação de ativos e para o asfixiamento da criminalidade econômica organizada – do afastamento integral da possibilidade do confisco alargado de bens, valendo destacar que o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) determina que, “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*”

¹⁸⁴ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Traducción de Nuria Pastor Muñoz. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

¹⁸⁵ Kuhlen traz uma análise mais ampla da interpretação conforme a Constituição das leis penais, inclusive com abordagens que escapam ao escopo deste trabalho. Aqui se expõem algumas destas abordagens. Explica o autor alemão que a interpretação conforme situa-se no “meio” entre a declaração formal de inconstitucionalidade e a “interpretação orientada à Constituição” (esta seria um princípio de ponderação, entre várias interpretações da norma, sobre qual ou quais delas melhor atingiriam um valor constitucional subjacente, destacando-se que a “interpretação orientada à Constituição” não possuiria o elemento negativo necessário à “interpretação conforme a Constituição”, que é a repulsa expressa à interpretação inconstitucional da lei). Kuhlen ainda ensina que, além das leis, há também a interpretação conforme a Constituição de ações e criações intelectuais (o que não interessa ao estudo por ele proposto), bem como a “aplicação das leis penais conforme a Constituição”, a partir dos interesses em conflito no caso concreto (hipótese igualmente alheia à sua obra). Kuhlen também fala em interpretação das leis penais conforme a Constituição em sentido estrito (quando a eliminação da inconstitucionalidade baseia-se na interpretação de uma mesma norma) ou em sentido amplo (quando o afastamento do vício de inconstitucionalidade depende da valoração de outra norma), sendo ambas

Kuhlen sintetiza que *“interpretación conforme a la Constitución de leyes significa que interpretaciones inconstitucionales da la ley se rechazan en favor de interpretaciones conformes a la Constitución”*.^{186 187} Ele explicita a ideia de que a interpretação conforme atua basicamente em dois campos: um negativo, no qual se afasta uma interpretação da lei que conduza a um conflito constitucional (aqui fala-se na atuação do julgador como “legislador negativo”), e um positivo, no qual o intérprete extrai da lei uma norma que se compatibiliza com a Constituição (nesta hipótese, o julgador atua como “legislador positivo”).

Nesse sentido, o campo de atuação mais problemático da interpretação conforme, a despertar maiores críticas doutrinárias, situa-se no “legislador positivo”, por seu potencial de vulneração à separação de poderes. Isto porque, ao definir a interpretação constitucionalmente adequada da lei, o juiz ou tribunal criam direito, não raras vezes de forma (parcialmente) dissociada do próprio texto legal.

O afastamento entre a norma extraída pelo julgador (com sua interpretação tida como válida no exercício da jurisdição constitucional) e o enunciado do texto, elaborado pelo legislador, tensiona o atrito dos limites de atribuição de cada poder constituído, o que se acentua no âmbito penal, no qual vige o princípio basilar e estruturante da legalidade estrita, segundo o qual a lei (portanto, o produto da atividade legislativa), prévia e anterior, define o crime.¹⁸⁸

Assim, segundo Kuhlen, a legalidade estrita atribui ao legislador a tarefa de conformar a política criminal, de modo que a criação do direito pelo tribunal

admissíveis. Ademais, o autor informa que a interpretação conforme pode expurgar inconstitucionalidades formais ou materiais das interpretações legais, assim como pode ser exercida pelo tribunal constitucional ou por tribunais ordinários, expondo as diferenças entre tais controles judiciais.

¹⁸⁶ Tradução livre: *“A interpretação constitucional das leis significa que as interpretações inconstitucionais da lei são rejeitadas em favor de interpretações constitucionais.”*

¹⁸⁷ KUHLEN, *ob. cit.*, p. 147.

¹⁸⁸ É interessante perceber que, segundo Kuhlen, a utilização da interpretação conforme pela Corte Constitucional, em certas circunstâncias, ao invés de violar o princípio da legalidade estrita, pode funcionar para amplificar essa garantia do cidadão. Isto porque a legalidade estrita exige não apenas a existência de uma lei para a definição do crime, mas que o texto legal seja determinado, claro e preciso em tal definição. Como o legislador muitas vezes não observa os requisitos de determinação, clareza e precisão na criação político-criminal, trazendo leis confusas, ambíguas e imprecisas, a jurisdição constitucional atuará, na interpretação conforme, justamente para trazer tais requisitos para a lei, definindo uma interpretação que agregue os valores de determinação, clareza e precisão ausentes do texto literal.

constitucional, a partir da interpretação conforme, mostra-se controvertida caso se desatrele do texto legal. O autor vê, em tese, cinco hipóteses em que o julgador atuaria como “legislador positivo” na interpretação conforme a Constituição: I) reduzir a norma, dentro dos limites viabilizados pelo teor literal da lei; II) ampliar a norma, dentro dos limites viabilizados pelo teor literal da lei; III) reduzir a norma, de forma desatrelada da literalidade da lei; IV) ampliar a norma, de forma desatrelada da literalidade da lei, em favor do réu; V) ampliar a norma, de forma desatrelada da literalidade da lei, contra o réu.

Após a análise de várias decisões paradigmáticas dos tribunais superiores alemães em sede de interpretação conforme (técnica de interpretação e controle, aliás, amplamente utilizada pelas Cortes), Kuhlen encontra um padrão geral na jurisdição constitucional germânica, consistente nas reduções da norma conforme a Constituição, ou seja, restrições no âmbito de incidência da lei penal, atreladas ou não ao texto literal (nesta última hipótese, por meio da criação de elementos normativos não previstos no texto, reduzindo seu campo de aplicabilidade).

Nas interpretações comportadas pelo teor literal do texto, não se vislumbraria vício aparente. Por outro lado, a decisão interpretativa que se desvincula da literalidade do texto legal seria admissível apenas quando favorável ao réu (aqui se situam, exemplificativamente, a ampliação de normas excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, assim como a inserção de elementares normativas não previstas na norma incriminadora).

Uma das decisões examinadas por Kuhlen é justamente a interpretação conforme dada pelo Tribunal Federal (BGHSt 40, 371) ao dispositivo do Código Penal alemão que trata do confisco alargado de bens (§73d, 1). Assim dispõe o texto legal:

§73d. Ampliación del comiso (1) Si se comete un hecho antijurídico de acuerdo con una ley que remite a este precepto entonces el tribunal ordenará el comiso de objetos del autor o del partícipe también cuando las circunstancias justifiquen la presunción [suposición] de que estos objetos hayan sido conseguidos para hechos antijurídicos o con base a ellos [o a partir de ellos]. También se aplicará la primera frase cuando un objeto solo por eso no pertenezca o no corresponda al autor o

participe, porque él ha conseguido el objeto para un hecho antijurídico o a raíz de el. El § 73 inciso segundo rige en lo pertinente.^{189 190}

Conforme se observa, o dispositivo admite o confisco de bens do autor/partícipe “*quando as circunstâncias justificarem a presunção de que esses objetos foram obtidos para atos ilícitos ou com base neles*” (tradução livre). Quanto a estas circunstâncias que autorizam a suposição de aquisição ilícita, Kuhlen esclarece que o tribunal estabeleceu uma interpretação conforme, para concluir que a ideia do legislador, quanto à suficiência de uma probabilidade de origem ilegal dos bens para serem confiscados, implica a violação de direitos fundamentais, notadamente a presunção de inocência e o direito de propriedade.

Assim, o tribunal reduziu o âmbito de incidência da norma, para determinar que o confisco somente será admissível quando o juiz da causa alcançar uma absoluta convicção de que o acusado adquiriu os bens a serem confiscados a partir do cometimento de atos ilícitos, a partir do exame do caso concreto, sem que os atos ilícitos anteriores tenham que ser específica e concretamente verificados.¹⁹¹

Portanto, segundo o BGH, a probabilidade da origem ilícita seria insuficiente para o confisco, sendo necessário um elevado juízo de certeza do julgador para decretá-lo (a dúvida sobre a forma de aquisição dos bens, portanto, impediria o confisco). Cerca de uma década depois desta decisão do Tribunal Federal (proferida em 1994), o Tribunal Constitucional confirmou que o referido dispositivo legal é compatível com a Constituição da forma como foi interpretado pelo BGH.

¹⁸⁹ Tradução livre: “§73d. *Extensão do confisco (1) Se um ato ilícito for cometido de acordo com uma lei que se refira a esta disposição, o tribunal deverá ordenar o confisco dos objetos do perpetrador ou do participante, mesmo quando as circunstâncias justificarem a presunção [suposição] de que esses objetos foram obtidos para ou com base em atos ilícitos [ou deles]. A primeira frase também se aplicará quando um objeto não pertence ou não corresponde ao autor ou participante somente porque ele ou ela obteve o objeto para ou como resultado de um ato ilícito. Aplica-se o disposto no artigo 73.º, segundo parágrafo, no que for aplicável.*”

¹⁹⁰ Teor extraído do sítio eletrônico <https://www.professorregisprado.com/codigos-penais-estrangeiros>. Acesso em 07.09.2024. Os trechos entre colchetes referem-se a expressões com diferentes traduções do alemão para o espanhol. O dispositivo foi transcrito a partir da fonte acima especificada, mas a tradução da obra de Kuhlen traz as menções destacadas na citação.

¹⁹¹ KUHLEN, *ob. cit.*, p. 58-59.

Isto posto, Kuhlen explica, por fim, que os parâmetros constitucionais para a aferição das interpretações inconstitucionais de leis penais são variáveis, mas, de um modo geral, os direitos fundamentais são o critério prevalente, sendo que *“una interpretación de la ley es materialmente inconstitucional cuando, em cuanto a su contenido, infringe la Ley Fundamental, en especial por implicar una intervención desproporcionada en un derecho fundamental”*.^{192 193}

Todavia, o autor afirma que a jurisdição constitucional alemã é pouco exigente no exame da conformidade constitucional, em deferência à legislação para uma maior conservação das normas, desde que a inconstitucionalidade não se mostre flagrante, a partir do sentido literal da lei ou da vontade claramente reconhecida do legislador. Kuhlen assevera que mesmo “correções da lei” ou “regulações judiciais criativas” são possíveis na interpretação conforme (especialmente quando o legislador viola seu dever formal de determinação, imposto pela legalidade estrita, produzindo leis penais indeterminadas), mas adverte que *“esta interpretación de la norma tiene que dejar un ámbito de aplicación con sentido, sin modificar profundamente el sentido de tal norma”*^{194 195}, ou seja, deve ser sempre observada a vinculação do julgador à lei.

Exposto, em linhas gerais, o estado da arte sobre a interpretação conforme a Constituição das leis penais, com suas definições, limites e críticas, passa-se ao exame da utilização de tal técnica de controle judicial de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.4.3. Interpretação conforme a Constituição de leis penais pelo STF

Antes de adentrar propriamente a análise da aplicação da técnica da interpretação conforme das leis penais à Constituição Federal pelo Supremo Tribunal

¹⁹² Tradução livre: *“Uma interpretação da lei é materialmente inconstitucional quando, em termos de seu conteúdo, infringe a Lei Fundamental, em especial porque envolve uma intervenção desproporcional em um direito fundamental.”*

¹⁹³ *Ibidem*, p. 149.

¹⁹⁴ Tradução livre: *“Essa interpretação da regra deve deixar um escopo de aplicação significativo, sem modificar profundamente o significado da regra.”*

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 149.

Federal, expõe-se uma breve explanação acerca do controle de constitucionalidade realizado no Brasil por nossa corte constitucional.

Nosso sistema misto (concentrado e difuso) faz com que o Supremo Tribunal Federal aprecie suscitações de inconstitucionalidade tanto por meio de ações de controle abstrato (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental), quanto por meio de questão incidental em feitos de sua competência (recursos extraordinários, ações penais condenatórias originárias, *habeas corpus*, procedimentos de extradição, mandado de injunção, recursos ordinários, entre outros previstos no art. 102 da Carta de 1988).

Em controle concentrado-abstrato, percebe-se que a maioria das decisões de inconstitucionalidade de leis penais, pelo STF, teve fundamento formal (especialmente relevante para a manutenção da repartição de competências traçada pela Constituição); nas demais decisões de inconstitucionalidade, fundadas em argumentos de ordem material, ganha relevo a importância dada pela Corte Constitucional ao princípio constitucional da proporcionalidade, com a intervenção do judiciário quando o legislador viola a proibição do excesso ou a proibição da proteção deficiente.

Tal enfoque foi explicitado em alguns julgados da Corte, com destaque para o julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.523/RS, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/10/2013, tratando-se do *leading case* que deu origem ao Tema nº 113.¹⁹⁶

No julgamento, o ministro relator trouxe a concepção – acolhida pelo plenário da corte – quanto à possibilidade de controle judicial de constitucionalidade de leis penais:

¹⁹⁶ Tema 113: Revogação do art. 25 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição Federal. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 3º, IV; e 5º, caput, e LVII, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), que prevê punição criminal a quem tem em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima, pela Constituição de 1988. Tese: “O art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, caput e I).”

(...) a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.¹⁹⁷

E prossegue o Ministro Gilmar Mendes, partindo da experiência constitucional doutrinária e jurisprudencial alemã, para afirmar que o judiciário deve intervir apenas quando o legislativo – o qual, via de regra, age com ampla discricionariedade na definição da política criminal – ultrapassa os limites constitucionais impostos ao seu poder legiferante, tendo como parâmetro a proporcionalidade:

(...) a decisão legislativa que implique a criminalização de novas condutas afigura-se extremamente delicada, pois ao adotá-la o Estado deve evitar a restrição arbitrária das liberdades individuais. Deve-se ter sempre em mira, assim, que a atuação estatal na seara legislativa criminal não pode ser geradora de insegurança para os cidadãos, no que concerne à condução cotidiana e normal de suas vidas. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. **Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma**

¹⁹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.523/RS. Relatoria: Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 03/10/2013. Ementa: “*Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravençional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.*” (sem grifos no original).

margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...) O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbote) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbote) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (sem grifos no original).¹⁹⁸

Essa concepção é também aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso-incidental, cujo principal meio de atuação no exame de constitucionalidade das leis se encontra no julgamento de recursos extraordinários sob a sistemática da repercussão geral. Contudo, este controle sobre leis penais é diminuto na jurisprudência da corte¹⁹⁹. Dos 1.318 temas de repercussão geral já reconhecidos, apenas 42 concernem à matéria penal e, destes, somente 29 foram definitivamente julgados; destes 29, somente 08 temas abordam a análise direta de

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Percebe-se que, na prática, a afetação e julgamento meritório dos recursos extraordinários com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, visa precipuamente a evitação de interposição de novos recursos de mesma temática, bem como a reafirmação de sua jurisprudência e a fixação de efeito vinculante a decisões reiteradas de suas turmas, ou seja, redução de demanda, sendo secundária a utilização como controle constitucional.

constitucionalidade de leis penais ou processuais penais (Temas nºs 1246, 1120, 1003, 937, 907, 371, 237 e 187).^{200 201}

Deve ser destacado que ganha progressiva importância, no Supremo Tribunal Federal, o controle difuso de constitucionalidade de leis penais por meio de *habeas corpus*, com sua vantajosa celeridade do rito, inclusive com o reconhecimento da possibilidade de *abstrativização* desta via, que deixa de ter efeitos meramente *inter partes* e passa a ter efeitos vinculantes e *erga omnes*.²⁰²

De todo modo, seja pela via difusa, seja pela via concentrada, o reconhecimento de leis penais inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal é

²⁰⁰ Tema 1246: “O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).”

Tema 1120: “Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis.”

Tema 1003: “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar produto sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para estas situações específicas, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).”

Tema 937: “É constitucional o tipo penal previsto no art. 2º, inc, II da Lei n. 8.137/1990, por não se configurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil.”

Tema 907: “A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade.”

Tema 371: “Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimizabilidade ou semi-inimizabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo.”

Tema 237: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.”

Tema 187: “As consequências jurídicas extra penais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.”

²⁰¹ Ressalte-se que os números informados referem-se à pesquisa realizada em agosto de 2024, sendo obviamente passíveis de alteração com o decurso do tempo. Dados extraídos do sítio eletrônico oficial do Supremo Tribunal Federal, no sistema nominado “Corte Aberta”, disponível em https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html.

²⁰² Neste sentido: CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et al (orgs). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Em sentido semelhante: MONTEIRO, Arthur Maximus. O *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais: vício ou virtude? *Direito em movimento*, v. 19, p. 42-70, 2021.

reduzido, o que, ao menos teoricamente, não condiz com um esperado controle judicial mais vigoroso da legislação em matéria penal, diante do maior potencial de afetação de direitos fundamentais, mormente ao se considerar também a constitucionalização do Direito Penal, extensamente disciplinado em regras e princípios da carta de 1988. Assim, nossa corte constitucional – à semelhança de outros tribunais constitucionais estrangeiros – denota acentuada deferência à discricionariedade do legislador, o que leva à crítica de Ademar Sousa Filho de que “a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (com excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais”.²⁰³

O Supremo Tribunal Federal explicita tal deferência ao manifestar, pelo seu pleno, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em 12/04/2012, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que a atuação da corte se basearia em um “princípio da intervenção mínima” sobre a produção normativa advinda do poder legislativo:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Feitas tais ponderações preambulares sobre o modelo de controle judicial de constitucionalidade no Brasil, pode ser observada a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica da interpretação conforme das leis penais à Constituição Federal. E, diversamente da posição autocontida da Suprema Corte nas escassas declarações de inconstitucionalidade de leis penais, é perceptível uma utilização ampla, reiterada e massiva da técnica da interpretação conforme pelo tribunal, em situações bastante diversas (aqui consideradas as modalidades trazidas por Kuhlen – ampliação ou

²⁰³ SOUSA FILHO, 2019, p. 143.

redução da norma, atrelada ou desatrelada da literalidade da lei, em favor do réu ou contra ele – que serão aproveitadas para o exame da jurisprudência do STF).

Sob o aspecto histórico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no que se refere ao uso da técnica da interpretação conforme, passando de uma concepção mais restrita de sua utilização, para um atual panorama de maior amplitude em sua adoção.

O primeiro precedente paradigmático apresentado pelo STF quanto à interpretação conforme é anterior à atual ordem constitucional. Em dezembro de 1987, sob a Relatoria do Ministro Moreira Alves, o plenário do tribunal apreciou, em uma representação de inconstitucionalidade (RP nº 1.417-7/DF), a tese de aplicabilidade da interpretação conforme à Constituição. Na ocasião, a corte concebeu a impossibilidade de o julgador, em sua atividade interpretativa, atuar como um “legislador positivo”, para criar uma norma jurídica que colidisse com o “sentido inequívoco” dado à lei pelo legislador. Veja-se a elucidativa ementa de tal julgado:

O princípio da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. (...) No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.

No voto condutor do aresto, o ministro relator afirmou, a partir de lições de Pontes de Miranda, que a interpretação conforme é princípio de restrita aplicação, sujeita ao crivo da razoabilidade, não tendo incidência quando o julgador prive o dispositivo de “função útil” ou quando esteja inequívoco que o legislador adotou critérios e soluções afrontosos à Constituição, ou seja, não se trata de técnica que possa ser utilizada *contra legem*, pois “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição,

mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”.

A partir da experiência alemã, o relator explica que a interpretação conforme encontra dois limites: *“o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador perseguiu inequivocamente com sua regulamentação”*²⁰⁴, eis que *“não pode a uma lei clara”*²⁰⁵ *ser dado um sentido oposto, nem pode o objetivo do legislador ser falseado ou elidido num ponto essencial”, acrescentando que “a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova”.*

Ao final, o voto condutor do Ministro Moreira Alves, acompanhado à unanimidade, rejeita a interpretação conforme, por entender que um possível sentido constitucional da norma impugnada destoaria do propósito claramente intentado pelo legislador com sua edição, razão pela qual a lei foi julgada inconstitucional, salientando que *“não se deve temer a consequência de se declarar a norma inconstitucional, pois esse procedimento é mais exato e satisfatório do que o de violentar o sentido da lei, apenas para evitar sua nulidade”*.²⁰⁶

²⁰⁴ É interessante perceber que o parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra de Gilmar Mendes – favorável ao uso da interpretação conforme no caso e que não foi acolhido no acórdão – destacou a crítica ao argumento de necessidade de respeito do julgador à *mens legislatoris*, ao afirmar que *“a indagação do propósito subjetivo do legislador, ou, mais corretamente, do autor da proposição legislativa, já em termos gerais, é método desprestigiado na hermenêutica moderna. O desprestígio da mens legislatoris sobe de ponto, quando se cogita da possibilidade de extrair do texto legal uma interpretação conforme a Constituição: nessa tarefa, dada a unidade sistemática e hierarquizada da ordem jurídica, se parte do postulado de ter a norma constitucional um papel determinante sobre o significado da norma inferior. O decisivo, portanto, não é a inteligência da regra legal, da sua letra e da sua história, como entidade normativa bastante em si mesma, mas, sim, entendê-la no contexto da ordem jurídica em que a sua vigência se inseriu”*.

²⁰⁵ Perceba-se como o Supremo Tribunal Federal retoma, com sutileza, a (defasada) regra hermenêutica *in claris cessat interpretatio* ao utilizar o argumento da “lei clara” para afastar a interpretação conforme a Constituição.

²⁰⁶ Merece destaque o fato de que o voto condutor chegou a mencionar o entendimento mais radical (a partir das problematizações da doutrina italiana, com destaque para a obra de Luigi Montesano) de que a interpretação conforme não seria sequer válida como técnica de controle de constitucionalidade, pois toda lei que admitisse mais de uma interpretação (demonstrando um sentido constitucional e outro inconstitucional) teria que ser expurgada por completo do sistema jurídico, pois não se admitiria que o legislador criasse uma norma ambígua. Segundo tal corrente, *“a simples admissão da pluralidade de significados, de uma norma, ou ainda a mera previsão abstrata da viabilidade de um significado incompatível com a Constituição, deveria constituir motivo suficiente para declarar a ilegitimidade constitucional da norma denunciada, como forma de induzir o legislador à edição de lei menos ambígua”*. Todavia, o ministro relator esclarece que a posição não prevaleceu, mas por razões de ordem prática, como *“a lentidão do iter legislativo, as consequências prováveis de uma prolongada carência*

Poucos meses depois, em junho de 1988, o Supremo Tribunal Federal voltou a apreciar a hipótese de utilização da técnica da interpretação conforme. Na representação de inconstitucionalidade nº 1.389-8/RJ, sob a relatoria do Ministro Oscar Correa, a corte chegou a manifestar temor quanto a tal técnica de controle de constitucionalidade, qualificando-a como arriscada – inclusive afirmando desde logo na ementa do julgado *“Interpretação conforme a Constituição. Riscos, entre nós”* – além de demonstrar receio de expansão desmesurada do poder que seria conferido aos magistrados de instâncias inferiores.

No acórdão, o ministro relator, ao tratar de interpretação conforme, afirmou que *“temos os riscos dessa orientação, em nosso país, quando nem mesmo os textos claros e insofismáveis se livram de exegeses sibilinas ou casuísticas”*, para ao final concluir:

Entre nós, da tradição deste STF, pretendo apenas, ainda uma vez, salientar o risco que representa, no Brasil: o texto legal se publica e reproduz sem anotações dessa natureza. A jurisprudência, mesmo desta Corte, é, quando nada, extensamente ignorada. Dará, então, o juiz, ao decidir a demanda, não a interpretação conforme à Constituição, que este Supremo Tribunal Federal tenha explicitado, mas a interpretação conforme ao seu entendimento, com o que, em inúmeras hipóteses, se terá solução em conflito com o que esta Corte propugna e fixa.

Entretanto, com a evolução da jurisprudência do Pretório ao longo dos anos, a interpretação conforme a Constituição passou de técnica temida a instrumento de controle judicial de constitucionalidade amplamente utilizado pelo tribunal, sempre, contudo, reafirmando sua hipótese de cabimento (lei que admita diversas interpretações) e seus limites (impossibilidade de esvaziamento da função da lei em sua promulgação, vedação à fixação de interpretação que afronte o sentido literal da lei e observância ao propósito inequívoco do legislador).²⁰⁷

de disciplina legal da matéria, a frequente imprecisão técnica da lei e até a consideração da vocação dialética dos práticos do direito e de sua capacidade ‘di escogitare sempre nuovi modi di interpretazione delle norme meglio redatte’.”

²⁰⁷ Conforme será posteriormente focado, no julgamento da ADPF nº 54 (Relator Min. Marco Aurélio, julgada em 12/04/2012), após sustentar o vantajoso mérito da interpretação conforme, como alternativa à declaração de inconstitucionalidade da lei, o Ministro Ricardo Lewandowski enaltece a regra hermenêutica *in claris cessat interpretatio*, para afastar o uso dessa técnica de controle na lei de sentido claramente unívoco, bem como reafirma seus dois limites, *in verbis*: *“(...) a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta*

Em dezembro de 1995, também sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal reiterou, no julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 1.344-1/ES, a *“impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”*.²⁰⁸

Em março de 2003, a Corte Suprema, em julgamento de Agravo Regimental na Reclamação nº 2.182/SP, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, expôs que a decisão do tribunal em sede de interpretação conforme a Constituição, em “fiscalização normativa abstrata”, tem eficácia *erga omnes* e vinculante a todos os magistrados e órgãos da Administração Pública federal, estadual, municipal ou distrital, cuja inobservância justificaria o manejo do instrumento processual da reclamação:

As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“*erga omnes*”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.

afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.” Contudo, o ministro Lewandowski ficou vencido, prevalecendo o entendimento dos demais ministros do tribunal pleno pela utilização da interpretação conforme (caso do aborto de feto anencéfalo), ainda que isto implique a flexibilização de tais limites em determinadas hipóteses.

²⁰⁸ Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, reafirma a necessidade do plurissignificado da lei para o uso da técnica da interpretação conforme. Exemplificativamente: em Embargos de Declaração em ADI nº 6096 (Relator Min. Edson Fachin, julgamento em 14/06/2021), aduziu-se que *“não há omissão quanto à aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, porquanto esta só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna”*.

Em dezembro de 2006, a Suprema Corte, no julgamento da ADI 1.351-3/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, demonstrou que caminhava para a superação da ideia de que o Judiciário somente poderia agir como “legislador negativo” no controle de constitucionalidade. Na ocasião, o relator mencionou que o afastamento de atos normativos inconstitucionais comumente não basta para solucionar complexos conflitos jurídicos, aduzindo que *“a assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas”*, o que destaca o papel do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

De todo modo, mesmo admitindo a viabilidade da construção normativa do sentido constitucional da lei pelo julgador, pela via hermenêutica, nossa corte constitucional não descuida de lembrar os limites de sua adoção da interpretação conforme. No julgamento da ADI 6855 (relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 22/02/2023), referente à lei federal que estipulava medidas de enfrentamento à pandemia de coronavírus, o Supremo Tribunal Federal reiterou os requisitos negativos de cabimento da interpretação conforme, ao pontuar que *“não há necessidade de recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição (i) se o sentido mais evidente da norma for compatível com a ordem constitucional; ou (ii) se a norma não comportar mais de uma possibilidade interpretativa.”* Assim, por conceber que a lei impugnada não admitiria interpretações diversas, decidiu que a mesma *“não autoriza mais de uma exegese. O seu sentido é unívoco, não sendo cabível, portanto, a interpretação conforme a Constituição”*.

Diante deste primeiro delineamento do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a utilização da interpretação conforme, passa-se a analisar abaixo, resumidamente, alguns precedentes de relevo²⁰⁹, nos quais a corte valeu-se de tal técnica de controle de constitucionalidade, para melhor visualização da flexibilização de seu uso, sob as modalidades de ampliação e vedação das normas extraídas das leis sob exame, ainda que desatreladas do texto literal, tanto a favor do réu quanto contra ele.

²⁰⁹ A escolha dos precedentes baseia-se no critério de melhor adequação do caso, para sua finalidade exemplificativa, às hipóteses de interpretação conforme sob as suas variadas modalidades, em uma ordem preferencialmente cronológica. Valeu-se aqui, também, do critério de relevância estabelecido pelo próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, fonte da qual todos os exemplos foram extraídos.

Um caso em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a um dispositivo infraconstitucional, para reduzir o campo de incidência da norma, foi na interpretação dada pela corte no julgamento, em 18/06/2007, da ADI 1.719, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que tinha por objeto o art. 90 da Lei dos Juizados Especiais. A norma de transição afirmava que as disposições da Lei nº 9.099/1995 não seriam aplicáveis às ações penais com instrução iniciada. Diante do princípio constitucional da retroatividade da norma penal benéfica, o tribunal interpretou o dispositivo para concluir que apenas as normas processuais da lei em comento não atingiriam processos com instrução iniciada, sendo retroativas, ao revés, as normas mais benéficas de cunho material.

Do mesmo modo, no julgamento do Habeas Corpus nº 83.868, julgado em 05/03/2009, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio (relatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie), o tribunal pleno deu interpretação conforme ao art. 3º da Lei nº 9.613/1998, a partir do princípio da presunção de inocência. O dispositivo prevê que, em caso de condenação, o juiz decidirá se o réu poderá apelar em liberdade. A corte cogitou que tal norma poderia ser interpretada como uma hipótese de prisão automática por execução provisória da pena. Assim, fixou-se que a interpretação que se coadunaria com a Constituição Federal seria a de que o juiz deveria fundamentar sua decisão sob a prisão ou liberdade do apenado e somente impor aquela se demonstrasse a presença dos requisitos da prisão preventiva.

Tem-se, aqui, autêntico caso de interpretação conforme, de redução do âmbito de incidência do dispositivo interpretado, favorável ao réu e atrelado aos limites disponibilizados pela literalidade do texto legal. Assim foi consignado na ementa do acórdão: *“Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar”*.

O Supremo Tribunal Federal também utilizou a técnica da interpretação conforme para decidir o questionamento sobre a legalidade da “Marcha da Maconha”. Isto porque, em tese, o movimento poderia se adequar aos tipos penais do art. 287 do Código Penal (apologia ao crime) ou do art. 33, §2º, da Lei nº 11.343/2006

(induzimento ou instigação ao uso de drogas). Todavia, estava em jogo o princípio constitucional da liberdade de pensamento e de manifestação pacífica.

Assim, na apreciação da ADPF nº 187 (julgada em 15/06/2011, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello) e da ADI 4274 (julgada em 23/11/2011, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito), a corte, para contornar a relativa indeterminação dos tipos penais, reduziu o âmbito de incidência das referidas normas incriminadoras, de forma favorável ao réu, extrapolando a literalidade dos dispositivos, para fixar a interpretação conforme de que não seria penalmente típica a participação de uma pessoa na “Marcha da Maconha”, para a preservação da tutela dos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e à reunião pacífica.

Outro exemplo em que o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de interpretação conforme, criando elementos normativos desatrelados do texto legal, em benefício do réu, é o conhecido caso do julgamento da ADPF nº 54, em 12/04/2012, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando o tribunal decidiu pela inexistência de injusto penal nos casos de aborto de feto portador de anencefalia.

O acórdão firmado pelo tribunal pleno do STF nesta ADPF nº 54 é especialmente importante em uma mudança de paradigma da corte sobre os limites da atuação do judiciário no controle de constitucionalidade. O Ministro Ricardo Lewandowski, sustentando uma posição mais tradicional e conservadora quanto à utilização da interpretação conforme, reafirmou que o tribunal somente poderia agir como “legislador negativo”, não sendo possível a criação da norma pelo intérprete, pela via hermenêutica, com sentido desvinculado daquele originalmente pensado pelo legislador. Contudo, seu entendimento restou vencido e o Pretório fixou interpretação conforme aos dispositivos sob análise (referentes ao aborto) para explicitamente criar nova hipótese excludente de ilicitude (anencefalia do feto).

A concepção albergada pelo tribunal foi capitaneada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, que discorreu longa e profundamente sobre a técnica da interpretação conforme. Criticou a busca e a necessidade de preservação da “vontade do legislador”, na interpretação da norma pelo julgador, aduziu a ordinária multiplicidade de sentidos da expressão semântica da norma e afirmou a imperiosidade de se superar o antigo e ultrapassado “dogma do legislador negativo”, expondo a possibilidade de uma atuação criativa da corte na superação do problema de

conformidade constitucional, com a viável prolação de “decisões manipulativas com efeitos aditivos”, sendo menores as objeções, no campo penal, se a atuação como “legislador positivo” se der em favor do réu. Veja-se relevante trecho de tal voto, valendo sua mais alongada transcrição:

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. (...) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. (...) A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação. (...) Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática, comum a qualquer jurisdição constitucional. Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade. (...) Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de selfrestraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre

imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. (...) também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. (...) Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato. Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto. Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (...) É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.

Também no julgamento do *Habeas Corpus* nº 123.108, em 03/08/2015, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, o STF entendeu possível a fixação do regime aberto a réu reincidente – não obstante o art. 33, §2º, “c”, do Código Penal diga o oposto – quando o julgador não aplicar o princípio da insignificância em caso em que sua incidência seria *in tese* cabível. Nesse aresto, a corte ignora o propósito claramente extraível da literalidade do dispositivo (o que seria um limite à utilização da interpretação conforme), pois o legislador quis reservar o regime aberto apenas a apenados não reincidentes. Assim diz trecho da ementa do julgado:

(...) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.²¹⁰

²¹⁰ A decisão é, por si só, pouco compreensível. Nela, o tribunal diz que a reincidência não é óbice ao princípio da insignificância. Portanto, se preenchidos os requisitos para sua incidência, o réu deve ser absolvido; se não preenchidos, inexistente razão para a mitigação do regime prisional. A Suprema Corte

Além disso, há variados casos em que o STF demonstra que, paulatinamente, admite utilizar a interpretação conforme para se arvorar na função de legislador positivo e criar elementos normativos não previstos na lei interpretada, para permitir sua compatibilização com a Constituição Federal.

Um exemplo marcante desta atuação “criativa” do tribunal se observa no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 641.320 (julgamento em 11/05/2016, relatoria do Ministro Gilmar Mendes), *leading case* do Tema nº 423, quando apreciou as normas referentes aos estabelecimentos prisionais determinados para cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto, em cotejo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Diante da inexistência dos estabelecimentos previstos em lei e da situação prisional calamitosa brasileira, a corte fixou novos critérios para resolução deste problema, à margem de qualquer limite da literalidade legal, impondo, quando houver déficit de vagas, as seguintes alternativas ao juízo de execução: *“(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.”*

Neste julgado, observa-se que o STF, no limiar da tensão entre os poderes da República, fala expressamente em “apelo ao legislador”, para adoção de diversas medidas legislativas que propõe.²¹¹ E, reafirmando a força obrigatória de sua atuação

mais complica do que explica ao falar da aplicação do regime aberto ao reincidente quando a insignificância penal da conduta for “cogitável”, mas não seja reconhecida por ser “socialmente indesejável”.

²¹¹ Veja-se este trecho da ementa do acórdão: *“A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários*

positiva, o Pretório convola os critérios que estabelece em súmula vinculante (enunciado nº 56).²¹²

Por outro lado, na questão de ordem em Recurso Extraordinário com repercussão geral nº RE 966177 RG-QO, julgada em 07/06/2017, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o pleno do STF deu interpretação conforme ao art. 116, I, do Código Penal, a partir dos postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais, para criar hipótese de suspensão da prescrição (inovação prejudicial ao réu, portanto), confessadamente não prevista na norma legal interpretada, quando houver suspensão da ação penal por força de sobrestamento determinado por relator de recurso extraordinário com repercussão geral. Para fundamentar a decisão, a corte afirma inclusive que a sociedade tem o direito fundamental de impor sua ordem penal. Vejamos trecho da ementa do julgado:

A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos **sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais**, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. O sobrestamento de processo criminal, **sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional**, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do due process of law. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo **obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal**. (sem grifos no original)²¹³

Outro caso emblemático de interpretação conforme no Supremo Tribunal Federal, no qual se ampliou a abrangência de tipos penais, para abarcarem condutas

e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.”

²¹² Súmula Vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

²¹³ No caso, além de criar nova hipótese de suspensão da prescrição, não prevista em lei, o STF atua de forma bastante criativa, ao excepcionar de sua própria criação normativa, pela via da interpretação conforme, as situações de réu preso e de inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público.

não comportadas pela literalidade dos textos legais (obviamente, portanto, em prejuízo do réu), foi a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, julgada em 13/06/2019, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. Para cumprimento de um mandado constitucional de criminalização, o tribunal considerou que os crimes previstos na Lei nº 7.716/1989 (Lei contra o Racismo) englobariam os preconceitos quanto ao gênero e orientação sexual, entendendo que o termo “raça” também abarcaria a homofobia e a transfobia.

Mais uma vez tensionando (quicá, ultrapassando) o limite entre os poderes, em decisão de vislumbrável ofensa ao princípio da legalidade estrita, o STF fixou a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (...).

Também no julgamento do *Habeas Corpus* nº 154.248, em 28/10/2021, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, o pleno do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, conferiu interpretação conforme ao delito de injúria racial (art. 140, §3º, do Código Penal) para definir a sua imprescritibilidade. Ainda que se trate de delito contra a honra, não situado topograficamente entre os crimes de racismo (previstos da Lei nº 7.716/1989), entendeu a corte que a injúria racial estaria englobada na disposição constitucional que afasta a prescrição (logo, trata-se de exegese desfavorável ao réu). Neste caso, o Pretório assume explicitamente sua adesão a um posicionamento político-criminal (cuja definição incumbiria, em tese, ao legislador), ao afirmar que “*o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e todo o conjunto da sociedade*”.

Na mesma esteira de entendimento, na ADI 6581, julgada em 09/03/2022, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin (relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes), o STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 316, p. único, do

Código de Processo Penal²¹⁴, norma que torna ilegal a prisão preventiva que, anteriormente decretada, não tiver sua necessidade revisada pelo juízo no prazo de 90 dias. O Pretório, sem mencionar claramente o princípio constitucional em cotejo, mas invocando a necessidade de repressão da impunidade, tornou impróprio tal prazo de 90 dias, após o qual a prisão ilegal não será relaxada, mas tão somente deve o juízo ser instado a ratificá-la. Além disso, a corte excepcionou a aplicação do dispositivo ao acórdão condenatório que, em segunda instância, decreta a prisão preventiva.

Neste exemplo de interpretação conforme prejudicial ao réu, a Suprema Corte parece violar um limite por ela estabelecido para o uso de tal técnica, qual seja, a impossibilidade de a interpretação dada afrontar a literalidade do texto interpretado. A questionável decisão lastreou-se no seguinte fundamento constitucional (trecho da ementa):

A interpretação da norma penal e processual penal exige que se leve em consideração um dos maiores desafios institucionais do Brasil na atualidade, qual seja, o de evoluir nas formas de combate à criminalidade organizada, na repressão da impunidade, na punição do crime violento e no enfrentamento da corrupção. Para tanto, é preciso estabelecer não só uma legislação eficiente, mas também uma interpretação eficiente dessa mesma legislação, de modo que se garanta a preservação da ordem e da segurança pública, como objetivos constitucionais que não colidem com a defesa dos direitos fundamentais.

Exegese semelhante se observa no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 848.107 (Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 03/07/2023), no qual foi fixado o Tema 788, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal definiu a interpretação conforme do art. 112, I, do Código Penal, a partir de seu cotejo com o princípio constitucional da presunção de inocência, para fixar que o termo inicial da prescrição executória seria a data do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

²¹⁴ Art. 316, parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

A decisão comporta críticas. Primeiramente, a tese fixada dificulta ou atrasa a fluência do prazo prescricional, ou seja, trata-se de entendimento em desfavor do condenado, obtido a partir de uma garantia constitucional estabelecida em favor do réu (presunção de inocência), o que parece despontar uma conclusão paradoxal. Em segundo lugar, a interpretação conferida ao art. 112, I, do Código Penal vai contra a literalidade do dispositivo – o qual claramente afirma que o termo inicial da prescrição executória seria o trânsito em julgado da condenação para a acusação – o que seria uma violação dos limites da interpretação conforme expostos pelo próprio Pretório. Em terceiro lugar, malgrado o acórdão fale expressamente em “interpretação conforme”, nem sequer se trata, propriamente, de utilização de tal técnica de controle, mas da supressão formal (por declaração de inconstitucionalidade) de um trecho do texto legal.

Semelhante exemplo se observa no julgamento da ADPF 779, em 01/08/2023, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que a corte realizou interpretação conforme do art. 25 do Código Penal, que disciplina a excludente de ilicitude da legítima defesa, reduzindo seu âmbito de incidência. A partir de considerações sobre os direitos constitucionais à vida, à igualdade e à dignidade da vítima, ponderando ainda o alto número de feminicídios no Brasil, o STF afirmou a inconstitucionalidade da interpretação da norma que leve à sustentação da tese de legítima defesa da honra, ou seja, impediu que o réu argumente que agiu para repelir agressão contra sua honra.²¹⁵

É interessante perceber que, não obstante a autorização para o uso da interpretação conforme, como modalidade de controle judicial de constitucionalidade de leis penais, repouse precipuamente na necessidade de tolher abusos do legislador diante de potencial ofensa a direitos fundamentais, maximizada no âmbito penal pela

²¹⁵ A decisão é problemática sob inúmeros aspectos. Criou-se um elemento normativo negativo em uma excludente, afastando a honra do réu como bem jurídico que autorize o afastamento da ilicitude pela reação à sua agressão. A restrição de uma excludente é grave, mas, no caso, envolve também a limitação à plenitude de defesa garantida a um acusado de crime doloso contra a vida sob julgamento perante o Tribunal do Júri. Atingiu-se, ainda, a própria soberania do veredicto, que não pode acolher tal tese. Ademais, a decisão do STF reputa inválida a prova ou o argumento (direto ou indireto) relacionado à legítima defesa da honra, inclusive na fase pré-processual, afirmando serem nulos o ato ou o julgamento que se baseiem na tese defensiva (o que, inclusive, é de difícil perquirição, diante da decisão por íntima convicção dos jurados). Ademais, sendo vedado o argumento ou a prova tendentes à defesa da honra, inviabilizou-se ao réu até mesmo a sustentação de tese diversa da absolutória, como, por exemplo, na alegação de homicídio privilegiado, especialmente quanto ao domínio da violenta emoção após injusta provocação da vítima.

afetação da liberdade do réu, a depender da interpretação a ser dada à lei sob análise, o STF vem, reiterada e progressivamente, utilizando a interpretação conforme contra o réu, sob o argumento de tutela de direito da vítima ou da sociedade, conforme se observa nos precedentes acima.

Em um último exemplo, na ADPF 1107, julgada pelo tribunal pleno em 23/05/2024, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a corte entendeu necessária a definição de interpretação conforme a Constituição do art. 400-A, I, do Código de Processo Penal²¹⁶, além do art. 59 do Código Penal, para o fim de evitar a revitimização da ofendida em crimes sexuais, visando a tutela da dignidade da pessoa humana, concluindo por proibir que a defesa do réu faça referência à vida sexual pregressa da vítima ou sobre seu modo de vida, sob pena de nulidade do ato ou do próprio julgamento²¹⁷, além de impor deveres ao juízo que preside a audiência, nos seguintes termos (ementa parcial do julgado):

Ofende os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana a perquirição da vítima, em processos apuratórios e julgamentos de crimes contra a dignidade sexual, quanto ao seu modo de vida e histórico de experiências sexuais. A despeito da atuação dos Poderes da República, pela análise dos argumentos postos na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, é de se concluir necessário que este Supremo Tribunal, no exercício de sua competência constitucional, interprete os dispositivos impugnados pelo arguente conforme a Constituição da República, para conferir máxima efetividade aos direitos constitucionalmente postos e coibir a perpetuação de práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas sexualmente. Arguição julgada procedente para i) conferir interpretação conforme à Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do

²¹⁶ Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

²¹⁷ Pode-se concluir que o STF torna ilícita a tese defensiva (ou mesmo a criminaliza, pois afirma que o magistrado que não a coibir pode ser responsabilizado inclusive penalmente) de relativização da vulnerabilidade da vítima em uma imputação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). Um exemplo (bastante comum nas lides penais): um acusado de 18 anos tem um namoro com uma vítima de 13 anos, durante o qual tem relações sexuais consentidas. A defesa do réu não poderá tentar, junto ao juízo, a absolvição dele sob o argumento de que a ofendida tinha capacidade de discernir quanto à sua sexualidade, diante de sua experiência prévia. É de se questionar se, neste contexto, a interpretação conforme dada pelo STF, para a tutela da dignidade sexual da vítima, não colocaria sob vulneração o princípio também constitucional da ampla defesa, ou mesmo a presunção de inocência ou o princípio da lesividade.

juízo, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal; (...) iii) conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida e iv) assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

Estas são algumas das decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal na temática da interpretação conforme, demonstrando a evolução da corte no sentido de uma maior permissividade na utilização de tal técnica judicial de controle constitucional, com a mitigação da análise da *mens legislatoris* e a admissão de uma construção mais criativa do sentido da norma pelo julgador que interpreta a lei impugnada (interpretação aditiva-corretiva).²¹⁸

Remanesceriam, em tese, os limites da lei de interpretação unívoca e a inviabilidade de resultado interpretativo que represente uma afronta ao sentido literal evidente do texto legal interpretado.²¹⁹ Por fim, deve ser salientado que, no âmbito penal, por força da garantia da legalidade estrita, é passível de crítica da atuação do julgador como legislador positivo que, inserindo elementos normativos desatrelados no texto legal, produza um sentido da norma prejudicial ao réu.

²¹⁸ O próprio STF resume seu papel quando afirma que “a jurisdição constitucional, acionada por atores constitucionalmente legitimados, exige da Corte Suprema o escrutínio das normas impugnadas à luz da Lei Maior, equilibrando os postulados da autocontenção, diante do legítimo exercício das opções políticas pelos representantes eleitos, e da limitação constitucional ao exercício do poder político, regida pelos direitos fundamentais, pela separação e harmonia entre os poderes e pela distribuição das competências entre os diversos órgãos da União e dos Estados-membros.” (ADI 6298, julgada em 24/08/2023, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux).

²¹⁹ Mesmo estes óbices (teóricos) remanescentes da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal são de dificultosa observância prática. Por um lado, a concepção de lei unívoca (ou seja, que só admite uma única interpretação) é de complicada configuração, pois repousa na ideia da clareza da lei, já criticada acima, consoante a moderna ciência hermenêutica, pois a *mens legis* não se extrai isoladamente da técnica literal-gramatical de interpretação, mas de sua conjugação com as demais técnicas interpretativas. Por outro lado, mesmo a vedação da interpretação que afronte o sentido evidente da lei não vem sendo observada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os exemplos alhures expostos.

5.5. Conclusões parciais

A interpretação conforme a Constituição Federal de leis penais é técnica (decisória, principiológica e hermenêutica) de controle judicial de constitucionalidade que se encontra fortemente sedimentada nos ordenamentos estrangeiros e brasileiro, estando sua utilização consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²²⁰

A expansão de seu uso se justifica por duas importantes características da interpretação conforme: por ser ela um ponto de equilíbrio (comumente vantajoso) entre a decisão de inconstitucionalidade de uma lei e a decisão oposta de sua constitucionalidade, bem como por ela possibilitar a preservação da lei (como produto da atividade do poder legislativo) no sistema jurídico, o que homenageia a separação de poderes, a presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da conservação das normas, sem prejuízo de coibir possíveis ofensas aos princípios constitucionais e à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Tais características fazem com que o poder judiciário (e, em especial, sua corte constitucional suprema) abandone a posição de autocontenção observada no controle judicial de constitucionalidade “tradicional”. Da mesma forma, a crítica doutrinária central à interpretação conforme, consistente na atuação do julgador como “legislador positivo”, também se esvai. Para adequar uma norma à Constituição, pode o julgador-intérprete atuar de forma criativa, para superar lacunas e indeterminações do texto legal, bem como para restringir seu alcance, pela inserção de elementos normativos que, não obstante não estejam previstos no texto interpretado, decorrem de sua filtragem constitucional.

Contudo, remanesce censurável, no âmbito penal, a expansão do poder punitivo pela via judicial interpretativa, de forma desatrelada do texto legal, pois, neste caso, a interpretação conforme implicaria um maior sacrifício dos direitos fundamentais individuais do réu sem observância à legalidade estrita. Se a Constituição Federal constrói um sistema de garantias para a proteção do réu contra

²²⁰ Atualmente percebe-se um certo “fetichismo” do STF com a interpretação conforme, eis que a corte menciona tal técnica na imensa maioria de seus julgados hodiernos, inclusive em hipóteses que nem sequer configuram, tecnicamente, interpretação conforme, como salientando alhures. Ou seja, mesmo em casos de declaração de inconstitucionalidade, com supressão (parcial ou integral) do texto legal, o Pretório afirma, no dispositivo do acórdão, que deu “interpretação conforme” a determinado texto legal.

o arbítrio estatal, interpretar uma lei penal com a criação de elementos normativos, não previstos nela, em prejuízo do réu, não é uma interpretação conforme, mas uma interpretação desconforme a Constituição.²²¹

Portanto, desde que a lei interpretada admita mais de um sentido (óbice da lei unívoca) e desde que a conclusão do intérprete não implique um sentido frontalmente oposto àquele sentido evidentemente buscado pelo legislador, nem esvazie por completo o texto legal (óbice da afronta ao sentido evidente da literalidade do texto), pode ser utilizada a interpretação conforme, para compatibilização da norma à Constituição, inclusive com finalidades corretivas ou integrativas das leis indeterminadas ou lacunosas.²²²

Disso se conclui que a técnica da interpretação conforme é perfeitamente adequada ao controle judicial de constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal, diante das divergentes correntes sobre a (in)constitucionalidade do referido dispositivo legal. Aliás, não é apenas a técnica adequada, mas a mais apropriada e necessária à obtenção da conformidade do texto legal que disciplina o confisco alargado de bens à Constituição Federal de 1988. A utilização da interpretação conforme, neste caso, além de não implicar qualquer violação aos limites ao uso de tal técnica, permite a preservação da escolha político-criminal do legislador (com a evitação da fulminação integral da norma pela sua declaração formal de inconstitucionalidade), voltada à recuperação de ativos vinculados à criminalidade econômica organizada, em cotejo com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do réu (especialmente a presunção de inocência, o direito de propriedade e a intranscendência da pena).

Por meio da interpretação conforme, o julgador pode restringir, em favor do réu, o alcance da incidência da norma a ser extraída do art. 91-A do Código Penal, corrigindo a relativa indeterminação da lei quanto às suas hipóteses de incidência

²²¹ Certo é que a carta política magna de uma nação alberga também os direitos da sociedade e da vítima, com a tutela dos bens jurídicos selecionados fragmentariamente pelo Direito Penal. Mas, neste ponto, as escolhas político-criminais do legislador são delimitadas pelos textos legais, ou seja, aqui não se admitiria uma expansão de tais escolhas, pela via da interpretação judicial, que esteja desatrelada dos textos legais.

²²² Poder-se-ia mencionar aqui, ilustrativamente, uma paráfrase processual penal, comparando a atividade do julgador, como legislador positivo, na interpretação conforme, aos embargos de declaração: o legislador dá a decisão embargada, enquanto o judiciário “julga os “embargos” para suprir as omissões, obscuridades, ambiguidades e contradições da decisão embargada, conferindo a ela clareza, coesão, completude e determinabilidade.

(crimes que atrairiam o confisco, dada a insuficiência do critério da pena máxima cominada), suprimindo a omissão do texto quanto ao *standard* probatório necessário ao confisco (o que guarda relação com a afirmação legal de serem os bens confiscáveis “produto ou proveito de crime”) e limitando (material e temporalmente) o patrimônio afetável pelo confisco, entre outros aspectos decorrentes do texto legal.

Assim, fixadas a viabilidade e a adequação da técnica da interpretação conforme à solução do conflito constitucional decorrente da inserção do art. 91-A do Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, passa-se, no próximo capítulo, à análise da efetiva restrição, pela via interpretativa, da norma, para a obtenção de seu sentido que seja consentâneo com a Constituição Federal.

6. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL

A tese sustentada neste trabalho consiste na interpretação de que, submetendo o confisco alargado a uma filtragem constitucional, considerada a necessidade de observância dos princípios penais, para preservação de um Direito Penal de base garantista, em cotejo com uma maior eficácia no combate aos fenômenos delitivos lucrativos organizados, a normatização trazida pela Lei nº 13.964/2019 com o art. 91-A do Código Penal demanda uma restrição semântica e axiológica, por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição,²²³ de modo a reconhecer sua inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Tal proposta interpretativa condiz com a necessidade de preservação máxima possível do texto legal – cuja fulminação total não seria suportada pelo critério da razoabilidade, eis que sua positivação corresponde a uma política criminal legítima voltada ao enfrentamento de um problema que possui dignidade penal – juntamente com a inviabilidade de suplantarmos a principiologia penal garantista de nossa Constituição Federal, o que se daria pela aplicação irrestrita de um preceito legal de desmesurada amplitude.

Essa restrição hermenêutica do confisco alargado direciona-se a diversos aspectos da norma, tais como a limitação e diferenciação dos crimes passíveis de sua incidência, observância de requisitos diversos daqueles mencionados do texto legal, contingência temporal e material do patrimônio afetável e fixação de um *standard* probatório necessário à ablação patrimonial. Concebe-se, assim, a viabilidade de uma interpretação restritiva que resguarde a constitucionalidade do dispositivo.

Antes, porém, da delimitação dos aspectos centrais da norma que demandam interpretação restritiva, é necessário fixar algumas premissas, que são os pontos de partida para esta proposta de interpretação conforme a Constituição.

²²³ Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade que preserva a validade e eficácia do texto legal impugnável, sem sua supressão formal (como ocorre nas declarações de inconstitucionalidade formal ou material por meio dos tradicionais controles concentrado ou difuso), mas que fixa a interpretação da norma que seja compatível com o parâmetro constitucional, excluindo, por conseguinte, interpretações que representem ofensa à Constituição. *Vide* BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

6.1 Hermenêutica dos direitos fundamentais

Primeiramente, um ponto fulcral da análise da constitucionalidade do confisco alargado de bens – comumente olvidado no exame doutrinário do tema – é o fato de que a propriedade, tal qual a liberdade, constitui direito individual fundamental, assim consagrado por nossa Constituição Federal (art. 5º, *caput* e inciso XXII). A natureza de direito fundamental atrai, para a interpretação da norma, a Hermenêutica dos Direitos Fundamentais, que possui técnicas e regras de interpretação adequadas a esses direitos com uma carga axiológica e valorativa diferenciada.

Merece destaque, nesse ponto, o pertinente magistério de Luís Augusto Sanzo Brodt, frisando os direitos fundamentais como um núcleo normativo que vincula todos os poderes constituídos:

O mais importante compromisso vinculador da atuação do Estado brasileiro decorrente da natureza de nossa Constituição (pacto social) é o reconhecimento da existência de um núcleo inviolável de direitos, constituído pelos direitos fundamentais, cuja tutela é a prioridade máxima do Estado e que não podem ser suprimidos nem mesmo a pretexto de atender à vontade da ampla maioria ou ao consenso existente na sociedade. [...] Dessa forma, devemos salientar que no Estado brasileiro todos os poderes constituídos (administração, juízes e legisladores) estão cingidos à garantia e ao respeito dos direitos fundamentais. Nem mesmo o legislador penal pode determinar a supressão dos direitos fundamentais ou restringi-los em medida não autorizada constitucionalmente.²²⁴

O caráter fundamental do direito de propriedade impõe a observância de três pontos de interesse decorrentes desta natureza de sobrevalor jurídico.

²²⁴ BRODT, 2005, p. 33-34.

6.1.1 Regras interpretativas próprias

Em primeiro lugar, insta observar que os direitos fundamentais possuem um sistema hermenêutico diferenciado, tendo em vista que as técnicas e ferramentas de interpretação clássicas, aplicáveis às normas jurídicas em geral, podem se mostrar por vezes insatisfatórias para o alcance dos escopos atinentes aos direitos fundamentais. Veja-se, neste ponto, a lição de Paulo Bonavides, ao expor a insuficiência da hermenêutica clássica – das técnicas trazidas por Savigny – para uma adequada interpretação das normas que disciplinam direitos fundamentais, as quais possuem forte carga valorativa:

A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido. Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.²²⁵

Deve-se ter em mente que, ao apreciar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional, o intérprete necessita observar que a Constituição Federal, por ser o “estatuto jurídico do político”, conforme a célebre expressão de Canotilho, deve ser interpretada com a sensibilidade de resguardar o “espírito” da Carta – consoante termo utilizado por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito – na extração do sentido de seus dispositivos:

É precisamente em função da permanência gravitacional de dados pré-jurídicos, nos contornos significantes da regra já positivada, que os constitucionalistas falam de sensibilidade metajurídica do intérprete. Sensibilidade que se volta para um trabalho de permanente conciliação entre a ideologia vigente, substante uma alma coletiva, e aquele que transparece na expressão lingüística da norma produzida.²²⁶

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 624.

²²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 17.

Por tal razão, constata-se a insuficiência do positivismo formal da Hermenêutica tradicional na interpretação dos direitos fundamentais (como é a propriedade), dotados de grande complexidade, salientando ainda que cada direito fundamental deve ter um círculo de proteção que envolve desde a norma constitucional até os atos infralegais que buscam sua materialização.

Além disto, a interpretação de tais direitos deve buscar sobretudo sua concretização e proteção, o que envolve dar-lhes primazia no processo decisório de resolução do caso. Esta é a análise Paulo Bonavides, no estudo da metodologia própria das normas que disciplinam direitos fundamentais; remontando aos ensinamentos do jurista alemão Hans-Joachim Koch, Bonavides assinala:

Com acuidade, Hans-Joachim Koch assinalou a complexidade e a peculiaridade na interpretação dos direitos fundamentais, destacando a necessidade de considerar os seguintes aspectos, indubitavelmente de extrema relevância: o círculo de proteção que deve envolver cada direito fundamental, as respectivas reservas de lei, as normas legais preenchedoras dessas reservas, as normas jurídicas infralegais, sobretudo os decretos, as normas de legislação procedimentais e de competência e os demais mandamentos da Constituição, tais como o pertinente, ao princípio do Estado de Direito. Demais disso, é de observar que a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isto deriva da peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, “decisões de prioridade” ou primazia, tais como “entre sua pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislador”.²²⁷

Paulo Bonavides ainda reitera o pensamento do jurista suíço Hans Huber, o qual, analisando os métodos de interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Suíça, concluiu que o magistrado “[...] tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial. Concretizar significa, para ele, dilatar os conteúdos dos direitos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na sociedade.”²²⁸

Assim, o desafio da proteção do direito fundamental de propriedade refuta a adoção de métodos meramente formais – como são as técnicas literais – de

²²⁷ BONAVIDES, 2016, p. 624.

²²⁸ *Ibidem*, p. 638.

interpretação dos preceitos que a disciplinam, típicos do positivismo legalista de um Estado Formal (e não material) de Direito, o que leva Huber a fazer a afirmação extremada de que “[...] a ‘interpretação literal’ (*wortliche auslegung*) não ocupa, absolutamente, nenhum espaço no que tange a direitos fundamentais [...]”²²⁹; contudo, em sequência, Huber vem a reconhecer a possibilidade de sua utilização “se conduzir a um resultado sensato”.

Portanto, a concepção adequada (do sentido, da extensão e dos limites) do art. 91-A do Código Penal não pode descuidar do fato de que se trata de uma restrição a um direito fundamental, aspecto que deve guiar a análise da interpretação conforme a Constituição do instituto do confisco alargado de bens.

Partindo dessa premissa interpretativa, Dirley da Cunha Júnior enumera alguns princípios que entende adequados à interpretação das normas que disciplinam direitos fundamentais, citando, entre outros: princípio da máxima efetividade, princípio da harmonização e princípio da razoabilidade.²³⁰

O princípio da máxima efetividade é aquele que direciona o intérprete a buscar o sentido da norma que amplifique ao máximo o direito fundamental; assim, pela razão inversa, a norma que restringe um direito fundamental deve ser interpretada de modo a preservar, na maior medida possível, o direito objeto da restrição.

Já o princípio da harmonização (ou concordância prática) orienta o intérprete, diante de uma colisão de valores tutelados em normas constitucionais em confronto (propriedade e segurança pública), ponderar os interesses em jogo diante do caso concreto e buscar a harmonização dos preceitos conflitantes, evitando assim o sacrifício total de algum deles.

Pelo princípio da razoabilidade, busca-se do intérprete a prudência e a proibição de excesso ao avaliar as restrições de direitos. Trata-se de um princípio geral que se irradia sobre todos os poderes constituídos, exigindo do legislador, do administrador público e do magistrado o bom senso necessário ao exame das hipóteses de limitação de direitos fundamentais do indivíduo. Sua exigência decorre

²²⁹ *Ibidem*, p. 639.

²³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 202-203.

do próprio Estado de Direito e impõe uma proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que os meios utilizados para o alcance dos fins da norma restritiva sejam adequados (o meio é hábil a atingir o fim), necessários (é o meio menos gravoso para atingir o fim) e proporcionais (o meio utilizado proporciona mais vantagens que desvantagens).

Estas são, pois, algumas diretrizes principiológicas normalmente invocadas pela doutrina constitucionalista na tarefa de interpretação das normas que disciplinam direitos fundamentais.

6.1.2 Requisitos especiais para restrição de direitos fundamentais

A realização de restrições a direitos fundamentais (no que obviamente se enquadra o confisco alargado de bens) – frisando desde logo ser possível restringi-los, pois não são direitos absolutos, não obstante sua importância diferenciada no ordenamento jurídico de um país – também possuem requisitos próprios, cuja inobservância pode implicar a invalidade da restrição realizada.

Mostra-se necessário examinar os requisitos cumulativos aceitos no pensamento jurídico pátrio para legitimar a incidência de uma restrição a um direito fundamental. Neste ponto, Nelson Nery Júnior formulou um didático compêndio, apresentando os cinco requisitos sem os quais qualquer limitação a direito fundamental afigurar-se-ia juridicamente inválida:

(I) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; (II) a limitação deve ser proporcional; (III) restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais; (IV) o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado; (V) o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário.²³¹

Nesse sentido, pode-se afirmar, quanto ao primeiro requisito, que haveria autorização constitucional para o confisco de bens do apenado, quando a Constituição

²³¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Direito constitucional brasileiro: Curso Completo*. 2ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 373.

Federal fala na possibilidade de “perdimento de bens” no âmbito do Direito Penal (art. 5º, XLV), deixando sua disciplina ao legislador infraconstitucional.

Quanto aos demais requisitos, impõe-se ao juiz da ação penal um dever de fundamentação, para decretação do confisco alargado de bens, que escapa à mera menção de que o apenado possui um patrimônio não compatível com sua renda e que não teria demonstrado a licitude de tal aquisição. Precisar-se-á o magistrado criminal demonstrar que a medida ablativa é necessária à satisfação de outro valor constitucionalmente assegurado. Nesse sentido, a disposição do §4º do art. 91-A do Código Penal²³² não exaure o dever de fundamentação do julgador.

A título de exemplo: Tício, primário e sem antecedentes, foi condenado por furto qualificado (arrombou uma loja e de lá subtraiu alguns utensílios). Tício não tem emprego formal nem demonstrou renda lícita, vivendo de trabalhos esporádicos (“bicos”). Ele possui um automóvel avaliado em trinta mil reais, seu único bem de maior valor. Poderia o juiz decretar a perda do carro? Em outras palavras, a questão central é a seguinte: a restrição ao direito fundamental de propriedade de Tício poderia ser imposta na sentença? Pela letra da lei, sim. Pela filtragem constitucional da norma sob a hermenêutica dos direitos fundamentais, não. Para a imposição de tal restrição, seria necessário ao julgador demonstrar que o confisco do automóvel se mostraria necessário ao resguardo de outros valores constitucionais de igual hierarquia axiológica, o que seria temerário concluir no contexto do exemplo acima exposto.²³³

Não se concebe, em um Estado de Direito, que alguém sofra uma restrição em seu patrimônio jurídico, especialmente em se tratando de um direito fundamental (o qual, conforme o próprio nome sugere, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento do indivíduo enquanto pessoa e como integrante da sociedade), sem que o julgador que imponha tal restrição não fundamente os motivos concretos e razoáveis de sua decisão, até mesmo como forma de se demonstrar o preenchimento dos requisitos para tal imposição, no que toca à proporcionalidade e razoabilidade da medida.

²³² Art. 91-A do Código Penal. (...) § 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

²³³ O atendimento a este dever de fundamentação da sentença, para imposição do confisco alargado de bens, no que tange à justificativa de necessidade de tutela da segurança pública e da ordem econômica como valores constitucionais, será melhor analisado em tópico apartado, quando do exame da delimitação material dos crimes que atrairiam a incidência da ablação patrimonial. De todo modo, a sentença deve expor que o perdimento dos bens se afigura concretamente necessário.

Ademais, a fundamentação fornece a base para a impugnação recursal, ou seja, o apenado precisa entender porque perdeu seus bens para refutar a decisão perante uma instância judicial superior. Nelson Nery Júnior elucida com propriedade tal requisito para restrição a um direito fundamental:

Destarte, o ato proveniente do direito público que busque restringir qualquer direito fundamental deve ser amplamente fundamentando, não bastam mais simples alegações de que a restrição beneficiaria o interesse público. No Estado Democrático de Direito, a mera alegação de preservação do interesse público não permite a realização de qualquer restrição a direito fundamental. [...] Por conseguinte, qualquer ato da Administração Pública ou do Judiciário que configure restrição a direito fundamental precisa ser exaustivamente fundamentado, ou seja, precisa evidenciar que a única possibilidade para a resolução da questão posta passa necessariamente pela restrição do direito fundamental. Assim, fica evidenciada a inexistência de qualquer discricionariedade da Administração Pública ou do Judiciário porquanto, qualquer restrição a direito fundamental, passa pela demonstração de que não poderia ter sido adotado qualquer outro caminho, e essa demonstração é evidenciada na fundamentação da decisão judicial ou na motivação do ato administrativo.²³⁴

Além disso, a necessidade de fundamentação robusta do juiz sentenciante, para a decretação do confisco dos bens do apenado, expondo as razões de seu convencimento quanto ao cabimento e a necessidade da medida constritiva, afasta a conclusão de que o efeito extrapenal previsto no art. 91-A do Código Penal seria meramente automático, como poderia equivocadamente sugerir a posição topográfica do dispositivo.

Outrossim, Nelson Nery Júnior pontua que a restrição deve ser proporcional, o que consistiria não em um juízo discricionário do julgador ao incidir a restrição, mas na obrigatoriedade de observância da proibição de proteção deficiente (*üntermassverbot*) e a proibição de excesso (*übermassverbot*).

O autor sintetiza tal requisito em uma afirmação simples e contundente: *“Nesse contexto, toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente, precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito.”*²³⁵ A proporcionalidade, sob tal prisma, corrobora a conclusão de inviabilidade do

²³⁴ NERY JUNIOR, 2019, p. 376-377.

²³⁵ *Ibidem*, p. 375.

aniquilamento patrimonial do apenado, independentemente de qualquer incongruência entre seus bens e sua renda lícita.

Entretanto, a principal decorrência da aplicação da Hermenêutica dos Direitos Fundamentais ao confisco alargado de bens situa-se em sua “regra de ouro”: o princípio *odiosa sunt restringenda* (em tradução livre: as disposições odiosas – assim entendidas aquelas que restringem ou limitam direitos fundamentais – devem ser restringidas, ou seja, interpretadas restritivamente). O catedrático professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda, sintetiza tal ideia, ao elaborar a concepção de “restrições das restrições”.²³⁶

O mestre lusitano elenca nada menos que doze requisitos para que uma restrição a um direito fundamental possa ser validamente aplicada; aqui menciono alguns deles: I) qualquer restrição somente pode ser aplicada se destinar-se à salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos; II) as leis restritivas precisam designar expressamente quais direitos específicos serão restringidos, de modo a garantir ao seu destinatário o conhecimento preciso e exato do que será restringido; III) as leis restritivas não podem atingir o núcleo do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias tutelados pela Constituição; IV) as restrições estão vinculadas aos fins de seu estabelecimento e somente podem ser aplicadas na ausência de outros meios menos gravosos para atingir tais fins, vedado qualquer excesso; V) havendo qualquer dúvida interpretativa, os direitos devem prevalecer sobre as restrições, sendo impositiva a interpretação restritiva da norma restritiva, vedada a analogia e a interpretação extensiva.²³⁷

Essa diretriz hermenêutica – necessidade de interpretação restritiva de norma que restringe direito fundamental (art. 91-A do Código Penal) – reafirma a imperiosidade da técnica de controle constitucional da interpretação conforme, com a

²³⁶ Jorge Miranda realiza uma importante advertência em seu raciocínio: deve-se ter especial cuidado com a interpretação das normas que restringem “direitos de primeira grandeza”, notadamente no que se refere ao argumento do bem jurídico invocado para restringir tais direitos, pois vivemos em uma época na qual são invocados constantemente “imperativos de segurança” para afastamento de direitos fundamentais.

²³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 375-379.

análise da restrição do âmbito de incidência da norma que disciplina o confisco alargado de bens.

6.1.3 Núcleo intangível dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem um núcleo intangível e, assim, estabelecem-se os “limites dos limites”, que não podem ser restringidos mesmo com a observância dos requisitos acima mencionados. A doutrina constitucionalista brasileira adota o princípio da “proteção do núcleo essencial” dos direitos fundamentais, resguardando um conteúdo mínimo intangível. Gilmar Mendes expõe que se trata de concepção oriunda do Direito alemão, sendo que a Lei Fundamental de Bonn inclusive possui dispositivo expresso neste sentido – *in keinem falle darfe ein grundrecht in seinem wesengehalt angestattet werden*²³⁸ – como reação ao esvaziamento dos direitos fundamentais no período nazista.

Gilmar Mendes ensina que, no direito alemão até o início do século XX, sob a premissa da supremacia da lei, inexistia controle sobre a ação do legislador, o qual acabava por se tornar onipotente no estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, esvaziando-os. Com isto, em consonância com a doutrina de Weimar, criou-se a ideia de “limites dos limites” (*schraken-schraken*): “*Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.*”²³⁹ Assim, Mendes sintetizou:

[...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.²⁴⁰

²³⁸ Tradução livre: “*Em nenhum caso um direito fundamental pode ser negado em sua essência*”.

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 243.

Também Ingo Wolfgang Sarlet destaca este núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como sua razão de existir, esclarecendo que a garantia de preservação deste conteúdo de salvaguarda impõe limites à atuação de quaisquer dos poderes estatais:

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais [...] Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.²⁴¹

Ingo Sarlet salienta que uma das formas de identificação deste núcleo intangível seria o princípio do mínimo existencial. O autor esclarece que este conteúdo intocável dos direitos fundamentais *“busca impedir restrições que tornem o direito tutelado sem significado para a vida social como um todo”*.²⁴²

Nesse sentido, pode-se desde logo afirmar que, mesmo na hipótese de verificação da incongruência patrimonial a que se refere o art. 91-A do Código Penal, não podem ser confiscados os bens do apenado imprescindíveis à satisfação de suas necessidades básicas e de sua família, sendo estas extraíveis da própria Constituição Federal, em seu art. 7º, IV: *“necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”*.

6.2 Aplicabilidade dos princípios constitucionais penais

A segunda importante premissa para a interpretação (do art. 91-A do Código Penal) conforme a Constituição, mediante a análise de sua inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, situa-se na verificação de que o confisco alargado de

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 406.

²⁴² SARLET, 2019, p. 408.

bens tem (também) natureza penal, no que concerne à substância de seu efeito sobre o patrimônio jurídico atingido, e, nesse sentido, atrai para si a aplicação dos princípios constitucionais penais (e processuais penais).

A divergência doutrinária, com apontamentos de autores estrangeiros sobre o tema, já foi exposta no tópico próprio deste estudo, sendo dispensável tautológica repetição. Todavia, é necessário pontuar que os respeitáveis argumentos utilizados pelos defensores da tese de constitucionalidade – no sentido de que o confisco alargado de bens seria um instituto jurídico inteiramente civil e, portanto, não conflitaria com princípios constitucionais penais – não se mostram suficientes para a conclusão deles pretendida.

Desde logo, registre-se que não se questiona que, de fato, o confisco alargado de bens tem forte conotação restaurativa, no sentido de se tratar de uma correção de uma situação patrimonial indevida, decorrente de enriquecimento ilícito, de modo que a retirada dos bens incompatíveis com a renda lícita do apenado visaria o restabelecimento de uma regularidade patrimonial. Tal enfoque traria destaque para uma natureza civil do instituto.

Da mesma forma, também não se ignora que a presunção de delito anterior, do qual seria proveniente o patrimônio incongruente, não leva a uma condenação penal autônoma do apenado e, portanto, não impõe pena propriamente dita (sanção prevista no preceito secundário de um tipo penal presumidamente perpetrado), não macula os antecedentes do apenado, nem implica qualquer outro efeito da condenação, limitando sua consequência à perda patrimonial.

Tais ponderações, entretanto, não devem elidir outras considerações igualmente relevantes no exame da natureza jurídica da ablação patrimonial alargada, das quais o intérprete não deve descuidar. Em primeiro lugar, a legalidade, como princípio e garantia individual, impõe-se de modo cogente: a lei, ao menos sob a perspectiva formal, definiu um instituto de Direito Penal.

Poderia o legislador de 2019 ter optado pela criação de uma nova hipótese de cabimento da ação civil pública, em que o Ministério Público ajuizaria tal ação civil contra um indivíduo, para requerer a extinção de domínio, no caso da comprovação do enriquecimento ilícito. Essa hipotética opção legislativa implicaria a adoção do

procedimento civil, inclusive com admissão de presunções, utilização de revelia como confissão dos fatos alegados pela não contestação, distribuição do ônus da prova, entre outros.

Esta não foi, contudo, a escolha do legislador.²⁴³ A Lei nº 13.964/2019 optou por modificar o Código **Penal**, incluindo na legislação uma nova norma **penal**, criando um novo efeito da condenação **criminal**, imposto em sede de uma ação **penal**, por um juiz **criminal**, em desfavor de um condenado por **crime**. Além disso, afirmou textualmente que os bens atingíveis seriam considerados produtos ou proveito de **crime**. Nesse contexto, afrontaria a própria legalidade da disciplina normativa do instituto considerar uma não aplicabilidade do Direito Penal e seus princípios, sob o argumento de sua natureza civil.

Ademais, a incidência do Direito Penal não se restringe ao aspecto formal do confisco alargado, ou seja, sua formatação legal como efeito de uma condenação criminal. Também sob a análise substancial do instituto, há uma considerável “carga penal” no mesmo, nos objetivos de sua criação e nas finalidades visadas por sua aplicação, o que embasou as discussões legislativas que antecederam a instituição do confisco alargado de bens no Código Penal. Assim afirmou Sólón Cícero Linhares:

Quanto a sua eficácia, não restam dúvidas que o Confisco Alargado tem conseguido recuperar para os cofres públicos quantias de considerável relevância, capazes de asfixiar os atos de corrupção, privando os criminosos de seus ganhos exacerbados, e por consequência, conseguindo resgatar os valores desviados pelos criminosos aos cofres públicos, reestabelecendo a estrutura econômico financeira.²⁴⁴

Expondo sua finalidade preventiva especial negativa, aduziu Magnum Juvêncio de Paiva:

Com o crescimento das organizações criminosas, notadamente, aquelas especializadas em lavagem de dinheiro de suas atividades ilícitas, o confisco clássico, baseado na perda de bens diretamente relacionados ao produto ou proveito do crime, tornou-se insuficiente para combatê-las. O confisco

²⁴³ Aqui se vislumbra um “erro de estratégia” do legislador, pois a inserção de um novo efeito da condenação, para permitir o atingimento de bens do apenado sem necessidade de comprovação do suposto crime do qual provieram tais bens, teve como objetivo uma facilitação probatória para o Ministério Público, reduzindo seu ônus probatório. Todavia, o tratamento da questão no âmbito penal atrai a necessidade de observância de toda a principiologia penal, o que seria evitado, conforme acima exposto, se a opção fosse por tratar a questão no âmbito civil.

²⁴⁴ LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. RJLB, Ano, v. 5, 2019, p. 1785.

alargado, então, tornou-se um importante instrumento de asfixia financeira da criminalidade organizada, a partir da presunção relativa de ilicitude da origem dos bens que estão sob a posse ou o controle de integrantes de organizações criminosas, ou de indivíduos que se dedicam ao cometimento de atividades ilícitas.²⁴⁵

Ademais, esta função penal de natureza preventiva foi explicitamente exposta na Diretiva nº 42/2014 da União Europeia, tratando-se da normativa internacional que foi incorporada em várias legislações internas de países europeus, inclusive Portugal, modelo no qual se inspirou ao legislador brasileiro. Assim afirmou tal Diretiva:

(01) A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem como objetivo principal o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detetar, congelar, manter e decidir a perda dos produtos do crime. Contudo, **para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada é necessário que neutralizem os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações organizadas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa.** (...)

(19) Os grupos criminosos desenvolvem uma grande diversidade de atividades criminosas. **Para reforçar eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que uma notificação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produtos de outros crimes.** Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada». A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de critérios mínimos que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única.

(20) **Ao determinar se uma infração penal é suscetível de ocasionar benefícios económicos, os Estados-Membros podem ter em conta os modos de atuação, por exemplo, o facto de uma infração ter ou não ter sido cometida no âmbito de um crime organizado ou com o propósito de gerar lucros regulares. Tal não deve, porém, em geral, dificultar a possibilidade de recorrer à perda alargada.**

(21) **Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou poderão razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as especificações do caso,**

²⁴⁵ PAIVA, Magnum Juvêncio de. A (In)constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal: análise do instituto do confisco alargado à luz das ADIs 6304 e 6345. 2021. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2021, p. 64.

incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderão ser pronunciadas uma de decisão alargada. O fato de os bens da pessoa serem desproporcionais em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento infracional. Os Estados-Membros também poderão fixar um prazo durante o qual os bens podem ser considerados como consequências de comportamento criminoso. (tradução livre) (sem grifos no original).

Isto posto, certo é que a instituição do confisco alargado de bens buscou atender à repressão à criminalidade econômica organizada. Ademais, seria temerário ignorar que a perda de bens – sem comprovação específica de origem criminosa, mas apenas por presunção decorrente de renda insuficiente – implica notável carga aflitiva (e, portanto, punitiva, em sentido lato) ao indivíduo afetado pela medida.

Por fim, uma consideração se mostra essencial: independente da corrente adotada (pela prevalência da natureza penal ou da natureza civil do instituto), é seguro afirmar que não se trata de uma medida de natureza jurídica pura, como bem expuseram os autores italianos.²⁴⁶ Assim, é adequado dizer que se trata de um instituto jurídico de natureza híbrida, afirmação que não desperta maiores controvérsias.

Tal constatação basta à exigência de observância dos princípios de Direito Penal. À semelhança do que se aplica às normas híbridas (normas processuais com implicações sobre o *status libertatis* do indivíduo, como aquelas referentes à prescrição e a condições de procedibilidade da ação), qualquer parcela de efeito penal da norma justifica a incidência dos princípios penais. Exemplificativa e analogicamente, observemos a ementa de um precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA: DESCABIMENTO. MANIFESTA ILEGALIDADE. RETROATIVIDADE DO § 5º DO ART. 171, INCLUÍDO NO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 13.964/2019. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA O CRIME DE ESTELIONATO COMUM. **INCLUSÃO DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA PELO NÃO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. RETROAÇÃO EM BENEFÍCIO DO ACUSADO. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INC. XL DO ART. 5º DA**

²⁴⁶ Neste sentido, *vide*, por todos: MAZZACUVA, Francesco. I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca “di prevenzione” nella recente riflessione dottrinale. *Revista Sistema Penale*. Maio de 2023.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (STF - HC 203982 - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 29/11/2021 - Publicação: 10/02/2022) (sem grifos no original).

Igual raciocínio deve ser aplicado ao confisco alargado de bens: tendo ele, ao menos em parte, natureza jurídica penal, impõe-se a observância dos princípios de Direito Penal. Assim, por todas as razões acima expostas, não se mostra possível afastar os princípios constitucionais penais da interpretação e aplicação do confisco alargado de bens.

Por corolário, a tarefa central decorrente de tal conclusão consiste em analisar quais restrições tais princípios implicam na delimitação da interpretação conforme a Constituição do instituto do confisco alargado de bens, o que se enfocará nos tópicos seguintes.

6.3 Interpretação restritiva quanto ao crime cometido

Diz o art. 91-A, *caput*, do Código Penal que o confisco alargado é cabível “na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão”.

Desde logo, é de se registrar que, como a lei fala em “condenação”, sendo vedada a analogia *in malam partem*, não é cabível o confisco alargado de bens na hipótese em que, mesmo reconhecida a prática do injusto penal pelo agente inimputável, este recebe medida de segurança, por não se tratar de condenação, mas de absolvição imprópria, por força do art. 386, VI, e p. único, III, do Código de Processo Penal (também nesse sentido, a Súmula nº 422 do STF).^{247 248}

²⁴⁷ Súmula nº 422: “A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.”

²⁴⁸ Em sentido diverso (de que a sentença que absolve impropriamente tem natureza condenatória), vide Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012).

Do mesmo modo, a extinção da punibilidade do agente, que afasta a pretensão punitiva estatal, inibe a possibilidade de confisco alargado de bens, por não alterar o estado de inocência do acusado. Por outro lado, a prescrição da pretensão executória não afeta a viabilidade de confisco, por não atingir os efeitos secundários (penais e extrapenais) da condenação transitada em julgado.

Nas hipóteses de *abolitio criminis* (por *novatio legis in melius*) e de julgamento de procedência (absolutória) de uma revisão criminal, a condenação definitiva é desconstituída, afastando-se todos os seus efeitos, seja porque o ordenamento afastou a reprovabilidade penal daquela conduta, seja porque o Judiciário reconheceu uma responsabilização errônea do apenado. Em tais hipóteses, a manutenção do confisco de bens não se justifica, devendo ser restaurado o *status quo ante*.

Outra interessante hipótese, quanto ao cabimento do confisco alargado, é a do adolescente em conflito com a lei, tendo ele incorrido em atos infracionais análogos a crimes com pena máxima cominada superior a seis anos e que, em função de tais atos infracionais, acumulou patrimônio injustificado. Afirma o art. 103 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que “*considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*”. Além disso, é entendimento jurisprudencial pátrio prevalente a concepção de que a medida socioeducativa tem natureza sancionatória, pois, não obstante também possua finalidade pedagógica, ela impõe restrições ao adolescente, inclusive eventualmente sobre sua liberdade, além de ter função retributiva, visto que a gravidade do ato infracional será critério de determinação da medida cabível, conforme art. 112, §1º, da Lei nº 8.069/1990.²⁴⁹ Ademais, as medidas socioeducativas se sujeitam à prescrição (conforme Súmula nº 338 do STJ), o que corrobora seu caráter de sanção.

Portanto, sendo o adolescente condenado (por ato infracional análogo a crime com pena máxima superior a seis anos) e tendo ele patrimônio incongruente, não amparado por renda lícita, poder-se-ia cogitar da viabilidade da confiscação de seus bens injustificados. Entretanto, a barreira da legalidade estrita não comporta tal conclusão. Isto porque o art. 91-A, *caput*, do Código Penal restringe a possibilidade de confisco àqueles condenados que incorreram em infração a que a lei comine pena

²⁴⁹ Art. 112, § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

de “reclusão”. Nesse ponto, malgrado a semelhança ontológica (especialmente com a “internação”), a legislação que disciplina a responsabilização infantojuvenil não comina pena de reclusão, mas somente aquelas sanções dispostas no art. 112 do ECA.²⁵⁰ Portanto, não sendo cogitável aplicar a um adolescente, nem mesmo em abstrato, uma pena de reclusão, resta impossibilitado o confisco alargado de seus eventuais bens incongruentes.

Após essa análise inicial, deve-se pontuar brevemente, quanto ao limite quantitativo fixado no art. 91-A do Código Penal (pena máxima cominada superior a seis anos), os critérios para aferição de tal limite legal, em especial nas hipóteses de concurso de infrações, configuração de majorantes e minorantes (causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena) e existência de agravantes e atenuantes.

A adoção do critério da pena máxima cominada leva a algumas conclusões. A primeira (e mais óbvia) delas é a de que a pena definida ao acusado, ou seja, a pena concreta aplicada na sentença, é desimportante para aferição do cabimento do confisco alargado. Assim, a circunstância de o apenado receber, na sentença, uma sanção privativa de liberdade inferior ou superior a seis anos de reclusão é indiferente, pois o parâmetro legal é a gravidade em abstrato da infração penal.²⁵¹

²⁵⁰ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

²⁵¹ O parâmetro do confisco alargado é a gravidade abstrata (pena máxima cominada), mas do crime pelo qual o acusado restou condenado (e não pelo crime denunciado na peça exordial acusatória) (conforme *caput* do art. 91-A do CP); todavia, o confisco somente pode ser requerido pelo Ministério Público no oferecimento da denúncia (conforme §3º do art. 91-A, CP), sob pena de preclusão. Tal observação remete a algumas ponderações sobre as possibilidades de confisco na *mutatio libelli* e na *emendatio libelli*. Se os fatos apurados na instrução criminal divergem daqueles narrados na denúncia (art. 384 do CPP), a denúncia precisará ser aditada pelo órgão ministerial, o que pode significar o afastamento de um pedido de confisco baseado na imputação anterior mais grave e não mais subsistente, ou levar a uma reabertura da possibilidade de requerimento de confisco pelo *Parquet*, quando da oferta do aditamento, a partir da nova imputação (exemplo: denunciado por furto simples, apurou-se na instrução tratar-se, em verdade, de um roubo). Por outro lado, na alteração somente da classificação típica, baseada na mesma narrativa fática inicial (art. 383 do CPP), a situação é diversa: se a nova tipificação levar a crime menos grave (delito com pena máxima cominada não superior a seis anos de reclusão, diversamente do crime imputado na denúncia), fica afastada a possibilidade de confisco anteriormente requerido quando do oferecimento da denúncia. Contudo, hipótese interessante ocorrerá se, em caso de *emendatio libelli*, a nova classificação da imputação levar a crime com pena máxima cominada superior, que passe a autorizar o confisco alargado: não é necessário aditamento para que o juiz condene pelo fato mais grave, mas a oportunidade de postulação do confisco pelo Ministério Público já precluiu. Havendo flagrante patrimônio incongruente anteriormente apurado (cujo confisco somente não foi requerido ao tempo do oferecimento da denúncia pela tipificação errônea

Em segundo lugar, a norma restringiu a possibilidade de confisco à pena de reclusão, o que afasta sua incidência em caso de pena de detenção ou prisão simples (o que, de todo modo, dado o *quantum* superior a seis anos, seria de difícil visualização).

Outrossim, o legislador buscou limitar o confisco àquele apenado que cometeu infração penal de maior gravidade em abstrato. Isso implica concluir que a hipotética ocorrência de concurso de crimes não autoriza o somatório das penas máximas cominadas para que seja atingido o patamar superior a seis anos. Por exemplo, o indivíduo denunciado por furto simples e estelionato, em concurso material, não está sujeito ao confisco alargado, por não ter supostamente cometido qualquer infração penal com pena máxima cominada superior a seis anos, como exige o art. 91-A, *caput*, do Código Penal, ainda que a soma das penas máximas cominadas aos crimes denunciados ultrapasse seis anos. Caso contrário, haveria uma burla ao critério legal e à sua *mens legis* (incidência do confisco alargado apenas para cometimento de crimes mais graves), pois viabilizaria o confisco para delitos menos graves em concurso de infrações (arts. 69 a 71 do Código Penal).²⁵²

Diversamente do que ocorre quanto ao concurso de infrações, a incidência de majorantes ou minorantes deve ser considerada para atingimento do patamar superior a seis anos.²⁵³ Isto porque, como a norma busca a pena máxima cominada a um delito, a eventual configuração de uma causa de aumento ou de diminuição repercute sobre a gravidade em abstrato daquela conduta delitiva imputada ao acusado. E, em se

inicial da imputação), vislumbra-se aqui a possibilidade de um *sui generis* aditamento em *emendatio libelli*, para que o órgão acusador possa requerer a ablação patrimonial e a instrução criminal da ação penal seja reaberta para viabilizar o contraditório e a ampla defesa quanto a este requerimento (acrescido) de confisco alargado.

²⁵² A irrelevância do concurso de infrações, para atingimento da pena máxima cominada superior a seis anos, vale inclusive para o crime continuado, pois a concepção de unidade delitiva na continuidade é ficção jurídica criada em benefício do réu e não em seu desfavor. Ademais, no plano fático inexistente unidade delituosa, mas injustos penais diversos, o que atrai o raciocínio já exposto quanto à indiferença da multiplicidade de crimes para a satisfação do *quantum* de reclusão exigido pelo art. 91-A do Código Penal. O mesmo se aplica ao concurso formal de infrações, pois, não obstante haja uma única ação ou omissão, dela decorre mais de um crime e, pelo critério legal, deve ser avaliada (separadamente) a pena máxima cominada de cada um destes crimes decorrentes desta única ação ou omissão.

²⁵³ Aqui não se aborda a influência das circunstâncias qualificadoras ou privilegiadoras para o cabimento do confisco alargado, pois, como as penas dos tipos básicos são alteradas em abstrato já em seus patamares mínimos e máximos, diante do novo preceito secundário do tipo penal, basta apenas a aplicação simples da regra descrita no *caput* do art. 91-A do Código Penal, ou seja, considerar a pena máxima cominada no crime qualificado ou privilegiado.

tratando de busca da pena máxima abstrata, as majorantes devem ser computadas em sua fração máxima e as minorantes em sua fração mínima, sendo que o resultado deste cálculo fornecerá a maior pena cabível, em tese, para aquele crime majorado ou minorado imputado ao denunciado. Exemplificativamente: um indivíduo denunciado por furto qualificado tentado não está sujeito ao confisco alargado, pois a maior pena em abstrato que poderia receber, em tese, seria inferior a seis anos.

Por outro lado, as circunstâncias agravantes e atenuantes não devem ser consideradas para o cálculo da pena máxima cominada à infração penal, para efeito de confisco de bens. Além de inexistir fração legalmente determinada de incidência de tais circunstâncias, o que implicaria imensa insegurança jurídica na hipótese de seu cômputo aleatório para fins de superação do patamar de seis anos, resta pacificado o entendimento de que uma agravante não pode elevar a pena além do máximo legal. Portanto, se o objetivo é perquirir a maior pena em abstrato cabível para aquele delito, a existência de agravante não afeta tal perquirição (por exemplo, um indivíduo reincidente denunciado por abuso de incapazes – art. 173 do Código Penal, com pena máxima de seis anos de reclusão – não está sujeito ao confisco alargado de bens).

Isto posto, fixadas tais premissas básicas em relação à condenação e ao seu *quantum* (pena máxima cominada superior a seis anos), mostra-se necessária uma diferenciação dos crimes – objeto da imputação específica da ação penal, pelo qual o apenado restou condenado – que legitimam a incidência do confisco alargado de bens.²⁵⁴ De plano, pelas particularidades das espécies delitivas, pode-se separar três grupos de infrações penais: crimes sem qualquer conotação econômica, crimes de organização criminosa e milícias, crimes com conotação econômica.

²⁵⁴ Impõe-se aqui uma advertência: uma eventual contra-argumentação em face da diferenciação proposta, direcionada ao aforismo jurídico do *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (ou seja, o conhecido brocardo de que não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue), não merece acolhimento. Diante da amplitude da previsão legal (crimes com pena cominada superior a seis anos), abarcando delitos bastante diversos, incumbe ao intérprete distinguir as infrações para efeito de incidência do confisco. Não se pode olvidar que tal regra hermenêutica – ultrapassada e oriunda da defasada Escola da Exegese dos séculos XVIII e XIX – deve ser relativizada e aplicada com cautela, sob pena de tolher do intérprete a utilização de técnicas de abstração da *mens legis* adequada ou mesmo de alcançar uma interpretação restritiva de uma dada norma sob análise, visto que não lhe é vedado restringir o alcance de um dispositivo por meio do uso ponderado das modernas ferramentas hermenêuticas conhecidas pela ciência jurídica.

6.3.1 Condenado por crime sem cunho econômico

O art. 91-A do Código Penal coloca duas exigências para a decretação do confisco alargado de bens do apenado: uma condenação por crime com pena cominada superior a seis anos (pressuposto legal da medida ablativa) e a existência de uma incongruência patrimonial, com a verificação de bens em poder ou sob a disponibilidade do condenado que não sejam suportados por sua renda lícita (requisito legal da medida ablativa).

A condenação por crime com pena cominada superior a seis anos, como pressuposto legal do confisco, possui uma dupla função: papel delimitador e papel indiciário. Por um lado, define o âmbito do alcance da medida, afastando sua incidência para delitos com sanção máxima cominada igual ou inferior a seis anos. Obviamente, por força da legalidade estrita, impede-se o confisco alargado de bens, de forma absoluta, para estes casos, ainda que exista uma incongruência patrimonial acintosa.

Por outro lado, ainda que inexista um vínculo ontológico necessário entre o crime cometido e os bens a serem confiscados por força do art. 91-A, não pode ser desprezado o papel indiciário que aquela infração representa.²⁵⁵ O cometimento de um crime (que implique um ganho econômico real ou potencial para seu agente) gera um juízo (ainda precário) de suspeita sobre o patrimônio do apenado, autorizando assim a verificação da existência ou não de uma possível incongruência patrimonial.

Concebendo o crime perpetrado pelo apenado como um indicativo de enriquecimento ilícito, Anna Maria Maugeri destacou decisão da Corte Constitucional

²⁵⁵ O professor italiano Francesco Mazzacuva ensina que, para que não ocorra uma quebra da racionalidade da previsão abstrata do confisco alargado, a partir do cometimento de um crime, deve haver uma “proporção” não apenas temporal, mas também relacional, entre o delito perpetrado e o perdimento de bens, ou seja, é necessária uma limitação da distância temporal entre a aquisição patrimonial e o crime, bem como deve haver algum vínculo entre o fato delituoso e o enriquecimento do acusado (o que, por corolário, afastaria o confisco no cometimento de crimes sem índole lucrativa): “(...) che la chiave per riportare la confisca allargata, ante e post delictum, al rispetto del principio di proporzione è nel senso di richiedere una ragionevolezza non solo temporale ma anche relazionale tra la commissione di un reato/manifestazione di pericolosità sociale e l’arricchimento illecito, sì da assicurare la razionalità intrinseca della previsione astratta ossia la proporzione tra fatto e confisca (nel quid e nel quantum).” (in MAZZACUVA, Francesco. I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca “di prevenzione” nella recente riflessione dottrinale. Revista Sistema Penale. Maio de 2023).

Italiana neste sentido: “*confisca penale allargata si tratta della avvenuta ricostruzione in positivo della colpevolezza per uno dei reati elevati dal legislatore a possibili indicatori di una accumulazione illecita*”.^{256 257}

Do modo semelhante, o professor lusitano João Conde Correia expõe raciocínio similar, ao ponderar que a base da presunção que fulcra o confisco alargado de bens encontra-se neste juízo indiciário de suspeita.²⁵⁸ Divirjo, contudo, do mestre português, quando este coloca o condenado como o objeto da suspeita: a suspeita decorrente do cometimento do crime não recai sobre a pessoa do agente, mas sobre a licitude de seu patrimônio.

O papel indiciário do crime cometido pelo apenado, trazendo uma suspeição sobre seu patrimônio, somente faz sentido se tal crime possuir conotação econômica. Essa análise não se restringe a crimes que tenham por bem jurídico tutelado o patrimônio, mas quaisquer infrações penais por meio das quais o agente vise, direta ou indiretamente, a obtenção de ganho de natureza econômica. Por exclusão, crimes sem qualquer conotação econômica – como, exemplificativamente, em regra, delitos contra a vida, integridade física, dignidade sexual etc. – não suscitariam um juízo de suspeita que autorizasse a verificação de seu patrimônio.

Tal interpretação restritiva decorre da própria natureza do instituto. Se o agente cometeu um crime que lhe gerou (ou tentou gerar) “lucro”, ou seja, um aumento de riqueza, então já existe um comprovado produto ou proveito do crime integrando seu patrimônio. Em outras palavras, ao menos em parte o seu patrimônio já se encontra maculado pela proveniência ilícita. Este produto ou proveito do crime perpetrado será perdido (art. 91, II, “b”, Código Penal). Essa mácula configura um indício de suspeição sobre seus demais bens, o que será objeto de verificação probatória (ou seja,

²⁵⁶ Tradução livre: “*O confisco penal alargado se trata da reconstrução positiva da culpa por um dos crimes elevados pelo legislador a possíveis indicadores de uma acumulação ilícita*”.

²⁵⁷ MAUGERI, Anna Maria. Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell’applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l’evasione fiscale nell’accertamento della sproporzione. *Revista Sistema Penale*. Fascicolo 4/2020. P. 208.

²⁵⁸ CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Coimbra: Imprensa Nacional, 2012.

examinar-se-á uma eventual inexistência de renda lícita que suporte a propriedade de tais bens).

A conclusão lógica do raciocínio proposto é que, inexistente conotação econômica no crime perpetrado, rompe-se o liame indiciário que autorizaria a verificação da incompatibilidade patrimonial. Exemplo: se Mévio cometeu um estupro, não há embasamento racional para qualquer perquirição sobre seus bens. Não sem razão, o professor Fernando Galvão sustenta que somente pode ser imposto o confisco alargado “aos crimes que permitam ao sujeito a obtenção de vantagens patrimoniais”²⁵⁹.

Entendimento diverso implicaria a autorização de uma devassa na situação patrimonial do agente, mesmo sem qualquer correlação com sua conduta, o que representaria uma violação desarrazoada ao seu direito de privacidade,²⁶⁰ bem como uma agressão injustificada ao direito de propriedade, o qual não pode ser aviltado em ofensa à proporcionalidade (que veda a medida excessiva ao seu escopo)²⁶¹.

Portanto, além do critério da gravidade em abstrato do crime cometido, como pressuposto legal delimitador do confisco alargado, também seria implicitamente exigível o suprimento do papel indiciário do delito, restringindo o confisco à criminalidade lucrativa (econômica ou patrimonial). Conclui-se, assim, pela vedação da ablação de bens do apenado que cometeu crime sem qualquer conotação econômica.

²⁵⁹ GALVÃO, 2020, p. 970.

²⁶⁰ Entende-se que a proteção constitucional à privacidade engloba o resguardo do modo de obtenção dos bens do indivíduo; caso contrário, não haveria razão para a tutela jurídica dos sigilos fiscal e bancário, cuja quebra configura medida cautelar excepcional, que demanda robusta fundamentação para sua imposição.

²⁶¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

6.3.2 Condenado por organização criminosa ou milícia

O segundo grupo de crimes refere-se ao apenado que foi condenado por promover, constituir, integrar, manter, financiar ou custear organização criminosa (art. 1º, §1º, c/c art. 2º, ambos da Lei nº 12.850/2013) ou milícia privada (art. 288-A do Código Penal).^{262 263}

Neste grupo se situa o “público-alvo” da instituição do confisco alargado de bens. Consoante alhures explicado, as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, bem como a diretiva da União Europeia que inspirou o modelo incorporado pela legislação brasileira, e também as discussões legislativas que precederam a criação do instituto, são claras em justificarem e fundamentarem a instituição de um instrumento mais amplo de confisco de bens a partir da necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada, por meio do asfixiamento econômico, como meio mais eficaz de coibir a existência e continuidade das atividades ilícitas de um grupo criminoso estruturado.

Assim sintetiza Thiago Rocha de Rezende, a partir do paralelo que traça entre o crime organizado e seu funcionamento empresarial, do qual decorre a eficácia de seu combate pela via da recuperação de ativos, a qual inibe a mola propulsora deste fenômeno delitivo: a busca de lucro ilegal:

²⁶² Art. 1º, §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

²⁶³ A restrição aqui estabelecida, *a priori*, a estes dois tipos penais (organizações criminosas e milícias privadas) deve-se à menção expressa da elementar organizacional do fatos típicos, ou seja, a circunstância de as próprias descrições típicas exigirem que tais agrupamentos de pessoas tenham uma estrutura organizada (divisão de atribuições, hierarquias de comando, planejamento de atividades etc). Tal restrição não afasta a possibilidade de que outras associações criminosas (a exemplo daquelas previstas no art. 288 do Código Penal ou no art. 35 da Lei nº 11.343/06) também possam eventualmente se enquadrar nas conclusões atribuíveis a esse grupo de casos, desde que se verifique, no caso concreto, que estas associações possuem os mesmos elementos organizacionais.

É a partir desse conceito empresarial de crime organizado que vão surgir discursos de prevenção com muito mais foco no aspecto financeiro do que no aspecto individual. Conforme aponta Kilchling²⁶⁴, se o maior objetivo da organização criminosa é o lucro por meio do fornecimento de produtos e serviços ilegais, o ataque financeiro seria uma neutralização do maior incentivo para cometimento do crime – a ganância pelo lucro ilegal. Nessa esteira, o autor aponta três elementos principais para o controle financeiro da criminalidade organizada: o rastreamento dos ativos da organização criminosa; o bloqueio provisório desses ativos; ao fim, a remoção e recuperação dos ativos.²⁶⁵

Essa é, portanto, a *ratio legis* do art. 91-A do Código Penal, como expuseram Nefi Cordeiro e Marcelo Santos Correa no exame de nosso modelo de confisco alargado, valendo-se da semelhança comparativa com os sistemas adotados por Portugal, Alemanha e Inglaterra. Os autores concluem o fim visado da medida:

(...) a perda de todos os bens das organizações criminosas, sob o fundamento de que eles podem ser direcionados para a prática de novos atos criminosos. Conforme ESSADO, “esse modelo não se preocupa com a origem criminosa dos bens, porém com seu presumido emprego ilícito. Assim, não há que se cogitar de demonstrar eventual nexos entre os bens e a aquisição ilícita”. Observa-se que a presunção surge a partir da condenação penal do agente que pertença a uma organização criminosa, havendo inversão do ônus da prova no tocante ao seu patrimônio e ao da própria organização criminosa. Incumbirá ao imputado mostrar que os bens não estão sob o comando da organização criminosa. Tal modelo é identificado no ordenamento alemão (Erweiterter Verfall, § 73d do StGB), no ordenamento inglês (Drug Trafficking Act, de 1994, confiscation inglesa) e também no ordenamento português (Lei 5/2002, arts. 7º e segs.).²⁶⁶

Além das interpretações histórica (com destaque para as discussões legislativas que antecederam à promulgação do novel dispositivo) e teleológica (a finalidade precípua almejada com a criação da medida), a própria dicção legal do art. 91-A do Código Penal, conforme se observa em seu §5º, dá destaque e diferencia o contexto do condenado por organização criminosa ou milícia. Como é sabido pela técnica

²⁶⁴ KILCHLING, Michael. Finance-oriented strategies of organized crime control. In: PAOLI, Leticia (ed.). The Oxford Handbook of Organized Crime. Oxford: Oxford University Press, 2014, 657-658.

²⁶⁵ REZENDE, Thiago Rocha de. O crime organizado e a análise empresarial: algumas notas críticas. Boletim IBCCrim. Ano 29. Nº 340. Março de 2021, p. 20-23.

²⁶⁶ CORREA, Marcelo Santos; CORDEIRO, Nefi. Aspectos penais e processuais penais do confisco alargado de bens no Direito Brasileiro. Análise comparativa do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico português e com o Projeto de Lei nº 4.850/2016. Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 14, n. 1, Jan/Jun, p. 126-140, 2020.

legislativa, nos termos do art. 11, III, “c”, da Lei Complementar nº 95/1998²⁶⁷, o parágrafo deve ser lido em remissão ao *caput* e, nesse ponto, o §5º do art. 91-A fala em organizações criminosas e milícias; o dispositivo se refere apenas aos instrumentos do crime, mas a menção da norma sugere que as organizações criminosas e milícias seriam o objeto central da atuação do instituto.²⁶⁸

Aliás, a facilitação probatória que o confisco alargado pretende conferir ao órgão acusador somente ganha algum sentido quando, do outro lado da relação processual penal, há uma estrutura criminosa complexa e organizada, que utiliza mecanismos intrincados e sofisticados de atuação e de ocultação patrimonial, fazendo frente ao significativo aparato logístico, jurídico e pessoal de que dispõem o Ministério Público e a polícia judiciária.²⁶⁹

Isto posto, a aplicação do confisco alargado a integrante de organização criminosa ou milícia merece tratamento diferenciado.

A necessidade de um tratamento distinto, na temática do confisco alargado de bens, para as organizações criminosas e milícias, é extraível da própria lei, em

²⁶⁷ Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) III - para a obtenção de ordem lógica: (...) c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; (...).

²⁶⁸ Há de se destacar que a menção ao confisco dos instrumentos do crime, para as organizações criminosas e milícias, conforme previsto no referido §5º do art. 91-A do Código Penal, não implica concluir que, para os apenados por tais crimes, não se aplicaria a regra do *caput*, ou seja, que o confisco alargado, no âmbito de uma ORCRIM, se limitaria aos seus instrumentos. Tal exegese implicaria um tratamento mais benevolente aos integrantes de uma ORCRIM do que aos apenados em geral, o que seria um notório contrassenso com a própria *ratio legis* do instituto. Nesse ponto, o que se extrai da inserção promovida pelo §5º do citado artigo é a intenção do legislador de que a disciplina na perda dos instrumentos do crime (ordinariamente prevista no art. 91, II, “a”, do Código Penal) seja mais rigorosa para as organizações criminosas. Em suma: enquanto, para os apenados em geral, o perdimento dos instrumentos do crime somente ocorre quando “*consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*”, por outro lado, para os integrantes de uma ORCRIM, os instrumentos do crime serão sempre perdidos, “*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*”. Afora a excepcionalização da regra geral do perdimento dos instrumentos do crime, para o âmbito da ORCRIM, a disciplina do confisco alargado do patrimônio incongruente, para seu integrante, como produto ou proveito do crime, mantém-se sob a égide do *caput* do art. 91-A do Código Penal. Em outras palavras, o §5º não excepciona a aplicação do *caput* do art. 91-A para as organizações criminosas, mas, ao revés, complementa-o.

²⁶⁹ Não seria razoável supor que Tício, que perpetrou um roubo e possui alguns poucos bens, recebesse o mesmo tratamento legal que o PCC (organização criminosa nominada “Primeiro Comando da Capital”), que possui estrutura hierárquica de comando, ramificações de subordinação, aparato bélico e produz “lucro” em larga escala, com o tráfico de drogas, armas e outros crimes. Nesse sentido, cabe ao intérprete, diante de uma norma geral e inespecífica, adequar sua aplicação em conformidade com as circunstâncias de cada caso concreto.

interpretação autêntica, a partir da *mens legis* do parágrafo 5º do art. 91-A do Código Penal. Perceba-se que o escopo de enfraquecimento patrimonial das organizações criminosas e milícias é de tal forma claro que o dispositivo legal, excepcionando a regra geral acerca de perdimento de instrumentos do crime (art. 91, II, “a”, do Código Penal, segundo o qual somente serão perdidos os instrumentos “*cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*”), determina que qualquer instrumento utilizado para a prática de crime, por organizações criminosas e milícias, serão perdidos, independente de quaisquer outras considerações.

A norma do §5º busca não deixar dúvida quanto à imposição deste necessário e incondicional perdimento, ao explicar, de forma até mesmo redundante, que os instrumentos usados por organização criminosa ou milícia serão perdidos “*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*”, o que não se aplica (ao menos em tese) aos crimes em geral, criando, portanto, tratamento legalmente diferenciado para este grupo de casos.

Desde logo, na hipótese deste grupo específico, é possível concluir pela viabilidade constitucional da ablação de bens, sem que isto represente ofensa à principiologia penal. Tal conclusão funda-se no exame da própria estrutura típica e nas consequências desta para a valoração da obtenção patrimonial constatada com a pecha de ilicitude.

São assim previstas na lei as organizações criminosas e milícias privadas:

Lei nº 12.850/2013. Art. 1º (...) § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas **estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas**, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

(...)

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Constituição de milícia privada

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear **organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão** com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. (sem grifos no original)

O elemento comum e marcante de tais crimes é o fator organizacional. A junção de pessoas, imbuídas da finalidade comum de cometimento de delitos, dá-se pela criação de uma estrutura criminosa organizada, com cadeia de comando e atribuição de tarefas aos integrantes. Desconsiderada a ilicitude dos meios e fins, trata-se, *mutatis mutandis*, de uma “sociedade empresária”, uma “pessoa jurídica” formada por indivíduos que se agrupam e se organizam para o funcionamento, manutenção e atingimento dos objetivos da “empresa” informalmente constituída. Como explica Thiago Rezende, “o conceito de crime organizado como empresa ilegal traz para o centro da análise a semelhança entre as atividades econômicas lícitas e ilícitas”.²⁷⁰

Também Sheila Jorge Selim de Sales, em seu estudo sobre os fenômenos delitivos organizados, vale-se da comparação como a máfia italiana para afirmar que uma organização criminosa deve ser compreendida (e combatida) não “apenas em sua dimensão de associação criminosa, porque esta possui dimensão empresarial e financeira, sendo lastreada nesses sistemas”, expondo “as novas características do fenômeno, que, com o desenvolvimento das modernas tecnologias e a globalização, adquiriu caráter transnacional: diferenciam-se os meios, os mercados ilícitos nos quais a criminalidade organizada se insere e realiza atividades até mesmo de gerenciamento, o crescimento da estrutura, verdadeiramente empresarial”, para, ao final, sugerir seu combate por meio do “aperfeiçoamento e adequação dos institutos penais” e de “instrumentos investigativos e normativos não-penais com finalidade preventiva”.²⁷¹

A semelhança estrutural entre uma organização criminosa e uma pessoa jurídica é destacada por inúmeros autores. Antes mesmo do advento da Lei nº 12.850/2013, Flávio Oliveira Lucas, em dossiê sobre o crime organizado, já qualificava as organizações criminosas como “empresariais”, que seriam um “grupo que explora um ramo de atividade ilícita, sempre com vistas à obtenção de lucro”: “essas, tal como uma empresa normal, atuam de modo a potencializar ao máximo o lucro. A diferença é que, enquanto as empresas o procuram por meio da exploração de uma atividade

²⁷⁰ Segue o autor explicando que “a atuação no mercado com orientação ao lucro, eminentemente capitalista, é característica essencial das organizações criminosas, tal como é das empresas lícitas” (REZENDE, 2021, p. 20-21).

²⁷¹ SALES, ob. cit., p. 163, 169 e 237.

*lícita, as organizações criminosas buscam o lucro mediante atividades ilícitas em si, tal como o tráfico de drogas e de pessoas”.*²⁷²

Também Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini ensinam que a criminalidade organizada é caracterizada, tal como uma sociedade empresária, pela reunião estável de pessoas, dotada de alguns predicados, entre os quais “*previsão de acumulação de riqueza*”, “*hierarquia estrutural*”, “*planejamento empresarial*” e “*divisão funcional de atividades*”.²⁷³

Merece destaque o estudo de Adriano Oliveira sobre o crime organizado, no qual o autor aponta que as definições utilizadas pelas agências de investigação (FBI e Polícia Federal Brasileira) assemelham a estrutura de uma organização criminosa ao modelo empresarial de uma pessoa jurídica, especialmente no que tange aos seguintes aspectos: busca de lucro por meio de suas atividades, planejamento empresarial, pluralidade de agentes em cadeias de comando e compartimentação:

(...) o Federal Bureau of Investigations (FBI) define crime organizado como qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada cujo objetivo seja a busca de lucros através de atividades ilegais. Esses grupos usam da violência e da corrupção de agentes públicos. Já a Academia Nacional de Polícia Federal do Brasil enumera 10 características do crime organizado: 1) planejamento empresarial; 2) antijuridicidade; 3) diversificação de área de atuação; 4) estabilidade dos seus integrantes; 5) cadeia de comando; 6) pluralidade de agentes; 7) compartimentação; 8) códigos de honra; 9) controle territorial; 10) fins lucrativos.²⁷⁴

Toda a riqueza produzida por esta “sociedade empresária” ilícita,²⁷⁵ revertida em aquisição de bens, encontra-se contaminada por vício de origem. De fato, se tal “pessoa jurídica” precisa ser extinta, não faz sentido que possa possuir patrimônio

²⁷² LUCAS, Flávio Oliveira. Organizações criminosas e Poder Judiciário. Instituto de Estudos Avançados da USP. Coleção Scielo Brasil. Periódico Estudos Avançados 21 (61), 2007, p. 107-117.

²⁷³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Adriano. Tráfico de drogas, crime organizado, atores estatais e mercado consumidor: uma integração muito mais perversa. Revista Espaço Acadêmico, nº 42, ano IV, mar. 2004.

²⁷⁵ Não será referido aqui nenhum valor nominal, por seu caráter constante e anualmente mutável, mas é sabido, pelas informações comumente noticiadas em veículos de comunicação e em sítios eletrônicos de organizações governamentais e não governamentais, inclusive da própria ONU, que as cifras movidas por organizações criminosas (no Brasil e no mundo) que atuam na criminalidade econômica envolvem trilhões de dólares anuais, com destaque para o tráfico (de drogas, crianças, mulheres, animais, órgãos e petróleo), corrupção (sob suas variadas modalidades) e falsificações.

(bens ou valores).²⁷⁶ Se este patrimônio é repartido e atribuído aos seus integrantes, trata-se da remuneração decorrente das tarefas atribuídas e desempenhadas por cada um deles, viciada em sua proveniência.

Portanto, enquanto integrante de organização criminosa (ou milícia privada), os bens adquiridos pelo agente, durante o tempo de pertencimento ao grupo criminoso, decorrem da atividade criminosa.²⁷⁷ Note-se que aqui não há presunção ou inversão de ônus probatório: incumbe ao Ministério Público comprovar que o indivíduo integrava a organização criminosa ou milícia, o que envolve a comprovação das tarefas desempenhadas (ou seja, a função do agente no grupo), o tempo de integração e demais circunstâncias ínsitas ao crime. Os bens e valores adquiridos no contexto de integração do apenado à empresa criminosa dela decorrem, por dedução lógica. Certo é que o apenado pode, paralelamente à sua atuação criminosa, desempenhar algum labor lícito, que também lhe confira renda. Mas, mesmo nesta hipótese, não se pode olvidar que também a comprovação da incongruência patrimonial (diferença entre seus bens e sua renda lícita) incumbe ao Ministério Público.

Portanto, comprovando o Ministério Público I) que o apenado integrava organização criminosa (ou milícia privada) por determinado período; II) que os bens que ele possui ou tem disponibilidade foram adquiridos no contexto (inclusive temporal) de sua integração à organização; III) que eventual renda lícita do apenado é sensivelmente inferior ao valor daqueles bens: mostra-se autorizado o confisco da diferença patrimonial apurada.

Poder-se-ia, inclusive, sob o aspecto procedimental (no qual se autoriza o emprego da analogia integrativa para suprimento de lacunas, conforme art. 3º do

²⁷⁶ Nesse ponto, é importante salientar que há inclusive norma legal expressa a esse respeito, na legislação atinente aos crimes ambientais (mas cujo raciocínio seria analogicamente expansível a outras modalidades criminosas). Trata-se do art. 24 da Lei nº 9.605/1998, *in verbis*: “A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

²⁷⁷ Impende frisar que a própria definição de “grupo criminoso organizado”, dada pelo art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, situa a finalidade econômica como elemento essencial estruturante das organizações criminosas, ao conceituá-las como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Código de Processo Penal), ser aplicado o raciocínio aproximado da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma *sui generis*.

Rubens Hofmeister Neto sustenta a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da persecução penal, especialmente no que concerne às constrições patrimoniais decorrentes dos efeitos da condenação. Sustenta que a disciplina normativa trazida pelos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil – que regulamenta o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na seara processual, a qual, por sua vez, remete aos pressupostos materiais trazidos no art. 50 do Código Civil – pode ser utilizado no campo penal, pela autorização do art. 3º do Código de Processo Penal:

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o direito processual civil passou a contemplar a desconsideração da personalidade jurídica como modalidade típica de intervenção de terceiros, regulando o procedimento a tanto aplicável em seus arts. 133 a 137. Nesses termos, diante da natureza essencialmente processual do problema, e considerando que a desconsideração inversa da personalidade jurídica (1) viria a concretizar, no plano infraconstitucional, mandamentos constitucionais explícitos (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), e (ii) não acarretaria contrariedade a qualquer disposição expressa do CPP sobre a matéria, parece juridicamente viável propor o acionamento da cláusula de abertura prevista no art. 3º do Código de Processo Penal em ordem a que sejam incorporados, analogicamente, os arts. 133-137 do Código de Processo Civil ao ambiente da persecução penal.²⁷⁸

A incorporação, no campo penal, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – pela atração dos arts. 133 e seguintes do CPC e, por corolário, do art. 50 do CC, a partir do art. 3º do CPP – permite concluir que, em um raciocínio aproximado (e, portanto, em condições não ideais), a prática de infração penal pela pessoa jurídica permite a ablação sobre bens de seus sócios. Nesse ponto, a lei civil remete, indireta e expressamente, ao âmbito penal, quando afirma que uma das hipóteses de cabimento do atingimento do patrimônio individual do membro do ente coletivo, por meio da desconsideração, é o “desvio de finalidade”, o qual ocorre diante da *“utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”* (art. 50, §1º, Código Civil).

²⁷⁸ HOFMEISTER NETO, Rubens. Medidas cautelares contra pessoas jurídicas no processo penal: uma abordagem à luz da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 100-101.

O paralelo estabelecido entre a organização criminosa e a pessoa jurídica, instituto criado no âmbito do Direito Civil, torna adequada a invocação da normatização civil que disciplina a desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, pessoa jurídica é um ente coletivo (fictício ou abstrato), criado pelo direito, formado pela associação de pessoas que, desempenhando tarefas diversas, reúnem-se para a satisfação de uma finalidade comum. Na clássica definição de Clóvis Beviláqua, pessoas jurídicas seriam “*todos os agrupamentos de homens que, reunidos para um fim, cuja realização procuram, mostram ter vida própria, distinta da dos indivíduos que os compõem*”²⁷⁹. Ou, nas palavras de Maria Helena Diniz, seriam elas a união de pessoas naturais que visam a consecução de certos fins.²⁸⁰

Perceba-se que as pessoas jurídicas e as organizações criminosas (e milícias privadas) possuem semelhança estrutural: abstraídos os meios e a finalidade (lícitos nas primeiras e ilícitos das segundas), trata-se de reunião estável de pessoas que se associam, de forma organizada e com divisão de atribuições e tarefas, para a consecução de uma finalidade comum ao grupo.²⁸¹ Obviamente que as primeiras, pelo fim lícito que buscam, são tuteladas pelo direito, tem sua constituição formalizada e recebem personalidade jurídica autônoma, características inaplicáveis às organizações criminosas.²⁸²

A semelhança estrutural entre as associações de pessoas naturais para fins lícitos (pessoas jurídicas) e para fins ilícitos (*societas sceleris*) autoriza o emprego da teoria da desconsideração, para atingir o patrimônio de seus membros. Nesse ponto,

²⁷⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 158.

²⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002, p.206.

²⁸¹ É interessante, neste ponto, observar que o próprio conceito legal de organização criminosa, trazido pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/2013, engloba as características centrais de uma pessoa jurídica. Se afastarmos a previsão final da finalidade ilícita prevista na norma (“*prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*”), a parte remanescente do dispositivo descreve uma autêntica pessoa jurídica: “*associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza*”.

²⁸² Para Dwight Smith, uma organização criminosa é uma empresa ilícita, pois nada mais é do que uma extensão das atividades de mercado para áreas proibidas, sempre no intuito de lucro, como resposta a uma demanda ilícita. Nesse sentido, vide PAOLI, Leticia. The paradoxes of organized crime. Crime, Law and Social Change, v. 37, p. 51-97, jan. 2002, p. 55.

observe-se a dicção do art. 50, *caput* e §1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.874/2019:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º. Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

A norma civil em tela prevê que pode ser afastada a personalidade jurídica, para atingir os bens das pessoas naturais que integram a pessoa jurídica, quando esta incorrer em desvio de finalidade, conceito no qual se enquadra a utilização do ente fictício para a prática de atos ilícitos. A doutrina civilista considera tal modalidade de desconsideração da personalidade jurídica como clássica, em que a barreira jurídica da personalidade autônoma da empresa é transposta para atingir os bens das pessoas naturais, em caso de abuso, ou seja, quando o ente coletivo incorre em ilicitude.²⁸³

Tal raciocínio é inteiramente transportável ao âmbito penal, pois, se em um ramo jurídico de consequências menos gravosas, a pessoa jurídica pode ter sua autonomia jurídica desfeita quando praticar ato ilícito, para que sejam afetados os bens particulares das pessoas físicas dela integrantes, com maior razão se justifica, na seara penal, a afetação dos bens dos integrantes de uma “pessoa jurídica” criada exatamente para a perpetração de atos ilícitos.

Portanto, sob o enfoque restrito ao segundo grupo de crimes sob análise (indivíduos condenados pelos crimes de organização criminosa ou milícia privada), concebe-se a plena constitucionalidade do confisco alargado de bens do art. 91-A do Código Penal.

Por fim, é imperioso destacar que o alcance de conclusões apartadas para este grupo de casos (apenados condenados por crimes de organização criminosa ou de

²⁸³ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). In: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 2. p. 733-752.

milícia privada), no sentido da viabilidade do confisco alargado de bens, não decorre de um juízo de desvalor sobre a pessoa do apenado: em comparação com qualquer outro acusado, não é ele mais “perigoso”, sua culpabilidade não é mais “acentuada” nem reflete qualquer conclusão sobre seu “modo de vida”, sua personalidade não é tida como “distorcida”, sua conduta não é socialmente mais “grave”, não é ele merecedor de tratamento mais “rigoroso”, nem qualquer outra consideração pessoal que direcione para a necessidade de um tratamento diferenciado de quaisquer outros acusados em lides penais.

O tratamento diverso para o condenado por integração a uma organização criminosa ou milícia privada decorre tão somente da própria estrutura típica dessas espécies delitivas. A constituição de uma *societas sceleris*, ou seja, de uma sociedade criminosa, um ente ficto coletivo e estável, criado pela associação de pessoas sob um formato “empresarial”, com uma organização estruturada em repartição de atribuições, hierarquia de comando, planejamento e execução de atividades, controle financeiro etc., demanda, entre outros aspectos característicos deste modelo societário, um sistema remuneratório periódico de seus membros.²⁸⁴

Em uma organização criminosa que tenha como finalidade última a obtenção de lucro espúrio (riqueza ilícita), ou que produza lucro como atividade-meio (ou seja, como forma de manter seu funcionamento, ainda que seu fim visado não seja econômico), a remuneração de seus integrantes (como custeio periódico para manutenção de suas atividades ou como repartição de “dividendos” auferidos) é elemento ínsito, em regra,²⁸⁵ à sua estrutura organizacional. O lucro que remunera os membros de uma organização criminosa (ou milícia privada), decorrente da riqueza por esta produzida, durante o tempo de integração, constitui, portanto, autêntico

²⁸⁴ Luiz Flávio Gomes explica como esta “remuneração” decorrente da atuação em uma organização criminosa funciona como estímulo de adesão à sociedade delitiva, sob a mesma questionável moralidade de um “capitalismo selvagem”, ou seja, o membro da organização busca lucro a qualquer custo, pouco importando se o meio de obtê-lo é criminoso: para acumular riqueza, tudo seria permitido, inclusive o cometimento de delitos. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade econômica organizada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 18-41, ago./set. 2013, p. 30.

²⁸⁵ Destaque-se aqui ser esta a regra quando se trata de criminalidade econômica organizada, pois, em caráter francamente excepcional, mormente no contexto brasileiro, vislumbra-se também a possibilidade (rara) de uma pessoa integrar “voluntariamente” uma organização criminosa (ou seja, de forma graciosa, não voltada a ganho econômico), como se observa (no cenário internacional) dos fundamentalistas religiosos que atuam em organizações terroristas.

“produto ou proveito de crime”, nos termos dispostos no *caput* do art. 91-A do Código Penal, autorizando sua ablação.

6.3.3 Condenado por crime de finalidade lucrativa

Chega-se, assim, por exclusão, ao terceiro grupo de crimes, referente aos apenados que foram condenados, não por delitos sem conotação lucrativa, nem por organização criminosa ou milícia, ou seja, aqueles que incorreram em infração penal com conotação econômica (crimes voltados à obtenção de algum benefício patrimonial).

Enquanto, para o primeiro grupo (delitos sem conotação econômica), a incidência do confisco alargado é inconstitucional, e, para o segundo grupo (organizações criminosas e milícias), sua incidência é constitucional, o exame da constitucionalidade do confisco alargado é mais intrincado para este terceiro grupo (crimes com conotação econômica sem vinculação à criminalidade organizada).

A primeira questão a ser analisada consiste na presunção, estabelecida pelo art. 91-A do Código Penal, de cometimento de crime anterior, do qual o bem a ser confiscado seria produto ou proveito. Os defensores da validade do instituto sustentam que o apenado, por possuir um patrimônio incongruente e não comprovar a procedência lícita de seus bens, teria um “estilo de vida criminoso”, o que explicaria os bens por ele adquiridos. Nesse sentido, o que legitimaria o confisco alargado seria, basicamente, uma conjugação de duas circunstâncias: ausência de prova (a cargo do condenado) da licitude da origem de seus bens e adoção de um estilo de vida criminoso.

A doutrina italiana afirma, de forma clara e direta, pela viabilidade do confisco alargado diante da conjugação destes elementos, avalizando, inclusive, a possibilidade de valoração desfavorável ao apenado quanto ao seu silêncio sobre a origem de seus bens. Assim dispõe Federica Lusito:

In realtà, la sproporzione del bene rapportato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta è requisito sì necessario, ma non sufficiente a provocare l'applicazione della confisca allargata. necessario è, altresì, che il soggetto

interessato non sia in grado di giustificare il possesso di tali beni soggetti ad ablazione. Tale previsione fonda una presunzione relativa di illecita accumulazione di beni, presunzione superabile con la prova della lecita provenienza dei beni sproporzionati.^{286 287}

Igual é o escólio de Anna Maria Maugeri, a qual sustenta que a ausência de uma explicação crível, pelo acusado, sobre a procedência de seus bens, acaba por confirmar a tese acusatória de uma presunção de atividades ilícitas de enriquecimento:

In realtà l'imputato deve offrire una credibile spiegazione altrimenti il suo silenzio finirà per corroborare gli elementi forniti dall'accusa, prevalendo in questo caso il principio in dubio pro re publica, con evidente sacrificio del rispetto della presunzione d'innocenza; e questo vale per tutti questi meccanismi sanzionatori che pur non prevedendo la pena detentiva, fondano la confisca su presunzioni di illecito arricchimento.^{288 289}

Contudo, ambas as circunstâncias (ausência de explicação/comprovação do apenado quanto à origem de seus bens, bem como adoção de um estilo de vida criminoso), invocadas para a legitimação do confisco alargado, não resistem a uma filtragem constitucional. Quanto à primeira, seria incabível exigir do apenado uma prova de licitude. Tal exigência implicaria uma inversão de ônus probatório, inadmissível em um sistema penal acusatório, de índole liberal, guiado pela garantia pétrea do estado de inocência.

Além disso, decorre da ampla defesa o princípio da não autoincriminação, que tem por corolário o direito ao silêncio. Assim, a norma do art. 186, p. único, do Código

²⁸⁶ Tradução livre: “Na realidade, a desproporção do bem em relação à renda declarada ou à atividade econômica exercida é um requisito necessário, mas não suficiente para ensejar a aplicação do confisco ampliado. É necessário também que o interessado não consiga justificar a posse de tais bens passíveis de ablação. Esta disposição estabelece uma presunção relativa de acumulação ilícita de ativos, presunção que pode ser superada pela comprovação da origem lícita dos ativos desproporcionais.”

²⁸⁷ LUSITO, 2022, p. 109.

²⁸⁸ Tradução livre: “Na realidade, o acusado deve oferecer uma explicação crível, sob pena de seu silêncio acabar corroborando os elementos fornecidos pela acusação, prevalecendo neste caso o princípio in dubio pro re publica, com evidente sacrifício do respeito à presunção de inocência; e isto aplica-se a todos estes mecanismos sancionatórios que, embora não prevejam pena privativa de liberdade, baseiam o confisco em presunções de enriquecimento ilícito.”

²⁸⁹ MAUGERI, 2020, p. 206.

de Processo Penal²⁹⁰, segundo a qual o silêncio do acusado não pode ser interpretado em seu prejuízo, tem status constitucional. O silêncio do acusado sobre a proveniência de seus bens, portanto, não pode ser interpretada em seu desfavor.

Nesse sentido, a previsão do §2º do art. 91-A do Código Penal – “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio” – , além de consistir em uma obviedade, traduz mera faculdade processual da defesa, não podendo ser lida como uma inversão de ônus, ou seja, no sentido de que, ausente prova do acusado sobre a procedência de seus bens, estes serão tidos como de origem criminosa.

Em relação à segunda circunstância invocada em defesa da validade do confisco alargado – alegação de adoção de um “estilo de vida criminoso” pelo apenado, abertamente utilizada por alguns autores e em decisões de tribunais internacionais – trata-se, também, de argumento que não se sustenta. O cometimento de um crime com conotação econômica, com sanção máxima cominada superior a seis anos, não deve levar a qualquer consideração sobre a personalidade ou o caráter do agente, no sentido de que se trataria de pessoa inclinada à prática de crimes.

Tal concepção – que se pretende superada na dogmática penal hodierna, em especial pela evolução da teoria da culpabilidade – estaria a resgatar uma culpabilidade como reprovação pessoal sobre a personalidade do agente, ou seja, como decisão de “condução de vida”, como propugnou Mezger.²⁹¹ Esta visão não encontra apoio em nossa principiologia constitucional penal, em especial nos princípios da culpabilidade e da responsabilidade pelo fato, alhures mencionados, além de implicar um retrocesso diante da atual teoria do delito, o que encontra óbice no princípio da vedação do retrocesso, albergado pela hermenêutica dos direitos fundamentais.

Ademais, seria incabível, sob pena de uma incoerência sistêmica, construir uma ideia de culpabilidade apartada para delitos com pena máxima cominada superior a seis anos e outra para delitos com sanção máxima cominada inferior a seis anos.

²⁹⁰ Art. 186 (...) Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

²⁹¹ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penal. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

Para os primeiros (exemplo: furto qualificado), o cometimento do crime levaria a considerações sobre a personalidade do agente, alguém inclinado à prática delitiva e que adquiriu seu patrimônio incongruente por tal meio. Para os segundos (exemplo: furto simples), seria mantida a concepção da culpabilidade pelo fato e, mesmo tendo o agente um patrimônio incongruente, não se poderia falar de sua aquisição em virtude de perpetrções delitivas anteriores. Percebe-se, pois, que a presunção de um “estilo de vida criminoso” apenas para alguns crimes não conduz a um resultado racional.

Assim, o crime perpetrado pelo apenado não macula seu caráter nem denota a adoção de um estilo de vida criminoso, mas tão somente desperta uma valoração precária de suspeita sobre seu patrimônio incongruente. Essa suspeita, entretanto, não basta ao perdimento de seus bens, diante da proteção da propriedade como direito fundamental, sobre a qual incide a regra hermenêutica da *odiosa sunt restringenda*, já destacado.

Nesse sentido, a afirmação de que o apenado cometeu crimes anteriores (e de que disso decorreu seu patrimônio incongruente), desamparada de outras provas, violaria os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

Em verdade, o problema central do art. 91-A do Código Penal é a presunção de cometimento de crimes anteriores, no que se baseia a corrente que sustenta sua inconstitucionalidade. Este problema não se resolve apenas declarando a inconstitucionalidade da norma (solução mais radical e, portanto, também afrontosa à proporcionalidade, pela proibição do excesso), mas definindo que o Ministério Público precisa demonstrar a proveniência ilícita dos bens incongruentes do apenado (o que, indubitavelmente, validaria o dispositivo). Assim, afirmar, por um lado, que o *Parquet* nada precisaria comprovar em relação ao crime anterior, tratando-se de delito absoluta e meramente presumido (como dispõe o 91-A), violaria a presunção de inocência.

Então, por outro lado, o que exatamente o órgão acusador precisaria comprovar? Necessitaria apresentar prova cabal, acima de qualquer dúvida razoável, de autoria e materialidade do fato delitivo anterior, com todas as suas circunstâncias, ou seja, uma conduta típica, ilícita e culpável cometida pelo agente, pormenorizada e perfeitamente delimitada no tempo e no espaço? Tal exigência seria necessária para uma condenação criminal, mas o caso não se trata de imposição de uma condenação

autônoma, com todas as suas consequências e efeitos. Neste ponto, assiste razão à doutrina estrangeira, quando relembra que não serão maculados os antecedentes e, principalmente, não haverá pena privativa de liberdade a ser imposta, mas tão somente uma correção patrimonial.

Disto se conclui que o menor rigor da consequência do ato autoriza um rebaixamento do *standard* probatório para sua incidência. Diante da proposta de solução deste estudo, o órgão acusador não fica isento de qualquer ônus probatório quanto ao delito anterior, mas também não precisa comprová-lo em sua completude. Aplicar-se-ia, assim, um *standard* intermediário, que será melhor especificado a seguir.

Sobre isto, ensina Thiago Colnago Cabral que a definição de diferentes níveis de *standard* probatório satisfaz uma exigência epistemológica (sob a perspectiva de uma filosofia da cognição) de um modelo garantista de Direito Penal, pois permitem o controle do exercício do poder estatal, por meio de parâmetros racionais de suficiência probatória para validação de dadas hipóteses a serem apreciadas na relação processual:

São justamente tais fundamentos epistêmicos que legitimam, juntamente com os demais requisitos ao exercício válido da jurisdição, o exercício do poder estatal, na medida em que indicam as razões da escolha desta ou daquela hipótese processual pelo juiz, a par de viabilizar o controle intersubjetivo da decisão, requisito fundamental da faceta democrática de processo. Todavia, ainda assim, é imprescindível a definição de suficiência probatória de validação de dada hipótese na relação processual, de modo que permitir que, em cada relação processual, o julgador, quando do julgamento, e as partes, no exercício do controle recursal do decidido, possam identificar se o acervo foi suficiente à comprovação de dada posição processual. Em outros termos, o viés democrático de um dado ordenamento não pode ser garantido apenas pela previsão de direitos aplicáveis à tramitação da ação penal, compondo uma noção garantista do devido processo legal, sendo imprescindível que se viabilize instrumento eficaz de controle intersubjetivo das decisões judiciais, conjugando um procedimento epistêmico e parâmetros de acreditação, de suficiência, de dada hipótese no processo. Denominam-se standards probatórios estes critérios, que se revestem de deliberação política, preferencialmente fixada em lei, quanto à distribuição dos erros de julgamento e, ainda, por uma fixação gradual, sendo a admissão da peça acusatória a de menor nível de rigor, contra a sentença penal condenatória, que tem o maior nível de exigência para acreditação. Logo, os standards probatórios, enquanto níveis de acreditação exigidos para dada medida jurisdicional, são guias da valoração racional, na medida em

que definem o grau de exigência probatória para a validação de dada hipótese como verdadeira (...).²⁹²

Em poucas palavras, *standard* probatório pode ser entendido como um certo nível de exigência em relação ao que precisa ser provado, para se alcançar o padrão necessário à tomada de decisão judicial. Nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán: “considerando o raciocínio probatório em termos probabilísticos, bem como que a certeza racional sobre uma hipótese fática é inalcançável, torna-se imprescindível, então, a estipulação de regras, que são denominadas standards de prova, a fim de que se determine o grau de probabilidade a partir do qual se está disposto a dar por provada a hipótese”.²⁹³

Ou, na definição mais simples de Clênio Moura, “podemos definir o *standard* probatório como o ‘quanto’ de prova é necessário para se chegar a uma decisão. O *standard* é atingido, preenchido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. É um marco que determina o grau mínimo de prova exigido para considerar-se provado um fato”.²⁹⁴

Isto posto, o rebaixamento de um *standard* probatório mais rigoroso – ou seja, uma relativa mitigação do ônus probatório da acusação – não é novidade nas ciências penais; pelo contrário, consiste em prática adotada e usualmente aceita. Via de regra, uma menor exigência de prova é cabível para uma decisão cujas consequências geram um impacto menos danoso do patrimônio jurídico da pessoa atingida, tendo por cotejo, como o impacto mais danoso, no âmbito penal, a privação de liberdade.

Há numerosos exemplos de decisões judiciais – que impactam a pessoa atingida – sem que seja exigível da acusação o *standard* probatório mais elevado, qual seja, o conhecido *beyond a reasonable doubt*, ou seja, a prova cabal que supere

²⁹² CABRAL, Thiago Colnago. O *standard* probatório do crime antecedente na lavagem de capitais. REJuriSTJ, Brasília, ano. 2, n. 2, dez. 2021, p. 461-462.

²⁹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Altos estudos sobre a prova no processo penal. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 778.

²⁹⁴ MOURA, Clênio de Assis Manoel e. Os standards probatórios e dúvida razoável aplicados ao processo penal brasileiro. Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos. Barbacena, 2021. Disponível em <https://ri.unipac.br/repositorio/>. Acesso em 17.01.2024. P. 14.

qualquer dúvida razoável. Pode-se mencionar o recebimento da denúncia, decisão de pronúncia, realização ou validação de busca pessoal e domiciliar, imposição de medidas cautelares em geral etc.

Assim, não se tratando de imposição de privação de liberdade definitiva, mesmo a restrição provisória da liberdade, ou sancionamentos não corporais definitivos, admitem o rebaixamento do *standard* probatório, consoante se observa na imposição das prisões provisórias (o art. 312 do Código de Processo Penal, por exemplo, exige apenas indício de autoria para a decretação da prisão preventiva), na aplicação de advertência a adolescente infrator (também basta o indício de autoria, nos termos do art. 114, p. único, da Lei nº 8.069/90), ou no sancionamento de pessoa jurídica por crime ambiental (para que ela seja penalmente punida, basta que seja beneficiária do crime cometido por seu gestor, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.605/1998).

Sob igual lógica, o confisco alargado de bens incongruentes do apenado, por não se tratar de imposição de privação de liberdade com cunho definitivo, admitiria o rebaixamento do *standard* probatório exigível do Ministério Público, quanto à prática delitiva anterior do agente, para sua imposição pelo juízo criminal. Nesse sentido também entende João Paulo Sales:

Sob essa perspectiva, o *standard of proof* não precisará ser o mesmo que o necessário para a formação do juízo de culpa do acusado como ocorre por força do princípio da presunção de inocência no processo crime, vale dizer, um *standard* de prova acima de qualquer dúvida razoável. Não se buscando responsabilizar o agente criminalmente, o critério da prova poderá se aproximar daquele exigido pelo processo civil, baseado na preponderância de provas.²⁹⁵

Assim, retorna-se à pergunta inicial: o que o Ministério Público precisaria comprovar para que o confisco alargado seja validamente imposto? A resposta é extraível de uma interpretação constitucional sistemática do ordenamento,²⁹⁶ baseada na exigência trazida pelo art. 63-F da Lei nº 11.343/06. Em suma: o que o Ministério Público precisa comprovar é uma habitualidade, profissionalismo ou reiteração delitiva

²⁹⁵ SALES, 2019, p. 22.

²⁹⁶ Consigne-se que a definição deste *standard* probatório não poderia ser objeto de criação livre do intérprete, sob pena de ele se imiscuir no papel legislativo e, nesta hipótese, a proposta suscitada neste trabalho se convolaria em uma tese de *lege ferenda*.

do acusado, em conexão temporal com a aquisição dos bens incongruentes. Tal comprovação, a cargo da acusação – e, portanto, inexistente presunção contra o réu –, satisfaz o *standard* probatório para que o patrimônio incongruente seja confiscado.

Para uma melhor compreensão da questão, observemos a redação dada ao art. 63-F, §1º, da Lei nº 11.343/06 pela Lei nº 13.886/2019 (promulgada cerca de dois meses antes, apenas, da Lei nº 13.964/2019, que incorporou o art. 91-A ao Código Penal):

Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

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

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

I – de sua titularidade, ou sobre os quais tenha domínio e benefício direto ou indireto, na data da infração penal, ou recebidos posteriormente; e

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

§ 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. (sem grifos no original).

A lacuna da norma geral do confisco alargado no Código Penal, quanto ao *standard* probatório para sua incidência, não se repetiu na norma especial do confisco alargado na Lei de Tóxicos.

Impende destacar que a previsão do legislador, com a promulgação da Lei nº 13.886/2019, foi notadamente clara, intencional e direcionada, ao afirmar que, em crimes de tráfico de drogas e congêneres, somente com a produção de prova de uma “*conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa*”, seria cabível o confisco de seu patrimônio incongruente.

Afirma-se a “intencionalidade” da inserção de tal exigência porque, apenas dois anos antes, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 638491, sob a sistemática da Repercussão Geral (Tema 647), sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux, apreciou justamente a questão do *standard* probatório necessário ao confisco de bens no tráfico de drogas, ocasião em que firmou a seguinte tese:

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

Não obstante a tese sedimentada pelo Pretório Excelso, o legislador, ao disciplinar o confisco alargado de bens no âmbito da Lei Antidrogas, optou por seguir caminho oposto ao precedente vinculante, estabelecendo o referido *standard* probatório.

Em comparação das duas disciplinas legais, é facilmente notável a semelhança entre os dispositivos que disciplinam o confisco alargado de bens em relação aos crimes relacionados ao tráfico de drogas e aos demais crimes da legislação penal. Contudo, destaca-se aqui a exigência expressa, prevista apenas na lei especial, da comprovação de uma conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do acusado para o confisco de seus bens incongruentes. Tal exigência instiga o seguinte questionamento: para os demais crimes, tal comprovação seria inexigível? Uma interpretação sistemática do ordenamento, à luz da Constituição Federal, indicaria uma resposta negativa.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que nosso legislador constituinte trouxe um comando de rigor em relação ao narcotráfico (o chamado “mandado de criminalização”). Em vários dispositivos da Carta de 1988, percebe-se uma nítida diretriz de tratamento penal mais rigoroso em relação a tal espécie delitiva, como na vedação da fiança, graça e anistia (art. 5º, XLIII) e na possibilidade excepcional de extradição de brasileiro envolvido com o tráfico de drogas (art. 5º, LI). No que tange aos bens do réu, nossa Constituição Federal foi ainda mais explícita e, malgrado tenha se mantido silente em relação aos crimes em geral, dispôs expressamente que *“todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado”* (art. 243, p. único).

Assim, o ordenamento constitucional impôs um tratamento penal mais rigoroso em relação àqueles condenados por tráfico de drogas. E, para estes, a lei exige que

apenas será possível a decretação do confisco alargado de bens diante de provas de uma conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado.

Neste ponto, não seria uma interpretação harmônica do sistema jurídico-penal, considerando a unicidade do Direito, concluir que a legislação penal seria mais branda (por ser mais exigente na fixação de requisitos do confisco alargado de bens) justamente em relação ao tráfico de drogas, não obstante o comando de rigor da Constituição Federal, do que em relação a outros delitos, caso não seja exigível a estes a comprovação da habitualidade ou reiteração delituosa. Em termos simples, exemplificativamente: poderia a lei tratar de forma mais gravosa um furto qualificado – cujos bens do condenado seriam afetáveis pelo confisco alargado independente de qualquer comprovação de habitualidade ou reiteração delitiva – do que de alguém condenado por tráfico de drogas? Não se vislumbra a possibilidade de uma resposta razoável afirmativa, tendo em vista o comando de rigor da Constituição Federal.²⁹⁷

Esta diversidade de tratamento normativo do confisco alargado de bens entre a Lei nº 11.343/06 e o Código Penal foi explorada e enfocada em interessante artigo escrito por Luiz Eduardo Dias Cardoso, no qual o autor conclui pela inversão do ônus da prova na lei geral e pela não inversão do ônus da prova na lei especial:

(...) buscou-se, então, compreender a dinâmica probatória a partir da qual é operacionalizada a perda alargada, especificamente para que se identificasse se de fato há, nos regimes geral e especial daquela modalidade de confisco, inversão do ônus da prova. Para tanto, discorreu-se, inicialmente, a respeito do regime disciplinado na Lei de Drogas, oportunidade em que se verificou que, como o § 1º do artigo 63-F impõe ao Ministério Público a produção de provas quanto à conduta criminosa do condenado ou à sua vinculação a organização criminosa, isso implica a inexistência da inversão do ônus da prova. Com o caminho pavimentado pela análise anterior, passou-se, então, a apreciar o regime geral. Verificou-se que, como aqueles requisitos alternativos previstos na Lei de Drogas foram suprimidos do Projeto de Lei que introduziu o artigo 91-A do Código Penal, isso desincumbiu o Ministério Público de produzir qualquer prova adicional, de modo que basta a obtenção da condenação criminal e a indicação de incongruência patrimonial; e, concomitante, imputou-se ao réu o ônus – o *burden of proof* e o *burden of producing evidence* – de comprovar a licitude de seu próprio patrimônio. (...) Observou-se, ademais, o paradoxo resultante da instituição, na Lei de Drogas, de um regime não tão rígido quanto aquele consagrado no Código Penal, o que, mais uma vez, se deve à distinção quanto à exigência, ou não,

²⁹⁷ Ainda que o art. 91-A não o mencione explicitamente, o contexto normativo de inserção do confisco alargado de bens no Código Penal sugere que sua aplicação demanda habitualidade ou reiteração delitiva. A própria presunção de ilicitude do patrimônio incompatível com a renda lícita do acusado – chamando-o de “produto ou proveito do crime” – já sinaliza que, pela novel normatização, o legislador considera que o condenado cometeu delito(s) anterior(es) àquele pelo qual restou condenado, reiterando, portanto, na perpetração criminosa.

de requisitos alternativos (para além dos compulsórios). Ao cabo do trabalho, verifica-se que a hipótese introdutoriamente articulada foi verificada, uma vez que se constatou que a resposta ao problema de pesquisa não é, de fato, unívoca: há inversão do ônus da prova no Código Penal, e não há na Lei de Drogas.²⁹⁸

Ademais, é necessário atentar que a Lei nº 13.964/2019 expôs que se encontra sujeito ao confisco o patrimônio transferido a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória a partir do “*início da atividade criminal*”. Esta expressão da parte final da norma do inciso II do §1º do art. 91-A transmite a ideia de continuidade delituosa no tempo, seja em razão de um crime de natureza permanente, seja em função da reiteração de seu cometimento.

A exigência de comprovação da habitualidade, profissionalismo ou reiteração delitiva, sob ônus do Ministério Público, para aplicação do confisco alargado de bens, sinaliza a possibilidade de superação do óbice da inconstitucionalidade da presunção que uma primeira leitura do art. 91-A do Código Penal poderia sugerir. Isto porque, impondo ao órgão acusador o dever de provar que o acusado agia de forma reiterada, profissional ou habitual na perpetração delitiva, em conexão temporal com a aquisição de seus bens, unido à demonstração (também sob ônus probatório do Ministério Público) da incompatibilidade patrimonial, estaria fornecida uma base probatória razoável (ou seja, o mencionado *standard* probatório) para a ablação patrimonial sob a conclusão de ilicitude da proveniência de tais bens.

Ante o exposto, para este terceiro grupo de crimes (delitos com conotação econômica, que não digam respeito à criminalidade organizada), a decretação válida do confisco alargado de bens demanda, em conjugação com os requisitos da lei, a desincumbência do Ministério Público quanto ao *standard* probatório atinente à comprovação da habitualidade, profissionalismo ou reiteração delitiva do apenado.

Resta, assim, delimitar, ainda que de forma meramente aproximada, do que se tratam habitualidade, profissionalismo e reiteração delitiva.

²⁹⁸ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. Revista Brasileira De Direito Processual Penal, 2020, 6(2), 799–832.

Desde logo, não se pode ignorar que tais conceitos são correta e fortemente criticáveis, por consistirem em ideias extraídas de um contestável positivismo criminológico, no qual foram cunhadas tais características maculadoras do indivíduo apenado, como justificativa para retirada de direitos, a partir de considerações (infundadas) sobre a personalidade do agente.

Nesse sentido se manifesta Leonardo Isaac Yarochevsky, em pertinente e enfática crítica à reinserção dos conceitos de habitualidade delitiva e profissionalismo criminal, pelo então “projeto anticrime”, na legislação brasileira, por afronta ao princípio da culpabilidade pelo fato, restaurando caracteres de um Direito Penal de autor. Afirma Yarochevsky que, além da indeterminação legal de tais conceitos, o recrudescimento do tratamento penal ao chamado “criminoso habitual” ou “delinquente profissional” implica *“punir o ser humano pelo seu caráter, pelo seu modo de ser ou pela pessoa que ele é, trata-se de repugnante hipótese de direito penal do autor, próprio de regimes autoritários e de exceção”*.²⁹⁹

Todavia, em uma interpretação conforme possível de *lege lata*, a utilização de tais conceitos pelo intérprete – em uma restrição (e não ampliação) de um instituto restritivo de direitos (confisco alargado de bens)³⁰⁰ – mostra-se menos agressiva à atuação do julgador como “legislador positivo”, para a integração da lacuna normativa,

²⁹⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto “anticrime”: em algum lugar do passado. Boletim IBCCrim. Edição especial. Pacote anticrime: remédio ou veneno? Ano 27. Nº 317. Edição abril/2019. P. 10-12.

³⁰⁰ É importante ressaltar que, em regra, os conceitos de habitualidade, profissionalismo e reiteração delitiva são utilizados diretamente para o impedimento do acesso do acusado ou apenado a algum direito. Nesse sentido, exemplificativamente, a legislação vale-se de tais características para negar a possibilidade de acordo de não persecução penal ao investigado (art. 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal); do mesmo modo, a jurisprudência de nossos tribunais superiores baseia-se em tais conceitos para negar ao apenado o reconhecimento da continuidade delitiva. Nesse sentido: *“A quantidade e a gravidade dos crimes praticados contra vítimas diversas, a diversidade de local e de tempo de execução, indicam habitualidade ou reiteração criminosa, que não comportam o benefício da unificação das penas pela continuidade delitiva”*. (STF - HC 109730 - Relator(a): Min. ROSA WEBER - Julgamento: 02/10/2012 - Publicação: 29/10/2012). *“Constatada a reiteração criminosa, e não a continuidade delitiva, impossível acoiar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do Código Penal em relação a todos os delitos narrados na denúncia, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.”* (STJ - HC 222041 / SP – Relator Ministro JORGE MUSSI - Data do Julgamento 26/02/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 12/03/2013). Entretanto, esta tese se utiliza dos conceitos de habitualidade, profissionalismo e reiteração delitiva não como impedimentos de acesso a direito, mas como acréscimo de requisito à restrição do direito patrimonial: considerando que o texto do art. 91-A do Código Penal não exige tal comprovação para confiscar o patrimônio do apenado, a exigência acrescida (pela via interpretativa) da demonstração (a cargo da acusação) da habitualidade, profissionalismo ou reiteração delitiva, visa restringir as possibilidades de confisco alargado de bens. Mitiga-se assim, em certa medida, a mácula de origem positivista de tais conceitos, pela sua utilização específica em favor do réu.

por se tratar de *standard* probatório já estabelecido em lei (para os delitos de tóxicos, aqui extensíveis para os demais crimes de cunho econômico).

Em suma: apesar de habitualidade, reiteração e profissionalismo criminal não serem os parâmetros ideais para fixação do *standard* probatório do confisco alargado, por serem conceitos oriundos de um positivismo criminológico bastante combatido pela criminologia crítica, são os que menos ofendem a separação de poderes na atuação do julgador como “legislador positivo”, por serem critérios expressamente previstos na lei também para o confisco alargado, em uma interpretação possível em exercício de *lege lata*, até que sobrevenha uma desejável inovação legislativa.

Feita tal consideração preambular, o primeiro ponto a ser salientado é que nossa legislação penal atual não traz conceituação alguma acerca da habitualidade, profissionalismo e reiteração delitiva.

Destaque-se que o natimorto Código Penal de 1969 conceituava “criminoso habitual” (e também o “criminoso por tendência”) em seu art. 64, §2º, cominando-lhe pena indeterminada.³⁰¹ Por sua vez, o art. 78 do Código Penal Militar³⁰² em vigor possuía conceito legal de “criminoso habitual” (bem como de “criminoso por tendência”) até 2023, também com cominação de pena indeterminada, quando o dispositivo foi revogado pela Lei nº 14.688.³⁰³ Ambos os idênticos dispositivos nacionais (do Código Penal de 1969 e do Código Penal Militar vigente) foram

³⁰¹ Art. 64, §2º Considera-se criminoso habitual aquele que: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena; (Habitualidade presumida) b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. (Habitualidade reconhecível pelo juiz).

³⁰² Art. 78. [Habitualidade presumida] § 2º Considera-se criminoso habitual aquele que: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena; [Habitualidade reconhecível pelo juiz] b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

³⁰³ Interessante observar que a lei 14.688 de 2023 é originada do PL nº 9.432/2017, que trouxe a seguinte justificção para a revogação do art. 78 do Código Penal Militar: “*tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal pois fere o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade (art.5º LVII). A pena indeterminada também não é compatível com a Carta Constitucional e seus princípios, porque o principal objetivo do princípio da legalidade é assegurar ao réu a certeza quanto à definição legal de crime e também em relação à pena, sendo necessário conhecer seu quantum antes do cometimento do delito*”.

inspirados na legislação penal italiana, que ainda hoje conceitua a “habitualidade presumida pela lei” (art. 102) e a “habitualidade considerada pelo juiz” (art. 103), além de também conceituar o “profissionalismo criminoso” (art. 105).^{304 305}

Ao lado da inexistência de definição legislativa hodierna, as fontes subsidiárias do Direito (notadamente doutrina e jurisprudência) são igualmente falhas e vacilantes quanto aos conceitos de reiteração, habitualidade e profissionalismo delitivos.

Em estudo sobre a aplicabilidade do acordo de não persecução penal ao crime continuado, Alex Feitosa de Oliveira e Rafael Ribeiro Meireles traçam pequeno compêndio doutrinário amostral sobre o conceito de habitualidade e profissionalismo

³⁰⁴ Art. 102 - Abitualità presunta dalla legge - È dichiarato delinquente abituale chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta un'altra condanna per un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro i dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti. Nei dieci anni indicati nella disposizione precedente non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive. Art. 103 - Abitualità ritenuta dal giudice - Fuori del caso indicato nell'articolo precedente, la dichiarazione di abitualità nel delitto è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto. [...] Art. 105 - Professionalità nel reato - Chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente o contravventore professionale, qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato. Em tradução livre: “Art. 102 - Reincidente presumido por lei - É declarado reincidente aquele que, após ter sido condenado a pena privativa de liberdade por um período total superior a cinco anos por três crimes não negligentes da mesma natureza, cometidos num período de dez anos e não simultaneamente, receber outra pena por um crime não negligente da mesma natureza, cometido num período de dez anos subsequente ao último dos crimes anteriores. Os dez anos indicados na disposição anterior não incluem o tempo em que o condenado cumpriu pena de prisão ou esteve sujeito a medidas de segurança privativas de liberdade. Art. 103 - Habitualidade considerada pelo juiz - Fora do caso indicado no artigo anterior, a declaração de habitualidade no crime é também proferida contra quem, após ter sido condenado por dois crimes não culposos, receber nova condenação por crime não culposo, se o juiz, tendo em conta a espécie e a gravidade dos crimes, o tempo em que foram cometidos, a conduta e o modo de vida do culpado e as demais circunstâncias indicadas no parágrafo único do artigo 133, considerar que o culpado é dedicado ao crime. [...] Art. 105 - Profissionalismo no crime - É declarado delinquente ou infrator profissional aquele que, estando nas condições exigidas para a declaração de habitualidade, for condenado por outro crime, se, tendo em conta a natureza dos crimes, a conduta e o estilo de vida do culpado e as demais circunstâncias indicadas no parágrafo do artigo 133, se considerar que vive habitualmente, ainda que apenas em parte, do produto do crime.”

³⁰⁵ Diante da histórica e sabida influência da legislação italiana no Direito Penal brasileiro, considerando ainda os modelos de *civil law* semelhantes entre os dois ordenamentos, é possível vislumbrar que os conceitos dispostos no Código Penal ítal, como fonte de direito comparado, inspiram a conclusão de que a conceituação de habitualidade e profissionalismo delitivos no Brasil também devem observar os critérios (cumulativos) de reiteração persistente, gravidade das infrações, semelhança dos bens jurídicos atingidos e delimitação temporal.

delitivos, diferenciando-os da continuidade delitiva, inclusive quanto ao nível de reprovação, menor nesta em comparação com aqueles:

Já sobre a conduta criminal habitual e profissional, Messias (2020) define que Conduta criminal habitual consiste na já conhecida habitualidade criminosa. É o meio de vida criminoso desenvolvido pelo agente, a característica da pessoa dada à prática de delitos. [...] Por fim, conduta criminal profissional define o agente que, como ofício ou profissão, pratica crimes repetidamente. Embora se referindo a casos de sonegação de tributos ou créditos previdenciários, Paccelli e Callegari (2020) discorrem que, havendo seguidas reiterações da conduta criminosa, a habitualidade se configura de maneira subsidiária à continuidade delitiva, podendo incidir o benefício desta última no caso de haver um mesmo contexto fático que justifique a reiteração habitual da conduta, dando, como exemplo, dificuldades financeiras durante o período de sonegação. Por sua vez, Mirabete (2021) define o criminoso habitual como sendo aquele que faz do crime uma profissão, defendendo que este está excluído do benefício do crime continuado. Tal ideia se assemelha com a configuração dada por Ferri (1892), que define o “criminoso habitual” ou “profissional” como o indivíduo que adotou a prática de crimes em série como uma vera professione.³⁰⁶

Aduzem Alex Oliveira e Rafael Meireles que “(...) em todos os caminhos conceituais apresentados para ‘conduta criminal habitual, reiterada ou profissional’, há clara divergência com a conceituação de crime continuado. Ademais, os próprios contornos da opção legislativa de positivar o crime continuado, instituto favor rei criado para abrandar a pena, conflita com a opção legislativa de recrudescimento ao delimitar a vedação do ANPP para as situações de habitualidade, reiteração ou profissionalismo”.³⁰⁷

Conforme se observa, a escorreita diferenciação entre a continuidade delitiva (criação jurídica *favor rei*, que também demanda a existência de ao menos dois crimes em contextos fáticos diversos, observados os requisitos legais) e habitualidade e profissionalismo delitivos (como modalidades mais graves de reiteração criminosa) não satisfaz a conceituação necessária destes institutos jurídicos. Tal imprecisão ou mesmo ausência de conceituação abrem margem ao uso arbitrário e ilimitado da

³⁰⁶ OLIVEIRA, Alex Feitosa de; MEIRELES, Rafael Ribeiro. O acordo de não persecução penal e o crime continuado. Boletim IBCCRIM, v. 30, n. 353, p. 13-15, 2022.

³⁰⁷ *Ibidem*.

habitualidade, reiteração e profissionalismo delitivos.³⁰⁸ Impõe-se aqui, pois, um esboço de delimitação conceitual.

Os três conceitos são inegavelmente próximos, similares, tanto que a eles se atribuem consequências jurídicas iguais. Contudo, em raciocínio aproximado da taxonomia do método científico, a reiteração delitiva, por possuir um sentido semântico mais amplo, estaria mais próxima ao que seria um “gênero”, do qual habitualidade e profissionalismo seriam “espécies”. Reiterar remete à ideia de repetição. Como a reiteração delitiva extrapola o desvalor da reincidência e também o desvalor da continuidade delitiva (como acima destacado), e estas exigem necessariamente ao menos duas condutas criminosas distintas (separadas no tempo), a reiteração delitiva não se configuraria com menos de três crimes autônomos (separados no tempo e no contexto fático).

No contexto do confisco alargado, como a reiteração delitiva é prévia ao crime pelo qual o apenado foi condenado, pois é pressuposto da afetação de bens anteriormente adquiridos (considerados como produto de crimes anteriores), seria possível concluir que o apenado teria que ter cometido aos menos três crimes, antes do novo delito pelo qual restou condenado na ação penal em que se pretende o confisco alargado, para que se cogite de sua reiteração delitiva.

Habitualidade remete a constância, rotina, costume. Aquilo que se faz habitualmente refere-se a um comportamento comum e usual na vida de pessoa, incorporado em sua rotina cotidiana. Nesse sentido, habitualidade delitiva incorpora sentido que vai além da reiteração (portanto, exige mais do que três crimes pregressos): o indivíduo já reiterou de tal forma no cometimento de delitos que tal fato se tornou corriqueiro e costumeiro em sua vida. A perpetração delituosa não é apenas reiterada, mas já se tornou habitual. Logo, seriam necessários aos menos quatro crimes anteriores para sua configuração.

Profissionalismo remete a fonte de subsistência, meio de sustento, além de se opor à ideia de amadorismo. Portanto, profissionalismo criminal extrapola o desvalor

³⁰⁸ Quem atua nas lides penais se depara, de forma infelizmente costumeira, com decisões abusivas do órgão acusador ou mesmo do judiciário na utilização da habitualidade, profissionalismo ou reiteração delitiva para tolher pretensões defensivas, como, por exemplo, a não oferta de acordo de não persecução penal a investigado que possui apontamentos de inquéritos policiais em andamento em sua folha de antecedentes.

da habitualidade, já que traz em si a concepção de que o apenado, mais do que delinquir com alguma constância, vive precipuamente dos ganhos obtidos criminalmente.³⁰⁹ Sob essa perspectiva, se a ideia de profissionalismo criminal possui desvalor mais acentuado do que a mera habitualidade delitiva, seriam necessários ao menos cinco crimes anteriores para seu delineamento.

Assim, neste esboço conceitual, haveria uma gradação de gravidade da repetição delituosa: da reiteração delitiva, passando para a habitualidade delitiva até alcançar o profissionalismo delitivo.

Contudo, no contexto do confisco alargado de bens, não bastaria a constatação numérica de crimes anteriores como critério quantitativo, mas a este se agregaria um critério qualitativo: não é qualquer crime anterior que, mesmo considerada a reiteração e os demais requisitos legais, autorizaria a ablação patrimonial ampla do apenado.

Seriam igualmente exigíveis mais três características: I) necessitaria se tratar de crime anterior também com conotação econômica (ou seja, delito que vise ganho lucrativo), sob pena de desvinculação lógica com a consequência de considerar o patrimônio incongruente como produto de crime; II) os crimes anteriores demandariam uma conexão temporal com a aquisição do patrimônio afetável pelo apenado (ou seja, não seriam invocáveis, para fins de satisfação do *standard* probatório, delitos cometidos há longa data, ou demasiadamente distantes, no tempo, do acréscimo patrimonial incongruente do apenado)³¹⁰; III) os crimes anteriores demandam certa gravidade para serem utilizáveis na conformação do *standard* probatório do confisco.

Quanto a esta terceira característica qualitativa do crime anterior que justifica o confisco, baseia-se em um juízo de proporcionalidade. Dada a grande intensidade da carga aflitiva decorrente do confisco alargado de bens, mostrar-se-ia incongruente que infrações penais anteriores de pequena monta ou de baixa ofensividade (tais como

³⁰⁹ Sobre isso, é interessante destacar que o art. 105 do Código Penal italiano diz expressamente que, para a configuração do profissionalismo delitivo, é exigido, entre outros requisitos, que “*se deve considerar que o condenado vive habitualmente, ainda que parcialmente, do produto do crime*” (tradução livre).

³¹⁰ Conforme será desenvolvido no tópico deste capítulo atinente ao contingenciamento temporal do patrimônio afetável, apenas bens que integram o patrimônio do apenado, que tenham sido adquiridos nos cinco anos anteriores ao crime pelo qual foi condenado, podem ser atingidos pelo confisco alargado de bens. Portanto, diante da necessidade de conexão temporal, também os crimes anteriores devem estar restritos a esse quinquênio.

contravenções patrimoniais ou delitos culposos, por exemplo) autorizassem a constrição patrimonial alargada. Ademais, a elevada carga de reprovabilidade ínsita aos conceitos de reiteração, habitualidade e profissionalismo delitivo não se coadunaria com o cometimento anterior de infrações de somenos gravidade.³¹¹

Mas qual seria o parâmetro objetivo para aferição do nível de gravidade (dos delitos anteriores) necessária à validação desse *standard* probatório suficiente à constrição patrimonial do apenado? No âmbito do confisco alargado de bens, seria o critério eleito pelo próprio legislador para a delimitação da imputação que atrai a incidência deste efeito da condenação: crimes com possuam pena máxima cominada superior a seis anos de reclusão.

Esses seriam, em linhas gerais, os critérios (quantitativos e qualitativos) a serem observados para a delimitação da reiteração, habitualidade ou profissionalismo delitivos do apenado, condenado por crime com conotação econômica, de modo a autorizar o confisco dos bens incompatíveis com sua renda lícita, ainda que inexista prova específica da origem ilícita do bem confiscável. Isto porque a reiteração delitiva (aqui dita em sentido lato, englobando suas espécies) implicaria um juízo de alta probabilidade da proveniência ilegal do patrimônio incongruente. E a alta probabilidade (da ilicitude do bem) satisfaz o *standard* probatório menos rigoroso cabível para a ablação patrimonial.

A inexigência de prova cabal e inequívoca da ilicitude do bem – ou seja, a desnecessidade de observância do *standard* concernente ao *beyond a reasonable doubt* – não é novidade no Direito Penal brasileiro. Mostra-se vantajoso, nesse ponto, um raciocínio paralelo com a análise da exigência probatória cabível para o “crime antecedente” no delito de lavagem de capitais.³¹²

³¹¹ Quanto a isto, é interessante destacar que um certo nível de gravidade do crime anterior, para justificar o enquadramento na categoria da habitualidade delitiva, é exigido expressamente pela legislação italiana na conceituação legal trazida por seu Código Penal.

³¹² A estrutura típica central da lavagem de capitais, prevista no art. 1º da Lei nº 9.613/1998, criminaliza a conduta de quem oculta ou dissimula a origem de bens, direitos e valores provenientes de uma infração penal anterior. Assim, o agente incorpora ao seu patrimônio bens de origem ilícita, dissimulando ou ocultando tal proveniência, à semelhança do que ocorre no confisco alargado previsto no art. 91-A do Código Penal, no qual o apenado possui em seu patrimônio bens incongruentes com uma aquisição por renda lícita e, portanto, considerados produtos de crime.

Aliás, não apenas a lavagem de capitais, mas também o crime de receptação guarda notável semelhança com a estrutura normativa do confisco alargado de bens.³¹³ O instituto do art. 91-A do Código Penal parte da premissa de que o apenado possui em seu patrimônio bens de origem ilícita (e, portanto, confiscáveis). No mesmo sentido, o art. 180 do Código Penal tipifica a conduta de quem adquire, recebe ou oculta em seu patrimônio coisa que sabe ser produto de crime. Nesse ponto, assim como para a lavagem prevista na Lei nº 9.613/1998, a jurisprudência pátria não exige, para a configuração da receptação, a prova inequívoca da infração anterior (ou mesmo ação penal ou condenação do autor do crime antecedente): os indícios da origem criminosa do bem bastam para que aquele que o adquire dolosamente responda pela receptação.

O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou tal entendimento, ao afirmar que *“a lavagem de dinheiro, assim como a receptação é, por definição um crime derivado, acessório ou parasitário, pressupõe a ocorrência de um delito anterior. (...) Inexiste a necessidade de que o autor do crime antecedente tenha sido condenado. Bastam indícios (CPP, Art. 239) da ocorrência do crime antecedente”* (APn 927 / DF – Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI - Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento: 01/06/2022 - Data da Publicação/Fonte: DJe 10/06/2022).

A doutrina caminha em igual raciocínio, conforme se observa no exemplo de Cleber Masson sobre a receptação de um veículo furtado, em que basta a juntada de um boletim de ocorrência relativo ao furto para a persecução penal e condenação do receptor:

Exemplificativamente, se o inquérito policial foi instaurado para apurar a receptação de um automóvel furtado, o Delegado de Polícia deverá juntar aos autos um documento capaz de provar por qualquer modo o crime antecedente. Não há necessidade de prévio ajuizamento de ação penal, nem muito menos de condenação pela prática do crime anterior. Com efeito, a lei se contenta com a coisa “produto de crime”, não exigindo a condenação pela prática do crime anterior. Basta, assim, um boletim de ocorrência, ou mesmo a anotação no prontuário do veículo acerca da ocorrência do furto, pouco importando se é conhecido ou se foi punido o seu autor.³¹⁴

³¹³ Interessante observação sobre isto consta da própria exposição de motivos da Lei de Lavagem de Capitais, *in verbis*: *“Tanto a receptação como a lavagem e a ocultação caracterizam modalidades autônomas de aproveitamento de um delito anterior, cuja reação penal deve ser, por isso mesmo, independente do resultado do outro processo.”*

³¹⁴ MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial – vol. 2. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 598.

Quanto ao crime de lavagem de capitais³¹⁵, é a própria Lei nº 9.613/1998 que afirma a suficiência de indícios referentes à infração penal antecedente para a persecução penal da lavagem, sendo desnecessária, portanto, a prova plena (inequívoca) do delito anterior, conforme dispõe seu art. 2º, §1º, com redação dada Lei nº 12.683/2012: *“A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.”*

De se salientar que a exposição de motivos da Lei de Lavagem de Capitais afirma que, quanto à infração antecedente, seria exigível somente uma *“razoável base de materialidade”*:

Fiel aos princípios processuais garantidos pela Constituição e a legislação ordinária, o projeto não poderia induzir a situações que implicassem a absoluta autonomia entre o crime básico e a lavagem ou ocultação de seu produto. Trata-se de uma relação de causa e efeito que deve ser equacionada por meio de fórmula processual que, viabilizando a eficácia da incriminação do ilícito posterior, exija razoável base de materialidade do ilícito anterior. Segue-se daí a necessidade de a denúncia pelo delito de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores ser instruída com “indícios suficientes da existência do crime antecedente” (§ 1º do art. 2º). Tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis referidos pelo caput do art. 1º, sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria. Tal ressalva se torna óbvia diante dos progressos técnicos e humanos da criminalidade violenta ou astuciosa, máxime quanto à atomização da autoria em face da descentralização das condutas executivas.³¹⁶

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal validou o rebaixamento do *standard* probatório da infração penal antecedente ao crime de lavagem de capitais, ao afirmar que *“provas fundantes da imputação de outro crime figuram indícios do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro e, como tais, bastam ao recebimento de denúncia do delito consequente”* (HC 89739 - Órgão julgador: Segunda Turma -

³¹⁵ Prioriza-se nesta tese doutoral o paralelo traçado entre o confisco alargado e a lavagem de capitais, pois, não obstante a similitude também com a receptação, nesta o delito antecedente é perpetrado, via de regra, por outrem (mesmo porque, caso se tratasse do mesmo autor, a receptação seria mero exaurimento do crime anterior), diversamente da estrutura do confisco, que pressupõe o cometimento da infração antecedente pelo mesmo autor do crime lucrativo objeto da imputação.

³¹⁶ BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 9.613, de 1998. Disponível em <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao>. Acesso em 24.10.2024.

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 24/06/2008 - Publicação: 15/08/2008).

No mesmo sentido, valendo-se do conceito de “*prova dotada de eficácia persuasiva atenuada*”, ou “*prova semiplena*”, também a Primeira Turma da Suprema Corte fixou que “*para a instauração da ação penal ou para o ato de recebimento da denúncia, não se faz necessária a certeza quanto aos crimes antecedentes (...). A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.*” (HC 93368 - Órgão julgador: Primeira Turma - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 09/08/2011 - Publicação: 25/08/2011).

Na mesma esteira:

A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”, bastando que a denúncia seja ‘instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente’, mesmo que o autor deste seja ‘desconhecido ou isento de pena’. (STF - HC 94958 - Órgão julgador: Segunda Turma - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 09/12/2008 - Publicação: 06/02/2009).

A doutrina penalista brasileira igualmente admite um *standard* probatório menos rigoroso para que se considere que um bem decorreu de uma infração penal anterior, ao analisar o crime antecedente à lavagem de capitais. Em outras palavras: mesmo sem prova cabal e inequívoca, admite-se a conclusão de que um certo bem proveio de prática delitativa anterior, para ser considerado objeto material da lavagem (e, obviamente, também sujeito ao efeito de perdimento após a condenação do autor da lavagem de capitais).

Em análise específica do tópico, Thiago Colnago Cabral trabalha a suficiência de um juízo de probabilidade em seu artigo “O *standard* probatório do crime antecedente na lavagem de capitais”, no qual o autor também traça um paralelo entre o confisco alargado de bens e a ampliação das hipóteses de afetação de bens que sejam objeto de lavagem de capitais.

Em um primeiro momento, Colnago observa que o *standard* probatório da infração antecedente, para fins de condenação por lavagem, situa-se no que ele

chama de “alta probabilidade”, ainda que indicada pela genérica expressão de “indícios suficientes”. Considerando que, para a instauração da ação penal para apuração da lavagem, exigir-se-ia uma base probatória mínima relacionada ao delito antecedente, tal exigência se elevaria para uma condenação, dada a natureza progressiva dos *standards*, mas sem atingir o nível mais rigoroso da “prova para além da dúvida razoável”, visto que a caracterização da lavagem dispensa a condenação pela infração antecedente.³¹⁷

A partir disso, Colnago avança para a análise da (des)necessidade de prova cabal da vinculação direta entre o delito antecedente (demonstrado suficientemente por uma alta probabilidade) e um bem especificamente adquirido e incorporado ao patrimônio do agente, para também concluir, a partir do exame de precedentes do direito comparado e pela gradual modificação do regime legal do tratamento jurídico do perdimento de bens, pela prescindibilidade de satisfação de um *standard* probatório pleno.

Mediante análise da semelhança nos tratamentos jurídicos da lavagem de capitais no mundo, Colnago enfatiza a decisão *US versus Efrain Santos and Benedicto Diaz* no âmbito judicial norteamericano, no qual a Suprema Corte estadunidense, em caso de bens adquiridos a partir de receitas decorrentes do delito de loteria ilegal, “concluiu pela desnecessidade de estabelecer um liame específico entre cada operação e um determinado resultado financeiro”.

No âmbito europeu, a questão se encontra disciplinada em Diretiva da União Europeia (Diretiva nº 1673/2018), aprovada pelo Parlamento Europeu, que traz norma específica sobre a questão, ao dispor que, “com vista a que as medidas de direito penal sejam eficazes no combate ao branqueamento de capitais, deverá ser possível haver uma condenação sem que seja necessário determinar com precisão qual a atividade criminosa que gerou os bens, ou que haja uma condenação anterior ou simultânea por essa atividade criminosa, tendo simultaneamente em conta todas as circunstâncias e elementos de prova pertinentes”.

³¹⁷ CABRAL, 2021, p. 465-471.

Também a Suprema Corte espanhola, em exame de caso de bens lavados oriundos do tráfico de drogas³¹⁸, no qual a defesa dos acusados sustentava a violação à presunção de inocência pela ausência de prova cabal que vinculasse tais bens ao crime antecedente, o tribunal decidiu que “(...) *deve-se lembrar também que segundo a reiterada e constante doutrina jurisprudencial tanto do Tribunal Constitucional quanto do Supremo Tribunal Federal, o direito à presunção de inocência não impede que a condenação judicial em processo penal seja constituída com base em provas circunstanciais (...) desde que existam indicações plenamente credenciadas, relacionadas entre si e não distorcidas por outras evidências ou contra-indicações e as julgamento de inferência, de forma razoável (...)*”.³¹⁹

Tal entendimento é apoiado por Blanco Cordero:

La determinación de la procedencia criminal de los bienes no precisa de otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, no siendo necesario, por tanto, ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo.^{320 321}

Nesse sentido, voltando ao exame da hipótese no Brasil, mostra-se adequado afirmar que, além de incorporar as convenções internacionais que tratam a matéria, com vista a um tratamento mais rigoroso para a recuperação de ativos decorrentes de atividade criminosa, a legislação brasileira também denota essa gradativa mudança no regime legal do tratamento jurídico do produto do crime, passando a admitir em 2012 o confisco de bens lícitos, em sub-rogação aos ilícitos, bem como para expandir em 2019 o confisco para bens sem arrimo em renda lícita.³²² Tais fatores levam

³¹⁸ STS 148/2020, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal - Sede: Madrid - Sección: 1 - Fecha: 23/01/2020 - Nº de Recurso: 10502/2019 - Nº de Resolución: 677/2019 - Procedimiento: Recurso de casación - Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR - Tipo de Resolución: Sentencia.

³¹⁹ ESPANHA. Tribunal Supremo. Centro de documentação judicial. Disponível em <https://www.poderjudicial.es>. Acesso em 25.10.2024.

³²⁰ Tradução livre: “A determinação da origem criminosa dos bens não exige outros requisitos além da presença de uma atividade criminosa anterior de forma genérica, o que permite, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, a exclusão de outras possíveis origens. Portanto, não é necessário demonstrar completamente um ato criminoso específico que gerou os ativos ou os participantes específicos dele.”

³²¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. 4.ed., Pamplona-Navarra: Aranzadi, 2015, p. 429.

³²² CABRAL, 2021, p. 471-483.

Colnago a sustentar a aplicabilidade do *standard* da mera probabilidade para dispensar a prova plena da vinculação direta entre delito antecedente e bens objeto da lavagem:

Não há como deixar de perceber, então, uma redefinição político-valorativa da noção de produto de crime, retratada nas alterações legislativas promulgadas nos vários Estados nacionais e ainda em instrumentos internacionais, que acaba influenciando no *standard* probatório da infração antecedente na lavagem de capitais. Sob este enfoque, destarte, o *standard* de provas em relação à infração penal antecedente é o da probabilidade elevada, superior portanto aos indícios suficientes inerentes ao recebimento da denúncia, mas inferior ao para além de qualquer dúvida razoável próprio das sentenças condenatórias, incidindo não apenas em relação ao ilícito propriamente dito, mas também quanto ao estabelecimento de uma relação entre a conduta típica e o resultado auferido.³²³

Deve ser destacado que a definição do *standard* probatório do crime antecedente, para a condenação do agente pela lavagem de dinheiro, não é matéria pacificada na doutrina. O posicionamento acima exposto (critério da probabilidade) é uma corrente intermediária, que exige mais do que os simples “indícios suficientes” (como defendem Vladimir Aras e Ilana Martins Luz³²⁴ e, aparentemente, trata-se da posição de Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), mas, por outro lado, exige menos que a prova cabal além de qualquer dúvida razoável (como defendem Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini³²⁵).

Rampazzo Bowen adere à corrente intermediária de Colnago Cabral, ao ponderar que a exigência da prova cabal e inequívoca do crime antecedente, tal qual é exigível para a lavagem de capitais, acabaria por descaracterizar a autonomia entre os delitos (prevista expressamente no art. 2º, II, da Lei nº 9.613/1998), pois, “*se é necessário o standard probatório beyond any reasonable doubt – o mais rigoroso possível – perde o sentido de existir o processamento e julgamento autônomo das*

³²³ *Ibidem*, p. 482.

³²⁴ ARAS, Vladimir; LUZ, Ilana Martins. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei n 9.613/1998. São Paulo: Almedina, 2023, p. 97.

³²⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

*infrações*³²⁶; por outro lado, o autor reflete que a justa causa mínima quanto ao delito antecedente, cabível para o recebimento da denúncia, demandaria um reforço probatório ao longo da instrução criminal, para autorizar a condenação do agente por lavagem de capitais.

André Luís Callegari adota critério semelhante, em artigo no qual busca responder à indagação por ele formulada: *“pode haver uma sentença condenatória pelo delito de lavagem de dinheiro, ainda que não se julgue o crime antecedente que deu origem aos bens que foram lavados. Porém, baseado em que prova o juiz condenaria o sujeito acusado de lavar dinheiro?”* Após avaliar a aplicabilidade da exegese construída sobre o delito de receptação para a lavagem de capitais, Callegari parece também acompanhar posição intermediária, ao afirmar que seria exigível uma *“prova segura”* que propiciasse um *“convencimento acurado”* do julgador acerca do crime antecedente.³²⁷

Diante do que foi acima exposto, é possível concluir que, quanto ao crime de lavagem de capitais (assim como para o delito de receptação), não se exige prova plena da infração penal antecedente para que se considere a pecha de ilicitude sobre a origem dos bens objeto da lavagem. Nesse caminho trilham a própria legislação (ao prever a autonomia dos delitos e ao afirmar a suficiência de indícios de materialidade do crime antecedente para o processamento da lavagem), a jurisprudência de nossos tribunais superiores, a doutrina nacional majoritária e a análise amostral do direito comparado.

Nesse ponto, não se vislumbra violação à presunção de inocência, pois o agente não está sendo acusado da prática do crime antecedente e, portanto, não se vê submetido à possibilidade de penalização por tal delito (tal como ocorre no confisco alargado de bens). É importante destacar que a dicção do art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/1998 restringe o lastro indiciário do crime antecedente à materialidade, sendo irrelevante sua autoria (a norma diz textualmente que a circunstância de ser

³²⁶ BOWEN, Vitor Teixeira Rampazzo. Análise do standard probatório da infração antecedente enquanto critério de tipicidade objetiva ao crime de lavagem de dinheiro. 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2024, p. 30.

³²⁷ CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro e infração penal antecedente. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Outubro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/callegari-lavagem-dinheiro-infracao-penal-antecedente>. Acesso em 26.10.2024.

“desconhecido” o autor da infração antecedente em nada afeta a persecução penal da lavagem). Portanto, a probabilidade de ocorrência da infração antecedente – a partir de ponderada análise judicial sobre o conjunto de elementos probatórios coligidos nos autos da ação penal – atua apenas para impingir uma mancha objetiva de ilicitude nos bens objeto da lavagem, visando a formação de um fundado convencimento do julgador.

Assim, o *standard* probatório do delito antecedente se satisfaz com uma valoração de probabilidade para que recaia a mácula da ilegalidade sobre os bens afetáveis, afastando-se da exigência mais rigorosa da prova para além de qualquer dúvida razoável, inclusive quanto à desnecessidade de demonstração plena de um vínculo direto e específico entre o delito anterior e o bem que se incorporou ao patrimônio do agente. E, consoante alhures exposto, afigura-se viável a transposição de tal raciocínio para a afetação de bens pelo confisco alargado, pela similitude das estruturas normativas destes dois institutos jurídico-penais.

Sob o enfoque do art. 91-A do Código Penal (integrado pela disciplina do art. 63-F, §1º, da Lei nº 11.343/06), o *standard* probatório para o confisco alargado de bens – qual seja, a demonstração inequívoca da reiteração, habitualidade ou profissionalismo delitivos do apenado, sob os critérios (quantitativos e qualitativos) anteriormente expostos – em conjugação com a constatação da existência de patrimônio incongruente, em desproporção com a renda lícita do apenado (condenado por crime lucrativo grave), fornece um juízo de probabilidade elevada para que se possa validamente reputar a pecha da origem ilícita aos bens confiscáveis, qualificando-os como “produto de crime”, tal qual procedeu a Lei nº 9.613/1998.

6.4 Interpretação restritiva quanto ao patrimônio afetável

Na análise da interpretação conforme a Constituição do art. 91-A do Código Penal, submete-se a uma filtragem, pela principiologia constitucional, não apenas o contexto delitivo no qual se encontra o apenado, a partir de uma análise apartada dos três grupos de casos anteriormente expostos, mas também se sujeita a igual filtragem constitucional o exame do patrimônio afetável pelo confisco, de modo a delimitar quais

bens podem, de fato, ser validamente confiscados. Nesse ponto, podem ser identificados limites materiais e temporais para o perdimento dos bens do apenado.

6.4.1 Delimitação material

O patrimônio afetável pelo confisco alargado, segundo o art. 91-A do Código Penal, consiste nos *“bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”*.

Não obstante a propriedade, como direito real, seja um instituto jurídico regulado pelo Direito Civil (art. 1228 e seguintes do Código Civil), o dispositivo em comento traz uma definição especial de patrimônio, afirmando (§1º) que *“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”*.

Há, nestes dois dispositivos (*caput* e §1º), várias questões sensíveis. O primeiro ponto de relevo é que a identificação e a comprovação da incongruência patrimonial disposta no *caput* incumbem, como requisitos do confisco, integralmente ao órgão acusador. Esta incongruência decorre de dois elementos (ambos, portanto, sob o ônus probatório do Ministério Público): apuração do “patrimônio real” do agente e apuração do patrimônio que seria compatível com sua renda lícita.

A identificação deste “patrimônio real” já traz alguma dificuldade, diante do conflito normativo entre a definição de patrimônio do §1º do art. 91-A do Código Penal e a definição decorrente de sua sede própria de regulamentação (arts. 1238 a 1274 do Código Civil, que tratam as formas de aquisição da propriedade). Essa diversidade de tratamento implica, na prática, que um bem que efetivamente não pertence ao agente (diante da regulamentação civil da matéria) seja objeto do confisco alargado, o que remete a considerações sobre o princípio da intranscendência ou pessoalidade da pena.

Da mesma forma, com igual complexidade, é a identificação de um “*patrimônio compatível com o rendimento lícito*” do agente. Aqui não se trata de aquisição de bens formalizada, documentada ou mesmo provada nos autos: a norma cria a noção de um “patrimônio hipotético”, fictício, meramente vislumbrado pelo órgão acusador. A própria conceituação de “compatibilidade” traz algumas perplexidades, pois a norma não esclarece se o *quantum* deste patrimônio hipotético – a partir do qual se apuraria a diferença entre ele e o patrimônio real (este sim melhor quantificável) – seria determinado por valor exato (em um critério aritmético), por aproximação (em um critério de probabilidade) ou por estimativa (em um critério de proporcionalidade). É importante salientar que, pelo princípio do *favor rei*, deve ser privilegiado o critério que redunde no maior patrimônio hipotético possível do apenado.

Ainda quanto a este ponto, deve ser destacado que a baliza da desproporcionalidade tem sido invocada, pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, como a guia para a mensuração do patrimônio incongruente sujeito ao confisco. A professora italiana Federica Lusito chega a dizer que a desproporção (entre renda lícita e patrimônio) é a “pedra angular” da consideração da ilicitude que justifica o confisco alargado:

In questa ottica, il riferimento alla “sproporzione” tra il valore dei beni e il reddito, da carattere meramente esemplificativo, diviene il cardine della valutazione circa la provenienza illecita, così come precedentemente affrontato in tema di disciplina della confisca allargata.^{328 329}

Tal critério remete a uma incompatibilidade patrimonial que seja flagrante, perceptível à primeira vista. Em outras palavras, não bastaria a existência de uma diferença (ainda que de pequena monta) entre patrimônio real e patrimônio hipotético; deve haver uma clara desproporção nesta diferença. Novamente, o parâmetro da desproporção deve ser construído dogmaticamente, na falta de disposição legal. Exemplificativamente: um patrimônio real que seja 5% ou 10% superior ao patrimônio hipotético seria desproporcional? Em caso de resposta negativa, incumbirá ao intérprete da norma estabelecer um parâmetro de tal porcentagem. Fora a “zona

³²⁸ Tradução livre: “Nessa perspectiva, a referência à ‘desproporção’ entre o valor do patrimônio e a renda, de caráter meramente exemplificativo, torna-se pedra angular da avaliação quanto à origem ilícita, conforme abordado anteriormente no tema da disciplina do confisco ampliado.”

³²⁹ LUSITO, 2022, p. 137.

cinzenta” da maleabilidade subjetiva, é possível afirmar que qualquer múltiplo (dobro, triplo, quádruplo etc) atrairia a conclusão de desproporcionalidade.

Ademais, a dificuldade de tal mensuração se incrementa porque a singeleza da menção à “diferença” entre o patrimônio apurado e renda lícita – como se tratasse de mera operação matemática de subtração – esconde o fato de que um patrimônio não é construído, em regra, de forma instantânea, de modo que não basta ao Ministério Público apurar a renda lícita “atual” do acusado, mas toda a história laboral lícita do mesmo (o que, repita-se, incumbe exclusivamente ao acusador). E, sobre a projeção do que o apenado recebeu (rendimentos) ao longo dos anos, é necessário computar acréscimos patrimoniais a título gratuito (igualmente lícitos), correção monetária, valorização (imobiliária e mobiliária) etc.³³⁰

Isto posto, expostas estas (problemáticas) ponderações preambulares, é viável estabelecer algumas restrições ao patrimônio afetável.

Destaca-se, de plano, a restrição vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal como um dos fundamentos de nossa República; assim, é uma diretriz que se irradia por todo o sistema jurídico, inclusive – e especialmente – o Direito Penal. Por tal razão, qualquer penalista o inclui entre os princípios penais reitores das ciências penais. Dada a sua amplitude semântica, trata-se de norma por vezes mal compreendida, mas sempre invocada em uma multiplicidade de hipóteses, somente equiparáveis à imensidade de seu vilipêndio. Sobre tal princípio, Artur Cortez Bonifácio assim dispõe:

[...] é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais.³³¹

³³⁰ Conforme se percebe, a pretendida facilitação probatória ao Ministério Público, com a instituição do confisco alargado de bens, para retirada de bens do apenado, não consiste em atribuição necessariamente facilitada pela lei.

³³¹ BONIFÁCIO, Arthur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 174-175.

Sob a perspectiva histórica, a noção de que o ser humano possui um valor por si mesmo, inato, ganhou contornos mais claros a partir do avanço da teologia do cristianismo, que, ao colocá-lo como imagem e semelhança do próprio Deus, conferiu-lhe um valor espiritual. O significado de ser uma pessoa, a partir dos atributos de individualidade e racionalidade, foi trazido por Boécio entre os anos de 513 e 519 d.C., em seu opúsculo teológico *Contra Euthychen et Nestorium*, quando firmou o postulado do ser humano como *naturae rationabilis individua substantia* (em tradução livre: uma substância individual de natureza racional).³³²

Posteriormente, no século XIII, Tomás de Aquino, ao tratar da natureza do homem em sua *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 3, dispôs tratar-se o homem do ser mais perfeito em toda a natureza, em função de sua racionalidade – *persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*³³³ – fixando assim o postulado da dignidade do ser humano.³³⁴

A partir disto, a dignidade como um valor intrínseco do ser humano passou a ser juridicamente incorporada pelos ordenamentos e concebida como um limite da atuação estatal, precipuamente no condicionamento de seu poder punitivo. Denotando a dignidade humana como um núcleo impenetrável pelo Estado, Beccaria alerta que “*não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa*”.³³⁵

Luiz Regis Prado ensina que o princípio da dignidade humana realiza o deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, para equilibrar a relação entre liberdade e autoridade, pois, em verdade, somente a observância da dignidade legitima a autoridade:

Como bem se adverte – sobretudo no Direito Penal –, a pessoa humana deve ocupar uma posição absoluta e central, não puramente retórica, mas concreta e operativa. [...] O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o

³³² PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 244.

³³³ Tradução livre: “*Pessoa significa aquilo que é mais perfeito em toda a natureza, aquilo que subsiste na natureza racional.*”

³³⁴ MELINA, Livio. Sharing in Christ's virtues: for a renewal of moral theology in light of Veritatis splendor. Translated by William E. May. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2001, p. 69-70.

³³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 316.

Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se, assim, “*um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade*”.³³⁶

Assim, quando o legislador constituinte de 1988 estabelece, como valor máximo do ordenamento, a “dignidade da pessoa humana”, ele fixa de imediato uma diretriz básica: a dignidade é um atributo do ser humano, ou seja, um predicado inato à qualidade humana, decorrente de uma opção política humanista, na qual nossa Constituição Federal atribui a qualquer indivíduo um valor intrínseco ao simples fato de ser humano: ele possui dignidade a ele imanente e, mais do que isso, precisa ser tratado de modo digno.

A contrario sensu, nossa ordem constitucional veda que qualquer ser humano seja considerado indigno ou tratado indignamente, o que independe de qualquer qualificação imaginável (seja por gênero, cor, etnia, orientação religiosa ou sexual etc) ou por qualquer dado circunstancial (esteja ele solto ou preso, condenado ou inocentado). Aqui o princípio da isonomia é elevado à sua máxima potência: se, para outras considerações, os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade, segundo a lógica aristotélica, aqui, quando se trata de perquirir sua dignidade, não há desiguais, pois o atributo humano nos iguala como espécie. Portanto, todos os seres humanos são dignos.

Enquanto a primeira diretriz deste princípio fixa um atributo ínsito a qualquer indivíduo, a segunda diretriz dele extraível cria um limite de atuação do Estado. O poder constituinte originário restringiu o âmbito de deliberações legislativas, administrativas e judiciais dos poderes constituídos, criando uma barreira que não pode ser por eles transposta em nenhuma hipótese: todo ser humano precisa ser considerado e tratado com dignidade. Daí se concluir que ele é o fim em si mesmo de toda e qualquer atividade estatal, jamais um meio para atingir qualquer finalidade, por mais nobre que seja ela, inclusive o enfrentamento à criminalidade. A dignidade do ser humano não pode ser afastada ou relativizada sob qualquer justificativa, pois isto implicaria a coisificação da pessoa, o que redundaria na própria perda da razão de ser

³³⁶ PRADO, *ob. cit.*, p. 244.

do Estado. Em suma: o Estado, com todo o seu aparato, deve servir ao resguardo da dignidade da pessoa humana e não o contrário.

Com extrema pertinência, Luiz Regis Prado coloca que “*toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional*”; prossegue o autor acerca da força irradiadora deste princípio:

A propósito dos valores constitucionais, convém dizer que têm uma tríplice dimensão: (a) *fundamentadora do conjunto de disposições e instituições constitucionais* e do ordenamento jurídico – núcleo básico e informado do sistema jurídico-político; (b) orientadora da ordem político-jurídica a determinados fins e metas e (c) *crítica*, como critério ou parâmetro idôneo de valoração de fatos ou condutas. Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite *mínimo vital* à intervenção jurídica. [...] Observa-se, ainda, que a força normativa desse princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.³³⁷

Igual raciocínio perfilha Artur de Brito Gueiros Souza, ao ponderar que a dignidade da pessoa humana, como limite à atuação do Poder Público, coloca o ser humano como o fim último de qualquer atividade estatal, o que, no âmbito do Direito Penal, impede punições meramente simbólicas (ou seja, aplicação de qualquer tipo de restrição ao patrimônio jurídico do apenado que não vise a tutela de um bem jurídico), bem como veda o tratamento do apenado como um “não portador de direitos”:

Substancialmente, dignidade humana importa no reconhecimento do ser humano não como coisa, mas, sim, como pessoa: não como meio, mas como fim da atividade estatal. A partir daí, pode-se falar no surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer. [...] Sob outra vertente, observe-se que a dignidade humana se associa com o princípio da proporcionalidade, isto é, tem-se que aquele postulado pode vir a ser violado por uma lei que crie uma criminalização simbólica (isto é, sem relação com um bem jurídico relevante), ou por uma lei que agrave desmesuradamente uma pena (tratando, o infrator, como um não portador de direitos).³³⁸

³³⁷ PRADO, *ob. cit.*, p. 245-246.

³³⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 50-51.

Resta claro, portanto, que o enfrentamento à criminalidade econômica organizada não autoriza o afastamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, portanto, limita a extensão da ablação patrimonial do apenado, independente da existência de qualquer renda lícita que suporte seu patrimônio. Tratar o apenado com dignidade impõe a manutenção dos bens necessários a uma vida digna para si e sua família, o que se coaduna com a preservação do núcleo intangível de seu direito fundamental de propriedade, sob a hermenêutica restritiva já anteriormente referenciada.

Assim, além da preservação dos bens necessários às *“necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”* (art. 7º, IV, Constituição Federal), pode-se especificar que seriam inatingíveis pelo confisco alargado aqueles bens considerados pela legislação como impenhoráveis, a partir de uma analogia com o dispositivo legal (art. 833 do Código de Processo Civil) que já realizou uma valoração prévia do que um indivíduo não pode ser privado.

Destaco alguns deles: *“os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”*; *“os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor”*; *“os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado”*; *“a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família”*; *“a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos”*³³⁹.

³³⁹ Ressalve-se que o chamado “bem de família” (igualmente impenhorável por força do art. 1º da Lei nº 8.009/1990) fica, em princípio, excluído dos bens aqui considerados como não confiscáveis, eis que a própria lei que o disciplina prevê que sua impenhorabilidade não é oponível quando tiver sido *“adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”* (art. 3º, VI, Lei nº 8.009/1990). Ademais, o art. 4º da referida lei afasta a proteção do bem de família quando o apenado, maliciosamente, adquire um imóvel mais valioso apenas para frustrar o confisco alargado, hipótese em que o julgador poderá transferir a impenhorabilidade para a moradia anterior do apenado.

Além da dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da personalidade da responsabilidade penal (ou intranscendência da pena) também implica restrições ao objeto do confisco alargado de bens do apenado.

Em primeiro lugar, não se pode ignorar que, havendo companheira(o) (em união estável), ou esposa(o), sob o regime de comunhão de bens (universal ou parcial), afasta-se do confisco os bens que, estando ou não em nome do apenado, integram o patrimônio alheio ou a meação do patrimônio comum. A interpretação do inciso I do §1º do art. 91-A – o qual afirma que integra o patrimônio do apenado os bens **“de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto”³⁴⁰**, na data da infração penal ou recebidos posteriormente” (sem grifo no original) – não deve ir ao ponto de prejudicar terceiro alheio à lide penal.

Insta ressaltar que as convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário – e que veementemente recomendaram e impulsionaram a adoção de um mecanismo alargado de confisco de bens – sempre ressalvaram a necessidade de preservação dos direitos dos terceiros de boa fé, ao afirmarem textualmente que o dispositivo referente ao confisco de bens **“não poderá ser interpretado em prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé”**, o que, ademais, configura princípio geral do Direito.

Certo é que o apenado, em regra, terá domínio e benefício direto ou indireto quanto os bens do patrimônio comum do casal, o que, pela letra da norma acima

³⁴⁰ Não deve passar despercebida a necessidade de crítica à menção legal referente a **“benefício indireto”**, expressão demasiadamente vaga, não conceituada e inexplicada pela lei. O inciso I do §1º do art. 91-A do Código Penal dispõe sobre o que integraria o patrimônio “real” do apenado, fazendo referência a duas categorias: I) os bens de sua titularidade (aqui estariam os bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais, adquiridos pelo apenado e dos quais tem a propriedade, pelas formas civis de aquisição); e II) bens sobre os quais o apenado tenha o domínio e o benefício (direto ou indireto). Essa segunda categoria parece fazer referência implícita ao possuidor, ou seja, **“todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”** (art. 1196 do Código Civil), poderes estes que se resumem à **“faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”** (art. 1228 do Código Civil). A menção da norma penal a **“benefício direto ou indireto”** sinaliza, nesse sentido, seu propósito de abarcar as figuras do possuidor direto e do possuidor indireto, disciplinados no art. 1197 do Código Civil, *in verbis*: **“A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”**. De todo modo, a norma penal (art. 91-A, §1º, I, CP) equipara as figuras de proprietário e de possuidor na pessoa do apenado, com sensíveis repercussões no âmbito cível, as quais escapam ao objeto deste estudo, mas, de qualquer forma, serão solucionadas também na esfera cível, possivelmente por meio da reparação das perdas e danos entre o apenado (sobre quem recairá o perdimento do bem) e o terceiro com o qual ele estabeleceu relação civil.

transcrita, autorizaria o confisco de tais bens. Contudo, a perda dos mesmos prejudicaria diretamente a(o) companheira(o) ou esposa(o), o que violaria a diretriz constitucional da intranscendência. Destaque-se que a Constituição Federal excepciona apenas os bens transferidos em caso de sucessão, o que não é a hipótese da meação.

Igual raciocínio se impõe quanto ao inciso II do art. 91-A, §1º, que trata da transferência de bens a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória. A mudança de titularidade do bem não deve ser considerada nula – inclusive prejudicando direito de terceiros – pelo mero ato de transferência. Isso porque o inciso visa evitar a fraude ao Judiciário com a ocultação de bens. Mas nem toda transferência possui tal escopo e, ademais, não se poderia presumir a intenção de frustrar o perdimento judicial por um possível dolo de ocultação conluiada entre transmitente e recebedor do bem. E, como a ocultação da propriedade de um bem de proveniência ilícita tem previsão típica (art. 1º da Lei nº 9.613/1998), o inciso II do art. 91-A, §1º, do Código Penal não poderia ser interpretado como uma presunção de autoria delitiva em desfavor do recebedor do bem transmitido pelo apenado. Assim, para que seja decretado o confisco do bem transmitido, é necessária prova do intento de ocultação patrimonial, a cargo do Ministério Público.³⁴¹

Em todas essas hipóteses em que o bem visado pelo confisco alargado não se encontra na propriedade do apenado, mas de um terceiro, surge um aparente “conflito de presunções” em relação à titularidade do patrimônio, pois o artigo 1231 do Código Civil dispõe que *“a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”* (ou seja, apenas uma prova concreta poderia afastar tal presunção), enquanto o artigo 91-A, §1º, do Código Penal cria uma presunção inversa, no sentido de que pertenceria ao “patrimônio real” do acusado aqueles bens em nome de terceiros, nas situações ali previstas.

Ainda que seja possível, em tese, aplicar o critério da especialidade para solucionar tal conflito de normas, tendo em vista ser a norma penal especial – o que criaria um conceito de patrimônio exclusivo para o Direito Penal – não se pode ignorar

³⁴¹ Mesmo sob uma exegese mais permissa ao confisco do bem transferido, deve ser considerado que, ainda que se interprete que o inciso II sob enfoque crie uma “presunção relativa de ocultação”, restaria inequívoco que o acusado pode fazer prova em contrário, demonstrando a boa fé e consequente validade da transferência, excluindo o bem da possibilidade de confisco.

que a norma penal não poderia incidir sobre o terceiro, sobre quem não recai qualquer imputação e tem a tutela do seu patrimônio resguardada pelo Direito Civil. Prejudicar um terceiro que não cometeu qualquer infração violaria o princípio da personalidade da responsabilidade penal. Portanto, impor-se-ia aqui exigir do Ministério Público o ônus probatório de demonstrar o conluio do terceiro com o acusado para a ocultação do chamado “patrimônio real” deste.

6.4.2 Contingenciamento temporal

Por força dos princípios da legalidade estrita e da individualização da pena, é necessário delimitar qual patrimônio pode ser efetivamente atingido pelo confisco alargado, também sob o aspecto temporal.

A legalidade – sintetizada no brocardo síntese do brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*” – rechaça a arbitrariedade e a imprevisibilidade, conferindo segurança ao indivíduo, de modo que este saiba que, caso incorra em determinadas situações (claramente descritas), poderá sofrer taxativas consequências (adequadamente individualizadas). Assim ensina Paulo Queiroz sobre o princípio da legalidade:

Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade individuais.³⁴²

O conhecimento exato das consequências de seus atos, decorrente da legalidade estrita, é complementado pela necessidade de individualização da pena, destacando aqui o papel do legislador em particularizar a sanção. Bitencourt bem explica a questão ao afirmar que a adequada determinação da pena pela lei visa a mitigação do arbítrio judicial: “*a iniquidade que resultava do exercício arbitrário do*

³⁴² QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.

*‘poder de julgar’ constituiu um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare de Beccaria visando a reforma do Direito punitivo’.*³⁴³

Em função de tais princípios, e ausente a delimitação necessária pelo legislador, impõe-se a construção de parâmetros dogmáticos para a individualização dos bens que podem ser confiscados por força do art. 91-A do Código Penal, agora sob o aspecto temporal.

Preponderam aqui duas questões: a partir de quando o confisco alargado é aplicável (marco temporal de incidência da norma) e qual é o limite da retroação do julgador na apuração do patrimônio incongruente (marco temporal de averiguação patrimonial). A primeira questão se subdivide em duas, em função do tempo do crime e do tempo da aquisição patrimonial. Observe-se cada um destes contingenciamentos temporais.

Quanto ao marco de incidência da norma, em face do tempo do crime, os defensores da natureza civil do confisco alargado entendem que seria ele aplicável inclusive a delitos cometidos antes do advento da Lei nº 13.964/2019. Assim sustenta Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

É importante registrar que o ‘confisco alargado’ está alinhado com a natureza civil e com a ausência de caráter sancionatório, razão pela qual não se mostra incidente a garantia da irretroatividade penal prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição.³⁴⁴

Todavia, diverge-se de tal entendimento. Sedimentada a natureza híbrida da norma, a qual possui relevante cunho penal, não se pode afastar o princípio constitucional da irretroatividade da norma penal mais gravosa. Portanto, considerando que o art. 91-A do Código Penal configura, com precisão, uma norma penal mais gravosa, instituindo um novo efeito da condenação, mais gravoso ao apenado, impera a conclusão de que a incidência do confisco alargado de bens somente é possível para crimes ocorridos posteriormente ao início da vigência da Lei nº 13.964/2019.

³⁴³ BITENCOURT, 2020, p. 550.

³⁴⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Confisco alargado. Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso em 05.08.2020.

Mas não somente o crime precisa ser posterior ao advento da novel norma penal. Em relação ao marco de incidência da norma, em face do tempo da aquisição patrimonial, é possível concluir que também a aquisição do patrimônio precisa ser posterior à Lei nº 13.964/2019. Não em razão do princípio da irretroatividade penal mais gravosa, mas em função da tutela constitucional ao direito adquirido. Afirma a Constituição Federal que “*a lei [no caso, a Lei nº 13.964/2019] não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 5º, XXXVI).

Em regulamentação do dispositivo, o Decreto-lei nº 4.657/1942 (a conhecida “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”), com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010, assim disciplinou:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...)
 § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

O direito adquirido, que possui tutela constitucional e status de cláusula pétrea, é decorrência do princípio da irretroatividade das leis, que, por sua vez, é uma imposição do valor constitucional da segurança jurídica. A ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, em artigo sobre o tema, bem explicou a função do princípio do direito adquirido:

É que se estabeleceu, na doutrina e na jurisprudência, que a situação jurídica que já se tenha aperfeiçoado sob o império de uma lei não pode ser desconstituída, ou atingida, em seus efeitos típicos, pelo advento de uma nova regra de direito. Urge, pois, saber quando o ciclo de aperfeiçoamento da situação juridicamente cuidada completou-se, excetuando-se, a partir de tal implemento, o tratamento legal superveniente e, principalmente, conhecer-se quais os efeitos típicos que não podem ser atingidos pelo regramento posterior e quais os que podem ser estancados, sem comprometimento ou agressão ou pela não aplicação do princípio do direito adquirido. (...)
 Tem-se assentado na teoria do direito que, em princípio, a lei não retroage, a dizer, a norma jurídica não atinge a situação completada sob a égide da regra anteriormente vigente. A irretroatividade das leis embasa-se na busca de segurança jurídica, conforme acima salientado, devendo esta garantia de estabilidade envolver as relações jurídicas de modo a impedir o seu comprometimento que ocorreria se o advento de lei nova atingisse situações precedentemente formadas.
 Nesse sentido, preleciona KOHLER, citado por CLOVIS BEVILAQUA: “toda a nossa cultura exige certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar”.

Esta busca de segurança jurídica traduziu-se na impossibilidade de retroagirem as leis para atingir situações preteritamente constituídas, firmando-se, basicamente, assim, o princípio do direito adquirido.³⁴⁵

Assim, diante da necessidade de estabilização das relações jurídicas, em qualquer âmbito do Direito, a tutela do direito adquirido inibe que uma lei nova possa desconstituir um direito já consolidado antes de seu advento. Portanto, aquele que adquiriu a propriedade de um bem (móvel ou imóvel), em consonância com uma das formas de aquisição previstas na lei civil, e encontra-se em pleno exercício das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, possui direito adquirido sobre o bem, de modo que uma lei nova não pode afastar seu direito.

Assim, para o patrimônio adquirido pelo apenado antes do advento da Lei nº 13.964/2019, somente poderá perder a propriedade por uma das formas de perdimento alhures analisadas – no âmbito das possibilidades de perda previstas no Direito Civil, Administrativo, Tributário e inclusive Penal – mas não pelo confisco alargado de bens.³⁴⁶

Por fim, quanto ao marco temporal de averiguação patrimonial, o art. 91-A do Código Penal não dispõe sobre o limite de retroação da persecução penal para a apuração do patrimônio do apenado. Poderia, exemplificativamente, ser confiscado um imóvel adquirido há 20 ou 30 anos pelo apenado?³⁴⁷ A necessidade de existência de uma limitação (a revelar a atecnia do dispositivo) decorre da consideração de que não seria razoável conceber que a sentença pudesse decretar a perda de um bem adquirido pelo acusado e incorporado ao seu patrimônio há décadas. Então, qual o

³⁴⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. R. Inf. Legisl. Brasília. Ano 26. Nº 103. Jul/set 1989. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>. Acesso em 18.01.2024. P. 03-04.

³⁴⁶ Poder-se-ia contra-argumentar que não se adquire direito contra a lei e, portanto, inexistiria “direito adquirido” à manutenção de um patrimônio ilícito. Diverge-se de tal argumento. O patrimônio incongruente do agente, afetável pelo confisco alargado, somente adquire a pecha de “ilícito” com o advento da Lei nº 13.964/2019; portanto, antes do advento de tal lei, nem sequer se poderia chamar de “ilícito” tal patrimônio incongruente. Nesse ponto, se é a nova lei que cria tal ilicitude patrimonial, ela somente reputará esta qualificação para os bens adquiridos após sua promulgação, sob pena de violação à garantia constitucional de proteção ao direito adquirido.

³⁴⁷ Dada a restrição anteriormente imposta, decorrente do direito adquirido, a questão agora suscitada tem função para uma aplicação do confisco alargado no futuro. Ou seja, para os bens adquiridos a partir da Lei nº 13.964/2019, busca-se a delimitação de um marco temporal de retroação.

limite? Ausente previsão na disciplina legal do instituto, a resposta há de ser buscada por meio da técnica da integração analógica.

Sob o aspecto da interpretação histórica, o anteprojeto do Ministério Público Federal – não aprovado, mas que evoluiu para a “lei anticrime” – previa uma delimitação de cinco anos para atingimento dos bens do acusado³⁴⁸. Também no Direito Comparado se observa que tal prazo quinquenal é corriqueiro para restrição dos bens atingíveis, como se observa nos ordenamentos lusitano e britânico, comumente sob a invocação da prescrição tributária³⁴⁹.

A analogia tributária se estabelece porque, à semelhança do regime fiscal, o confisco alargado de bens se coloca como uma função arrecadatória do Estado, na reorganização da licitude patrimonial do indivíduo. Neste ínterim, sendo a prescrição tributária brasileira também de cinco anos (art. 174 do Código Tributário Nacional), seria razoável conceber ser este quinquênio o limite temporal para o atingimento dos bens do acusado.³⁵⁰

Por fim, uma última questão merece análise. O inciso I do §1º art. 91-A coloca que são bens sujeitos ao confisco inclusive aqueles “*recebidos posteriormente*” à infração penal.

Além da atecnia da previsão legal, pois também não limita temporalmente o que seria este recebimento “posterior” (um bem adquirido anos após o crime poderia ser confiscado?), há aqui uma ruptura com a própria ideia do confisco alargado de bens. Isto porque o confisco é um olhar para o passado. Tendo a data do crime como marco, apura-se, até aquele momento, o que o apenado possuía como patrimônio real e o que seria compatível com seu rendimento lícito. A diferença constatada seria tida como produto de crime, ou seja, a lei presumiu que o apenado teria cometido delitos

³⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. Boletim IBCCrim. Boletim 277, Dezembro de 2015.

³⁴⁹ TEIXEIRA, 2020, p. 62-63.

³⁵⁰ Além da analogia tributária, outro parâmetro limitador seria igualmente oponível: o prazo de usucapião de bens móveis e imóveis no caso da posse de má fé, pois, se o indivíduo adquire originalmente a propriedade do bem mesmo de má fé, não faria sentido ser tolhido desta propriedade se exaurido tal prazo. Consolidada a propriedade pelo decurso do tempo, não poderia a nova lei afastar tal direito. Seria aplicável, assim, em tese, a restrição temporal mais favorável ao acusado no caso concreto. Todavia, este outro parâmetro é meramente teórico, visto que o prazo quinquenal abstraído da analogia tributária se mostra mais vantajoso ao apenado, em função da elasticidade dos prazos de usucapião previstos na legislação brasileira.

anteriores e a partir disso construído seu patrimônio incongruente. A interpretação restritiva da hipótese legal já foi exposta. Mas, na questão ora levantada, a própria presunção é diversa: poderia a norma presumir que o acusado perpetrou crime posteriormente ao fato delituoso a ele imputado? Ou presumir que, mesmo cessado o fato delituoso, bens que vierem a ser adquiridos posteriormente pelo agente decorrem daquele?

Certamente que não. Se um bem é adquirido pelo acusado posteriormente à perpetração do crime pelo qual restou condenado, tal bem somente é confiscável sob a égide do art. 91, II, “b”, do Código Penal, ou seja, caso a acusação comprove que se trata de produto ou proveito do crime (vínculo direto e imediato com o crime). O confisco alargado não se aplica à hipótese. Lado outro, se o bem adquirido posteriormente ao crime não é seu produto ou proveito (confisco tradicional), não se admite presunção de delito posterior, tratando-se, portanto, de aquisição presumivelmente lícita.

Ademais, se um bem adquirido em ocasião posterior ao crime perpetrado também pudesse receber a pecha de suspeição de sua proveniência, sujeitando-se à possibilidade de confisco, seria possível vislumbrar que o cometimento do crime implicaria uma espécie anômala de relativa “incapacidade civil” do agente para aquisição de bens, sujeitando ao perdimento os bens decorrentes dos negócios jurídicos por ele realizados. Ou seja, quem cometeu crime com pena máxima superior a seis anos não poderia exprimir sua vontade de adquirir um novo bem, como se a incursão delitiva se enquadrasse na hipótese de incapacidade civil relativa prevista no art. 4º, III, do Código Civil³⁵¹, o que seria uma conclusão nitidamente inconcebível.

Nesse sentido, é viável ponderar que este confisco de bens adquiridos após o crime incorre em proibição de excesso (*übermassverbot*), vedada pelo princípio da proporcionalidade, lembrando o que bem ressaltou Nery Júnior, ao afirmar que “*toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente, precisará observar a proibição de excesso (...)*”³⁵²

³⁵¹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (...).

³⁵² NERY JUNIOR, 2019, p. 375.

Assim, quanto à aquisição de bens que ocorra posteriormente ao crime, seria necessário averiguar a natureza do delito: em se tratando de crime instantâneo, o patrimônio afetável deve ser aquele possuído pelo agente ao tempo do fato delituoso; apenas em delitos permanentes se conceberia, em tese, a afetação de bens adquiridos posteriormente. Todavia, neste caso, o produto ou proveito do crime, adquirido antes de cessada a permanência, já desafiaria o confisco tradicional (art. 91, II, “b”, Código Penal).

Portanto, como o art. 91-A justifica o confisco sob o fundamento de que o bem incongruente se trataria de produto ou proveito de crime, considerando, por outro lado, que a lei não poderia realizar uma projeção de sua presunção para o futuro, em ofensa à presunção de inocência, não há possibilidade remanescente de decretação de perdimento alargado de bem adquirido posteriormente ao crime.

6.5 Conclusões parciais

Neste capítulo foi exposta a tese do trabalho, a partir de todas as considerações anteriores sobre as modalidades de confisco, sua evolução histórica na legislação brasileira, as reflexões sobre a natureza jurídica do confisco alargado, as correntes contrapostas sobre sua constitucionalidade e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição Federal da lei penal. Como as conclusões centrais deste capítulo são as conclusões da tese, serão expostas de forma mais detida no capítulo final deste texto.

De todo modo, resta aqui pontuar que, diante da adequação das soluções possibilitadas pela técnica da interpretação conforme – não só com a distinção de interpretações constitucionais e interpretações inconstitucionais do art. 91-A do Código Penal (atuação do julgador-intérprete como “legislador negativo”), mas também com a possibilidade de inserção de elementos normativos hábeis ao suprimento de lacunas e afastamento da indeterminabilidade da norma (atuação do julgador-intérprete como “legislador positivo”), sem ofensa aos limites da técnica de controle – é possível alcançar uma interpretação restritiva do instituto do confisco alargado de bens (em favor do réu, portanto), de modo a resguardar um campo de

eficácia político-criminal do instituto, em compatibilização com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do apenado.

Os limites ora impostos ao confisco alargado de bens inserem-se na perspectiva garantista da racionalização do poder punitivo, de modo a mitigar ou minimizar o uso arbitrário de institutos que o expandam. A contenção de tal expansão é alcançada pela construção da compreensão do confisco alargado sob dois manejos epistemológicos, um hermenêutico e outro principiológico: por um lado, sua filtragem pela hermenêutica dos direitos fundamentais, o que implica a conclusão de que a restrição da propriedade do apenado passa por três barreiras (observância das regras interpretativas próprias deste campo hermenêutico, obediência aos requisitos especiais para restrição de direitos fundamentais e respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais); por outro lado, sua filtragem ocorrerá também pelos princípios constitucionais penais dispostos na Carta Política de 1988 (com destaque, aqui, para a dignidade da pessoa humana, legalidade estrita, individualização e intranscendência da pena, não-autoincriminação e culpabilidade pelo fato).

Essas filtragens permitem concluir pela imperiosidade da restrição da possibilidade de confisco alargado de bens em dois âmbitos centrais da norma do art. 91-A do Código Penal: crime cometido e patrimônio afetável.

Quanto à infração penal cometida que autorizaria a afirmação do dispositivo de que os bens incongruentes seriam “produto ou proveito do crime”, é necessário diferenciar, por grupos de casos, aqueles em que tal afirmação legal não se sustenta, aqueles em que a afirmação se legitima e aqueles em que tal afirmação somente ganha plausibilidade com a delimitação de um dado *standard* probatório a ser demonstrado pela acusação.

Em relação aos bens que podem ser afetados pelo confisco, mostra-se essencial a demarcação do que configura a incongruência exigida pela norma (quais seus critérios e o que precisa ficar demonstrado na ação penal para que se considere configurada tal incongruência), quais bens do apenado não podem ser confiscados em hipótese alguma, quais bens escapam ao que seria o chamado “patrimônio real” do apenado e quais as limitações temporais à ablação patrimonial.

Por fim, há de ser registrado que a construção dogmática aqui proposta do instituto do confisco alargado de bens, em uma perspectiva restritiva, no sentido de conferir maior delimitação e segurança para sua aplicação, parte de condições não ideais de formulação³⁵³, o que confere a esta tese o papel meramente aproximativo da teorização ora possível do instituto do confisco alargado, a ser aperfeiçoada com novas pesquisas e com desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, com o decurso do tempo, a partir das bases aqui vislumbradas.

³⁵³ São incrementos desta dificuldade: a atecnia do texto legal do art. 91-A do Código Penal, a demandar recursos de integração analógica (deficitária por essência, visto que a analogia baseia-se na mera semelhança de institutos diversos); a natureza jurídica multifacetária do confisco de bens; o envolvimento de questões sensíveis do direito penal e do direito civil, campo de regulação da propriedade (o que remonta à defasagem do estudo jurídico interdisciplinar no Brasil); a insuficiência conceitual de alguns demarcadores de *standard* probatório; as limitações inerentes à atividade do intérprete (notadamente a vinculação ao texto legal); a baixa verticalidade do estudo doutrinário sobre o tema e a quase inexistência de decisões colegiadas de nossas cortes superiores sobre o confisco alargado de bens; entre outros.

7. RESOLUÇÃO DOS CASOS HIPOTÉTICOS

Grupo 1³⁵⁴: A denúncia, processamento e condenação do Mévio por homicídio qualificado (por motivo torpe, consistente em vingança contra seu “ex-sócio” Tício) não autorizam qualquer juízo de suspeição patrimonial que legitime a averiguação da licitude de seu patrimônio em sede da persecução penal, estando desautorizado seu confisco (seja como produto do crime, seja sob a modalidade alargada). É desimportante, portanto, o fato de Mévio declarar-se auxiliar de serviços gerais (profissão de baixa remuneração), em cotejo com seu patrimônio milionário, o qual, ademais, foi construído ao longo de vinte anos, de modo que, pela necessidade de segurança jurídica, os bens que adquiriu há mais de cinco anos não seriam sequer afetáveis pelo confisco alargado. Assim, na ausência de imputação de crime com índole lucrativa, fica elidida a persecução patrimonial, não sendo a via do direito penal a adequada ao atingimento dos bens do acusado. Saliente-se que, prescrita a pretensão punitiva pela contravenção penal patrimonial (jogo do bicho), causa extintiva que afasta qualquer efeito primário ou secundário de eventual condenação, a conclusão acima não se altera.

Variante: A circunstância de Mévio ser processado e condenado também pela contravenção penal de jogo do bicho, além do homicídio qualificado, mantém intacta a solução de descabimento do confisco alargado de seus bens, pela barreira da legalidade, a partir da dicção do *caput* do art. 91-A do Código Penal. Para a afetação de seus bens, precisa o réu ser condenado por infração penal com pena máxima cominada superior a seis anos e, por interpretação restritiva, apenas caso se trate também de crime com cunho lucrativo, o qual atua como indício de suspeição

³⁵⁴ Grupo 1: Mévio é investigado sob a acusação de que seria mandante do homicídio de Tício, com quem havia supostamente montado uma casa clandestina de apostas (“jogo do bicho”). Em interceptação telefônica judicialmente autorizada, surgiram indicativos de envolvimento de Mévio em loteria ilegal, além do homicídio. A casa de apostas já funcionava há duas décadas, tempo durante o qual Mévio acumulou patrimônio milionário, não obstante ostensivamente declarasse trabalhar como auxiliar de serviços gerais. Ao final do inquérito policial, Mévio foi denunciado por homicídio qualificado por motivo torpe (vingança decorrente de aportes sorrateiros de Tício na contabilidade da casa de apostas) e por loteria ilegal. No oferecimento da denúncia, Ministério Público requereu a perda dos bens decorrentes da incongruência patrimonial. O magistrado recebeu a denúncia apenas quanto ao crime doloso contra a vida, rejeitando-a quanto à imputação do art. 58 da Lei de Contravenções Penais, em razão da extinção da punibilidade de Mévio pela prescrição da pretensão punitiva. Ao final da ação penal, Mévio é condenado pelo homicídio qualificado. Variante: Mévio é denunciado e condenado por ambos os delitos.

patrimonial. O homicídio, como acima analisado, não atua como indício de patrimônio suspeito, enquanto a contravenção penal não atinge o limite quantitativo de pena exigido pela norma, não sendo dotada da gravidade em abstrato necessária para a incidência do confisco alargado. Além disso, tal gravidade abstrata, como critério e pressuposto legal para aferição da incongruência patrimonial, é avaliada separadamente, por delito, de modo que o concurso de infrações não atua para a superação do *quantum* legal superior a seis anos de reclusão. Logo, não se avança para a averiguação de alguma possível incongruência patrimonial se seu pressuposto legal não se verifica. Mévio, portanto, não poderá sofrer o efeito da condenação previsto no art. 91-A do Código Penal.

Grupo 2³⁵⁵: Os crimes pelos quais Mévio foi condenado autorizam o confisco alargado de bens, seja pelo *quantum* de suas penas abstratas, seja em razão de sua índole lucrativa, restando preenchido, portanto, o pressuposto legal da medida constrictiva. Por outro lado, sendo apurado patrimônio incongruente, há, de fato, aparente incompatibilidade entre renda lícita (salário mínimo) e bens adquiridos (mansão e frota de carros de luxo), mas se trata de patrimônio em nome de terceiro, que não integra a lide penal. O confisco alargado é cabível, mas para isto, o Ministério Público precisará comprovar que Mévio era o possuidor e beneficiário da utilização dos bens em nome de sua mãe e que houve um conluio doloso entre eles para a ocultação do patrimônio real do acusado, demonstrando que tais bens foram, em verdade, custeados por Mévio. E mais: a acusação também precisará comprovar que a aquisição dos bens se deu durante o tempo de vinculação de Mévio à organização criminosa a que pertencia, bem como comprovar que havia uma flagrante incongruência entre o valor dispendido para compra de tais bens e qual seria a renda

³⁵⁵ Grupo 2: Mévio percorre rotineiramente inúmeras cidades do estado, por trabalhar como vendedor autônomo, recebendo por comissão em cada venda, o que faz com que seu rendimento mensal possua variações exorbitantes. Após intensa investigação da polícia judiciária, apurou-se que Mévio era também envolvido em organização criminosa voltada à prática do narcotráfico e outros crimes, e sua função na organização era realizar a disseminação das drogas pelas cidades do interior do estado, o que realizava de modo facilitado e dissimulado pelo seu labor como vendedor. Descobriu-se que, após o ingresso de Mévio na ORCRIM, sua mãe Tícia, uma idosa cuja única renda era uma aposentadoria de um salário mínimo, adquiriu uma mansão e uma frota de veículos de luxo. Ao final da ação penal, proposta pelo Ministério Público com requerimento do confisco dos bens em nome de Tícia, Mévio foi condenado pelos crimes do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 e arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Variante: Tícia possuía em seu nome apenas um veículo avaliado em cem mil reais, que foi por ela adquirido alguns anos após a comprovada desvinculação de Mévio da ORCRIM, após sua desavença com o líder do grupo criminoso.

lícita do acusado (por se tratar de valor variável), para se apurar eventual diferença havida.

Variante: o automóvel em nome de Tícia não é confiscável. Mesmo se o Ministério Público comprovasse que a aquisição por ela foi uma tentativa maliciosa de ocultação do patrimônio do Mévio, sendo o veículo por ele custeado e por ele utilizado, ainda assim não se poderia concluir pela origem ilícita do bem, seja porque Mévio possuía renda lícita variável hábil a suportar tal aquisição, seja porque se trataria de compra posterior aos delitos a ele imputados, sendo incabível que a presunção de ilicitude se projete para o futuro.

Grupo 3³⁵⁶: O numerário encontrado em espécie na residência de Mévio poderia ser, em princípio, confiscável, pois ele incorreu em crimes que atraem tal medida (roubos em continuidade) e há embasamento para se concluir por sua reiteração ou habitualidade delitiva, o que fornece um juízo de probabilidade suficiente para macular a origem de tal dinheiro. A dificuldade probatória que pode ser colocada ao Ministério Público, neste caso, refere-se à demonstração do valor incongruente afetável. Isto porque a quantia encontrada não ultrapassa em grande monta o valor impenhorável e, portanto, inconfiscável (quarenta salários mínimos, sendo despidendo onde o dinheiro se encontra guardado). Além disso, Mévio trabalha como servente de pedreiro, ainda que de modo informal e eventual, não podendo seu silêncio sobre a proveniência do valor ser interpretada em seu desfavor. Assim, o Ministério Público somente teria êxito no confisco caso comprovasse que a diferença apurada não poderia ser suportada pelos ganhos lícitos de Mévio no período em que se detectou sua reiteração delitiva.

Variante: sem a prova da reiteração delitiva de Mévio, afasta-se um juízo de probabilidade sobre a origem do valor encontrado em sua casa. Portanto, como o valor

³⁵⁶ Grupo 3: Mévio é denunciado e condenado por três roubos, em continuidade delitiva, sendo sua pena majorada também em função de sua reincidência específica e seus antecedentes maculados (várias outras condenações anteriores, também por delitos patrimoniais). Ao longo da instrução processual, testemunhas da acusação expuseram que Mévio era conhecido há longa data na região, tratando-se de pessoa temida, por seu envolvimento delitivo contumaz. Testemunhas de defesa afirmaram que Mévio realizava costumeiros “bicos” como servente de pedreiro, sendo bom profissional, não obstante nunca tenha tido qualquer emprego formal ou contínuo. O Ministério Público requereu, no oferecimento da denúncia, a perda de oitenta mil reais em espécie que foram apreendidos na residência de Mévio, malgrado o produto dos três roubos totalizasse apenas quinhentos reais. Variante: Mévio é primário e possuidor de bons antecedentes, sem testemunhos referentes a algum passado delituoso.

apurado nos roubos não tem qualquer relação com o numerário em espécie apreendido na residência, o simples cometimento dos roubos não autoriza a conclusão de que o restante do dinheiro encontrado seria produto de crime, não sendo portanto, suscetível de confisco alargado.

8. CONCLUSÕES FINAIS

O confisco alargado de bens, disciplinado pelo art. 91-A do Código Penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019, é seguramente tema das mais acirradas controvérsias atuais entre os penalistas brasileiros. A primeira e maior polêmica, prejudicial às demais, reside na constitucionalidade ou não desta medida de constrição patrimonial ampla, o que remete o tema ao campo de análise da também disputada questão referente ao controle judicial de constitucionalidade das leis penais.

Sob o cotejo constitucional, nossa Constituição Federal de 1988, além de impor o confisco nos casos de tráfico de drogas e trabalho escravo, não trouxe vedação geral expressa ao confisco de bens do apenado e trouxe, juntamente com a “perda de bens” como pena, a menção à possibilidade de “perdimento de bens” como efeito da condenação, a ser disciplinado pelo legislador infraconstitucional. Assim, o Congresso Nacional estava formalmente legitimado pelo texto constitucional a regulamentar o confisco de bens no âmbito penal – inclusive em atendimento aos compromissos internacionais seguidamente firmados pelo Brasil, com a incorporação de tratados que recomendavam a adoção de instrumentos mais eficazes de combate, pela via da afetação patrimonial, de alguns segmentos específicos de criminalidade – sem se descurar da necessidade de observância dos limites materiais impostos pela Carta Magna vigente, diante do fato de que ela traz um elenco significativo de princípios penais e processuais penais, a guiar a compreensão e aplicabilidade dos institutos de Direito Penal, bem como trata a propriedade como direito fundamental.

Ao tratar a propriedade como direito fundamental, a Constituição Federal atrai para o debate da constitucionalidade do confisco alargado de bens a hermenêutica dos direitos fundamentais, com suas regras interpretativas próprias, com destaque para a “principal” delas: norma legal que restringe direitos fundamentais (no que se enquadra o art. 91-A do Código Penal) deve ser, necessariamente, interpretada restritivamente. Como interpretar o texto legal tem suas variantes, conforme seus campos de aplicação, a necessidade de interpretação restritiva referenda a adequação da técnica da interpretação conforme para o exame da constitucionalidade do confisco alargado, pois implica a restrição do âmbito de incidência normativa, eliminando as aplicações inconstitucionais da medida patrimonial constritiva.

Além desta consequência (incidência da regra interpretativa do *odiosa sunt restringenda*), a ciência hermenêutica dos direitos fundamentais traz para o exame do confisco alargado outras duas decorrências. Há um núcleo intangível do direito de propriedade do apenado, que não pode ser objeto de perdimento, independente de quaisquer outras circunstâncias: ele não pode ser privado dos bens necessários ao resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se, como seu mínimo existencial, aqueles bens necessários à satisfação dos valores mencionados no art. 7º, IV, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), bem como aqueles bens considerados por nosso ordenamento uno como impenhoráveis, diante de uma valoração prévia (em interpretação autêntica) do que é considerado indispensável à pessoa (os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do indivíduo, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do indivíduo, salvo se de elevado valor; os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do indivíduo; a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos, conforme art. 833 do Código de Processo Civil).

A terceira decorrência da aplicação da hermenêutica dos direitos fundamentais reside no fato de que a restrição ao direito fundamental de propriedade exige requisitos próprios, entre os quais a observância da proporcionalidade (com a vedação do excesso e da proteção deficiente) e a necessidade de fundamentação para sua incidência. Transportada para o confisco alargado, tal consequência leva à conclusão de que o magistrado criminal, para impô-lo, precisa fundamentar a medida não apenas na incompatibilidade entre patrimônio e renda lícita, mas motivar sua plena convicção de que os bens incongruentes decorreram da integração do apenado a uma organização criminosa ou milícia, sendo adquiridos no contexto (inclusive temporal) de tal atividade proscriita, ou que tais bens incongruentes decorreram de uma prévia reiteração delitativa econômica persistente do apenado, conforme os campos de aplicação da norma a serem abaixo explicitados.

Juntamente com o filtro interpretativo representado pela hermenêutica dos direitos fundamentais, a principiologia constitucional penal e processual penal atua como limitação ao confisco alargado, como contenção do poder punitivo incrementado pela disposição do art. 91-A do Código Penal, visando a mitigação de sua aplicação abusiva ou arbitrária. A incidência dos princípios penais, como limitadores, justificam-se pela natureza jurídica híbrida do confisco alargado: seu tratamento, no aspecto formal, como efeito da condenação criminal, implica uma majoração da carga aflitiva da persecução penal, desvinculada do crime objeto da imputação, e, por corolário, uma expansão do poder punitivo estatal.

No aspecto material de sua natureza jurídica, o confisco alargado aplicável no âmbito das organizações criminosas e milícias assume a feição de uma medida de segurança atípica e *sui generis*, com cunho preponderante de evitação da continuidade da atividade ilícita da *societas sceleris*, pelo seu asfixiamento econômico, diante da perigosidade ínsita ao lastro patrimonial que propicia o funcionamento de uma estrutura criminosa organizada. Neste campo de aplicação, a retirada do patrimônio incongruente do apenado baseia-se na premissa de que, no contexto fático e temporal da vinculação do mesmo à organização criminosa, seus bens não amparados por renda lícita decorreram logicamente na repartição da riqueza produzida pelo ente ficto delituoso, estando contaminados por vício de origem. Seu perdimento, nesse caso, encontra apoio em raciocínio analógico à teoria da desconsideração da “pessoa jurídica” (afetação dos bens dos membros do ente ficto, em razão da atividade ilícita dele decorrente).

Ainda quanto ao aspecto material da natureza jurídica, para os demais casos (outros delitos de cunho lucrativo, cometidos fora do âmbito de atuação de uma organização criminosa ou milícia), o confisco alargado assume feição de sanção civil, administrativamente aplicada pela Justiça Penal, para a restauração da regularidade patrimonial do apenado. Aqui, o silêncio do acusado sobre a proveniência de seus bens não basta à conclusão de origem ilícita, por força do princípio constitucional da não-autoincriminação. Ademais, a mera incompatibilidade patrimonial mostra-se insuficiente para a consideração dos bens incongruentes como produto de crime, como menciona o art. 91-A do Código Penal, cuja presunção de origem ilícita afigura-se afrontosa à presunção de inocência, se não for acrescido – como um novo elemento normativo do texto legal (na atuação do julgador como “legislador positivo”,

pela técnica da interpretação conforme), para colmatar a lacuna do dispositivo – um *standard* probatório adequado à incidência da pecha da proveniência ilícita ao bem incongruente, a justificar seu confisco.

O *standard* probatório exigível para um juízo de mácula sobre o patrimônio incongruente, neste campo de aplicação do confisco alargado, não é o mais rigoroso *beyond a reasonable doubt*, pois não se trata de julgar (ou condenar) o apenado por delito anterior àquele especificamente imputado, com todas as suas consequências penais e extrapenais, principais ou secundárias, mas tão somente macular a proveniência de bens incongruentes para fins de restauração de uma regularidade patrimonial. Assim, é suficiente, como *standard* probatório, um juízo de elevada probabilidade de origem ilícita dos bens confiscáveis. Esta elevada probabilidade decorre da comprovação inequívoca (a cargo da acusação, portanto, e cuja dúvida beneficia o apenado, com o não confisco) da reiteração delitiva, habitualidade ou profissionalismo criminal do apenado, conclusão que se extrai da integração analógica do art. 91-A do Código Penal pelo art. 63-F da Lei nº 11.343/06. Ademais, a suficiência do *standard* da elevada probabilidade encontra assento em uma interpretação em paralelo com igual *standard* que se sedimentou na doutrina e jurisprudência pátrias quanto ao delito de lavagem de capitais, no que concerne também à demonstração da origem ilícita dos bens ocultados ou dissimulados em tal crime, dada a similitude de sua estrutura típica com o instituto do confisco alargado.

Por outro lado, em caso de réu que não integre organização criminosa ou milícia, e que não cometeu qualquer crime de índole lucrativa que se enquadre no limite sancionatório estabelecido no art. 91-A, *caput*, do Código Penal, não há qualquer elemento racional ou ontológico que justifique a averiguação de sua regularidade patrimonial. A perpetração delitiva, nesta hipótese, não gera suspeição de acréscimo patrimonial, nem pode ser concebida como indicativo de um “modo de vida criminoso”, sob o prisma do princípio da culpabilidade. Uma pretensão de confiscação de bens, neste caso, mostrar-se-ia arbitrária, devendo ser considerada como vedada.

Ademais, dada a amplitude do conceito de “patrimônio real” trazido pelo §1º do art. 91-A do Código Penal, para efeito de confisco, os princípios constitucionais da irretroatividade penal mais gravosa, do direito adquirido, da segurança jurídica, da

proporcionalidade e da pessoalidade da responsabilidade penal definem outros limites imponíveis à ablação patrimonial ampla.

Por tal razão, somente podem ser confiscados bens incongruentes do apenado que tenham sido adquiridos após o advento da Lei nº 13.964/2019 (direito adquirido) e em caso de crimes por ele cometidos também após a referida lei (irretroatividade penal mais gravosa). Além disso, tendo o crime cometido como marco temporal, são averiguáveis os bens incompatíveis com a renda lícita do apenado apenas dentro de um limite de cinco anos anteriores a tal marco (segurança jurídica), a partir da integração analógica da lacuna legal pela disciplina da prescrição tributária, como restrição temporal imposta ao Estado para a arrecadação compulsória de bens.

Para a conclusão de existência de uma incongruência patrimonial (“patrimônio real” superior a um “patrimônio ideal ou fictício”, ou seja, aquele suportado por uma renda lícita do apenado), deve o Ministério Público comprovar todo o rendimento resultante da história laboral do indivíduo, bem como demonstrar que seu cotejo com os bens por ele adquiridos resultam em diferença notória, de grande monta ou desproporção flagrante (proporcionalidade). Por outro lado, ficam excluídos do “patrimônio real” do apenado os bens pertencentes a terceiros de boa fé e aqueles que integram a meação do cônjuge (pessoalidade da responsabilidade penal), salvo se o órgão acusatório comprovar o conluio doloso do terceiro com o apenado para a ocultação de tais bens.

Ante o exposto, a fixação de tais limites, a partir dos princípios constitucionais penais aplicáveis, atua como um sistema de garantias hábil a conferir maior racionalidade e determinabilidade na imposição do confisco alargado de bens, minimizando a arbitrariedade judicial de que poderia resultar a incidência ilimitada de um mecanismo de constrição patrimonial.

A construção dogmática trazida nesta tese – centrada na delimitação de alguns pontos fulcrais do novo instituto do confisco alargado de bens: quais crimes admitiriam sua incidência; em que casos se poderia afirmar a existência de incongruência patrimonial; em que hipóteses se poderia considerar o patrimônio incongruente como produto de crime; qual o *standard* probatório necessário a tal qualificação; que bens seriam afetáveis pelo confisco alargado – inspirou-se na epistemologia garantista, buscando um ponto de equilíbrio entre, de um lado, a manutenção de um instrumento

que tem sua valia político-criminal e que se impõe (inclusive no panorama mundial) como ferramenta de combate à crescente criminalidade econômica organizada, e, por outro lado, a tutela dos direitos e garantias individuais do apenado, de modo a conter a expansão desenfreada do poder punitivo estatal, pela via da persecução penal.

A experiência doutrinária e jurisprudencial estrangeira nos ensina que estamos no início de um processo que possivelmente levará décadas até que se consolide um modelo ideal, ou mais aprimorado, de confisco de bens, não se olvidando das intervenções legislativas que se seguirão ao longo do tempo, para o desejável aperfeiçoamento deste novel instituto. Afastando de posicionamentos radicais dicotômicos no conflito entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, este trabalho almeja, diante do que nos traz o noviço art. 91-A do Código Penal, apenas expor uma possível contribuição nesse processo de aperfeiçoamento deste instituto jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- AMBOS, Kai. De volta ao Direito Penal do autor nacional-socialista? Boletim do IBCCrim nº 321. Agosto de 2019. Tradução de Pablo Alflen.
- AMICIS, Elena de. Dalla confisca allargata a una misura ablativa generale della ricchezza illecita: linee evolutive di un sistema di confisca civile con effetti ripristinatori. 2023. Disponível em <https://tesi.luiss.it/37139/>. Acesso em 05.01.2024.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a constituição. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003, p. 100-120.
- AQUINO, Sara de Assis. A interpretação conforme a Constituição das leis penais pelo Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2023.
- ARAS, Vladimir; LUZ, Ilana Martins. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei n 9.613/1998. São Paulo: Almedina, 2023.
- ARAÚJO, Marcilândia de Fátima. Reflexões sobre a implementação do confisco alargado no direito brasileiro. 2022. Dissertação de mestrado. Disponível em <http://hdl.handle.net/10451/53234>. Acesso em 22.09.2022.
- BARIN, Erico Fernando. A natureza jurídica da perda alargada. 2021. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2021. Disponível em <http://hdl.handle.net/10451/52499>. Acesso em 22.09.2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. BRITO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BECHARA, Fabio Ramazzini; SALES, João Paulo. Análise crítica da perda alargada de bens à luz da ordem jurídica constitucional brasileira. Revista de Direito Brasileira, v. 26, n. 10, p. 342-364, 2020.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Direito Constitucional. Volume único. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2024.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. 4.ed., Pamplona-Navarra: Aranzadi, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONIFÁCIO, Arthur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BOWEN, Vitor Teixeira Rampazzo. Análise do standard probatório da infração antecedente enquanto critério de tipicidade objetiva ao crime de lavagem de dinheiro. 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6304. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível no site www.stf.jus.br. Acesso em 05.08.2020.

BRAVO, Rafael. Confisco alargado. Curso Clique Juris. Disponível em <https://cursocliquejuris.com.br/blog/confisco-alargado/>. Acesso em 05.08.2020.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. Crime organizado x direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Do estrito cumprimento do dever legal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS. Publicado na Edição 21 - 19.12.2007.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CABANA, Faraldo. La regulación Del comiso em España. Especial referencia a los comisos específicos em los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando. Revista Peruana de Ciencias Penales, n. 20, p. 139, 2008.

CABIALE, José Antonio Díaz. El decomiso tras las reformas del Código Penal y La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n. 18, p. 10, 2016.

CABRAL, Thiago Colnago. O standard probatório do crime antecedente na lavagem de capitais. REJuriSTJ, Brasília, ano. 2, n. 2, p. 453-485, dez. 2021.

CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspectiva de política criminal europeia. Maria Raquel Desterro Ferreira; Elina Lopes Cardoso; João Conde Correia (org.). O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/EU e da lei que a transpôs. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia

(em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 21, Abril-Junho de 2011.

CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro e infração penal antecedente. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Outubro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/callegari-lavagem-dinheiro-infracao-penal-antecedente>.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). Pacote anticrime: reformas penais. Reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019. Florianópolis: Emais, 2020.

CANOTILHO, José Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2017.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 2020, 6(2), 799–832.

CARDOSO, Patrícia Silva; BENATTI, Francesca. A tutela do direito de propriedade no Estado de Direito: os padrões europeus de respeito aos direitos fundamentais. *Revista de Direito da Cidade*, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 666-699, abr. 2017. ISSN 2317-7721.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*. 3ª ed. Milão: Tipografia Giusti, 1872.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de habeas corpus. *In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et al (orgs). Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

COELHO, Yuri Carneiro. *Manual de Direito Penal: volume único*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CORREA JÚNIOR, Alceu. *Confisco penal: alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

CORREA, Marcelo Santos; CORDEIRO, Nefi. Aspectos penais e processuais penais do confisco alargado de bens no Direito Brasileiro. Análise comparativa do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico português e com o Projeto de Lei nº

4.850/2016. Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 14, n. 1, Jan/Jun, p. 126-140, 2020.

CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. Coimbra: Imprensa Nacional, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

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

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 11ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Vítor Souza. O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas normas probatórias. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 22, n. 2, 2021.

DAVID, Priscila Abreu. Interpretação e Hermenêutica Constitucional. Curso de controle de constitucionalidade da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, p. 190-193. Disponível em <https://site.emerj.jus.br/>. Acesso em 15.01.2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/2019. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002.

EUROPA. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Butler v. United Kingdom - Application no. 41661/98. Disponível em <https://www.echr.coe.int/>. Acesso em 16.07.2024.

EUROPA. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Phillips v. The United Kingdom - Application no. 41087/98. Disponível em <https://www.echr.coe.int/>. Acesso em 18.07.2024.

FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Altos estudos sobre a prova no processo penal. Salvador: Juspodvm, 2020.

FIGUEIREDO, Luciano. Manual de Direito Civil – volume único. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FINUOLI, M. Di Lello. La confisca ante delictum e il principio di proporzione. Giappichelli Editore: Torino, 2021.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Perigosidade criminal e medidas de segurança. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. Projetos Acadêmicos Interdisciplinares e Críticos: dificuldades. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: Síntese, 2000.

FRIED, David J. Rationalizing criminal forfeiture. J. Crim. L. & Criminology, v. 79, p. 328, 1988.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca (coordenadora). Confisco alargado. Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em 05.08.2020.

GALVÃO, Danyelle da Silva. Precedentes judiciais no processo penal. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 13ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GARCIA, Alejandro Nieto. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª ed. Madri: Tecnos, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo vs. democracia. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (eds.). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. 3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade econômica organizada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 18-41, ago./set. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRASSO, Larissa Gabrielle; DORIGON, Alessandro. O confisco alargado de bens como efeito extrapenal da sentença condenatória. Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v. 25, n. 2, 2022.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Código Penal comentado. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

HOFMEISTER NETO, Rubens. Medidas cautelares contra pessoas jurídicas no processo penal: uma abordagem à luz da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

INACIO, Allan de Assunção et al. O Confisco Alargado de bens nos crimes praticados por organizações criminosas. 2019. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/201605>. Acesso em 22.09.2022.

JENSEN, Eric L.; GERBER, Jurg. The civil forfeiture of assets and the war on drugs: Expanding criminal sanctions while reducing due process protections. *Crime & Delinquency*, v. 42, n. 3, p. 421-434, 1996.

JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* Lei anticrime comentada – artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

KILCHLING, Michael. Finance-oriented strategies of organized crime control. In: PAOLI, Leticia (ed.). *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KUHLEN, Lothar. La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales. Traducción de Nuria Pastor Muñoz. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

LE MOS, Amanda Rocha. O confisco alargado como alternativa para a recuperação de ativos provenientes da lavagem de dinheiro. Brasília, 2017. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/185257745.pdf>. Acesso em 05.08.2020.

LIMA, Francisca Sandrelle Jorge. Populismo penal e confisco alargado de bens do pacote Anticrime: reflexão político-constitucional e procedimental com base na perda alargada portuguesa. 2021. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

LINHARES, Sólón Cícero. MACHINISKI, Leandro. A aplicação do confisco alargado de bens frente à corrupção e o seu efeito sobre o triângulo da fraude. *Empório do Direito*, 13 de abril de 2018. Disponível em www.emporiiodireito.com.br. Acesso em 05.08.2020.

LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5 (2019), nº 2, 1731-1803.

LINHARES, Solon Cícero; CARDELLI, Luiz Henrique. O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília*, v. 41, n. 2, p. 121-142, 2016.

LUCAS, Flávio Oliveira. Organizações criminosas e Poder Judiciário. Instituto de Estudos Avançados da USP. Coleção Scielo Brasil. *Periódico Estudos Avançados* 21 (61), 2007, p. 107-117.

LUSITO, Federica. La natura proteiforme della confisca al vaglio dei principi fondamentali del diritto penale. 2022. Tese de cátedra. Disponível em <http://tesi.luiss.it/34505/>. Acesso em 08.01.2024.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. Atlas: São Paulo, 2000.

MARQUES, Fernando Tadeu et al. Lei anticrime comentada (13.964/2019). Darlan Barroso; Marco Antônio Araújo Júnior (org.). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial – vol. 2. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral. 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

MATOS, Maria José Dos Santos. A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica. Porto, Dissertação para o Mestrado em Direito apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2014.

MAUGERI, Anna Maria. Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione. *Revista Sistema Penale*. Fascicolo 4/2020.

MAZZACUVA, Francesco. I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca “di prevenzione” nella recente riflessione dottrinale. Università degli Studi di Milano. 03 maio 2023. Disponível em <https://www.sistemapenale.it/it/recensione>. Acesso em 09.05.2023.

MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim; BUENO, João Victor Stall. Confisco alargado no pacote anticrime: uma análise de sua (in)constitucionalidade. *In Criminologias e políticas criminais*. Alana Emanuelle Plucinski Vicente (org.) Curitiba: Íthala, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MELINA, Livio. *Sharing in Christ's virtues: for a renewal of moral theology in light of Veritatis splendor*. Translated by William E. May. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELO, Crislayne Souza. O Confisco Alargado e os Princípios Penais: a pretensa incompatibilidade do art. 91-A do Código Penal com o ordenamento jurídico brasileiro. 2021. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MINAS, Manuel Picão. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa, 2017. Tese de doutorado. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/>. Acesso em 05.08.2020.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTEIRO, Arthur Maximus. O habeas corpus como instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais: vício ou virtude? *Direito em movimento*, v. 19, p. 42-70, 2021.

MOURA, Clênio de Assis Manoel e. Os standards probatórios e dúvida razoável aplicados ao processo penal brasileiro. Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos. Barbacena, 2021. Disponível em <https://ri.unipac.br/repositorio/>. Acesso em 17.01.2024.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Direito constitucional brasileiro: Curso Completo*. 2ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Cícero Rosa Coimbra et al. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019 (artigo por artigo, incluindo a rejeição de vetos)*. Walter Barbosa Bittar (org.). 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Adriano. Tráfico de drogas, crime organizado, atores estatais e mercado consumidor: uma integração muito mais perversa. *Revista Espaço Acadêmico*, nº 42, ano IV, mar. 2004.

OLIVEIRA, Alex Feitosa de; MEIRELES, Rafael Ribeiro. O acordo de não persecução penal e o crime continuado. *Boletim IBCCRIM*, v. 30, n. 353, p. 13-15, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

OLIVEIRA, Suzana Rosokide. Aspectos iniciais do confisco alargado de bens. *Canal Ciências Criminais*, 01 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/>. Acesso em 05.08.2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAIVA, Magnum Juvêncio de. A (In)constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal: análise do instituto do confisco alargado à luz das ADIs 6304 e 6345. 2021. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2021.

PAOLI, Leticia. The paradoxes of organized crime. *Crime, Law and Social Change*, v. 37, p. 51-97, jan. 2002.

PORTUGAL. *Diário da República*. Lexionário. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/interpretacao-conforme-a-constituicao>.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2015.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 2.

REZENDE, Thiago Rocha de. O crime organizado e a análise empresarial: algumas notas críticas. *Boletim IBCCrim*. Ano 29. Nº 340. Março de 2021, p. 20-23.

RIOS, Rodrigo Sanchez; PUJOL, Luis Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 118, 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *R. Inf. Legisl. Brasília*. Ano 26. Nº 103. Jul/set 1989. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>. Acesso em 18.01.2024.

ROMANO, Rogério Tadeu. O confisco alargado. *Revista Jus Navigandi*, ISSN1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5794, 13 maio 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/72039>. Acesso em 05.08.2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. Entender a perda alargada trazida pelo pacote "anticrime". *Revista Consultor Jurídico*, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 05.08.2020.

ROVER, Tadeu. "Lei anticrime" prevê confisco alargado em favor de estados e da União. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de dezembro de 2019. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 05.08.2020.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Fundamentos. A estrutura da teoria do crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

SALES, João Paulo. O confisco alargado à luz da ordem jurídica constitucional brasileira. 2019. Disponível em <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/30085>. Acesso em 22.09.2022.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Cíntia Viana dos. (In)constitucionalidade do confisco alargado de bens: efeito extrapenal da condenação sufragado pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 2021. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14097>. Acesso em 22.09.2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. *Boletim IBCCrim*. Boletim 277, Dezembro de 2015.

SARAIVA, Alexei de Castro; LOPES, Dayane Kelly Matias. Confisco alargado: constitucionalidade à luz do combate aos crimes econômicos. 2022. Disponível em

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/25231>. Acesso em 22.09.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHEPP, Cândida da Rosa et al. Perdimento de bens de origem do crime em favor dos entes públicos. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 8, n. 2, p. 753-768, 2022.

SILVA, Celso de Albuquerque. Interpretação Constitucional Operativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. Tipos de mera transgressão administrativa: análise crítica e limites a partir da proposta de um direito penal econômico responsivo. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

SORROCHI, André Luiz Dos Santos. O confisco alargado de bens como nova medida de enfrentamento ao enriquecimento ilícito aferido a princípios constitucionais. ETIC- Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Guilherme Chagas de. Confisco de bens em favor dos Estados e da União após a lei 13.964/19 (pacote anticrime): análise acerca da (in) constitucionalidade dos novos efeitos penais. 2021. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14333>. Acesso em 22.09.2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. Código Penal comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 2, 2009.

TEIXEIRA, Adriano (org.). Perdas das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Contrição patrimonial no direito penal brasileiro. Sentido e limites do 'confisco por equivalência' e do 'sequestro subsidiário'.

2019. Disponível em <https://www.jota.info/opinia-o-e-analise/colunas/penal-em-foco/constricao-patrimonial-no-direito-penal-brasileiro>.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.

TIEDEMANN, Klaus. Derecho Penal Económico. Introducción y parte general. Madrid: Grijley, 2009.

TOMMASINI, Nicola. A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade Das Leis. Dissertação (mestrado). São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2018.

TORRES, Henrique Abi-Ackel. Manual de política criminal. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024.

VASCONCELOS, Adna Leonor Deó. A perda alargada enquanto instrumento de combate às organizações criminosas: a atuação do Ministério Público frente ao crime organizado. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/>. Acesso em 05.08.2020.

VÉLEZ ZHINDON, María Teresa. La nueva política criminal de recuperación de activos en casos de corrupción: tratamiento jurídico de la figura Del decomiso em Ecuador y España. 2019.

VELOSO, Fabíola Fonseca da Silva. Confisco alargado de bens e valores no Brasil. Uma análise das garantias constitucionais à luz do direito penal econômico. Portal de Trabalhos Acadêmicos, v. 8, n. 3, 2021.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil. 2017. 134 f. Dissertação (Programa Stricto Sensu em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado de bens. Análise de direito comparado. Salvador: JusPodivm, 2019.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Pelo MP: confisco alargado. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/confisco-alargado-roberto-vieira.pdf>. Acesso em 05.08.2020.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. Da hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto "anticrime": em algum lugar do passado. Boletim IBCCrim. Edição especial. Pacote anticrime: remédio ou veneno? Ano 27. Nº 317. Edição abril/2019, p. 10-12.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOCKAR, Alejandro. Derecho penal: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.