

OS LIMITES DO CONFISCO ALARGADO

Sólon Cícero Linhares¹

1. Criminalidade econômica, o lucro e a perda alargada em Portugal. 2. Intersecções entre o confisco alargado e normativas internacionais afetas aos direitos universais do homem. 3. Os limites constitucionais do confisco alargado. 3.1 As restrições aos direitos fundamentais e o custo para o Estado democrático de Direito. 3.2 A presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório no confisco alargado. 3.3 A propriedade privada e a proporcionalidade no confisco alargado. 3.4 O princípio da proteção da confiança, a eficácia jurídica dos direitos fundamentais e a colisão de direitos fundamentais no confisco alargado. 3.5 Os limites dos tipos penais sujeitos ao confisco alargado. A aplicabilidade sobre a ótica de critérios objetivos. 3.6 Estudo de caso no direito português. 4. Conclusão

1. CRIMINALIDADE ORGANIZADA ECONÔMICA, O LUCRO E O CONFISCO ALARGADO EM PORTUGAL



lucro mediato e imediato² decorrente de atividades ilícitas tem sido o elemento central das novas políticas

¹Doutor em Direito Penal Econômico pela PUCPR. Pós-doutor em Ciências Penais pela Universidade de Coimbra. Professor Adjunto de Direito Penal da PUCPR, níveis graduação e pós-graduação *strictu sensu*.

²*O lucro rápido é o objectivo imediato, conquanto o controlo do poder económico, social e político são apontados comumente com os grandes objectivos mediatos, porque através desse controlo manoteiam todo o tecido produtivo industrial e não industrial, podendo, assim, obter um maior lucro económico-financeiro lícito e ilícito, sendo que este será branqueado para ser introduzido no fluxo legal do mesmo sector. Este controlo gera por si só o controlo da legisferação – poder legislativo – e, com maior ou menor influência, pode vir a controlar o mundo judiciário – poder judicial – caso não haja instrumentos jurídico-constitucionais legitimantes da actividade jurídico-criminal processual identificadores dos elementos probatórios suficientes e*

criminais³, é dizer: os Estados nacionais pretendem combater com eficiência⁴ a criminalidade econômica, e isso, sem dúvidas, vem sendo realizado por meio da perda dos bens resultantes de práticas ilícitas⁵, já que dito lucro constitui principal propulsor a alimentar o aparato das organizações criminosas.

Em um mundo globalizado⁶, onde as novas tecnologias

adequados a determinar os agentes e o tipo de crime a investigar, a acusar e a julgar” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado. Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Edições Almedina. Coimbra. 2009. p. 160. ³Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, reforçam o entendimento pelo qual, desde a década de 80, especialmente quando o crime começou a ser impulsionado pelo lucro, a literatura iniciou sua preocupação em dar importância para que o dinheiro sujo não entrasse na economia formal. cf. *Chasing Criminal Money, Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. p. 19 et seq.

⁴O modelo de eficiência referido no texto é no sentido de produção de resultados e, por esta razão, optou-se pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks por demonstrar ser mais pragmático, na medida em que o resultado final é mais amplo e socialmente ótimo, diverso do modelo de eficiência de Pareto, que demonstra um resultado demasiadamente restritivo. *Uma medida será eficiente pelo critério de Pareto se, e somente se, melhorar o nível de bem-estar de alguém sem prejudicar o nível de bem-estar de ninguém, até se chegar em uma situação ótima, quando não é mais possível melhorar a situação sem degradar um outro agente econômico. O critério de Kaldor-Hicks é mais amplo que o critério de Pareto, já que leva em conta o aspecto global e social de determinada medida. Por exemplo, se imaginarmos uma sociedade constituída por João com 150 cotas, Pedro com 100 e Felipe com 50, tal sociedade dispõe de 300 cotas. Após uma política governamental, imagine-se que João fica com 300 cotas, Pedro com 250 e Felipe com 30. Neste caso, pela análise do critério de Pareto, Felipe perdeu 20 cotas, saindo prejudicado e, portanto, uma situação não ótima, não eficiente do ponto de vista de Pareto. Entretanto, no caso de se olhar pelas lentes de Kaldor-Hicks, a sociedade acabou ficando com 570 cotas, muito mais do que as 300 cotas iniciais, as quais compunha tal sociedade antes da política governamental, por conseguinte, eficiente e ótima pelos critérios de Kaldor-Hicks. Sobre o tema ver PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica do Direito (AED). Fundação Getúlio Vargas – FGV – Direito Rio. 2013.*

⁵CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la politiza criminal Europea en matéria de confiscación, Madrid, Dickinson, 2008. p. 15.

⁶Neste contexto, a globalização é entendida nos termos trazido por COSTA, José Faria. *O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico – Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários*. Coimbra Editora. 2009. p. 95. “quando se fala em globalização, os primeiros segmentos da realidade que afloram ao nosso espírito prendem-se, indesmentivelmente, com o mercado financeiro e ainda com a

permitem a circulação simultânea e global de informação e onde o mercado financeiro se expande e atua globalmente⁷, é certo que o crime também adquire nova roupagem, assumindo características de *modus operandi* e efeitos que não mais podem ser limitados por barreiras territoriais, sejam elas regionais ou nacionais.

Agora, o crime ultrapassa as fronteiras e busca, acima de tudo, os locais onde possa obter maior compensação, notadamente quando considerados os aparatos formais dos Estados⁸ e as demandas impostas ao seu enfrentamento. Nesta “nova” sociedade, desenvolve-se uma criminalidade “nova”⁹. Na reflexão de TEUBNER¹⁰, “*la globalización es un fenómeno multidimensional que involucra diversos dominios de actividad e interacción, incluyendo los dominios económicos, políticos, tecnológicos e jurídicos ...*” Por certo que cada uma destas categorias desenvolve seus específicos padrões de relações e atividades¹¹.

informação. Em primeiro lugar, a tecnologia (informática) que permitiu, através de um hardware, cada vez mais barato, que a informação circulasse em tempo real e se espalhasse em rede à qual potencialmente “todos” os cidadão do mundo podem ter acesso. Em segundo lugar, a própria natureza volátil das matérias que se consideram, seja o mercado financeiro, seja a própria informação”.

⁷FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal, panorâmica de alguns problemas comuns. Editor Livraria Almedina. Coimbra. 2001. p.36.

⁸COSTA, José Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Económico – Direito Penal Económico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009. p. 97.

⁹RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. Direito Penal Económico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009. p. 159.

¹⁰TEUBNER, Gunther. Saskia Sassen e Stephen Krasner. Estado, Soberanía y Globalización. Nuevo Pensamiento Jurídico. Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Bogota. Colômbia. 2010. p. 35.

¹¹CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio afirma:”*la sociedad actual, una sociedad de riegos según las más modernas formulaciones sociológicas, presenta lados sombríos, usos desviados del progreso. La libre circulación de capitales, necesaria como factor de favorecimiento de las inversiones productivas; la disponibilidad de diversas fórmulas jurídicas para la fluidez de la vida económica; la agilización de las transacciones económicas constituyen nuevos riesgos de la sociedad actual, toda vez que pueden ser torticidamente aprovechados para la legitimación u ocultación de*

Desta forma, a categoria jurídica penal¹² rompe com a fórmula costumeira de produzir o direito, ou seja, o entendimento tradicional da exclusividade dos Estados no estabelecimento da fonte do direito é rompido por força da globalização, já que com esta a sociedade civil também passa a ser fonte da produção de normas,¹³ responsáveis pela elaboração de um direito chamado global¹⁴.

Portanto, quando se pensa em criminalidade econômico-financeira, através de atividades criminais complexas, a pedra angular que norteia a discussão nos Estados, é elaboração de normas que permitam neutralizar o rendimento ou a ganância do delito – o seu lucro –, seja na construção de espaços penais comuns¹⁵, seja na efetivação do princípio do reconhecimento

capitales procedentes del delito, para la consolidación de situaciones patrimoniales ilícitas, y la alimentación de organizaciones criminales capaces de desestabilizar el mercado financier, frente a las cuales debe actuarse enérgicamente através de una adecuada cooperación internacional entre Estados. Este nível de criminalidad es la más preocupante, y, paradójicamente, las legislaciones nacionales suelen mostrarse insuficientes frente a él” em: El patrimônio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la politiza criminal Europea en matéria de confiscación, Madrid, Dikinson, 2008. p. 16.

^{12c} ... é possível que o direito constitucional e o direito penal tenham de abrir-se a novos paradigmas, ou porque os cânones clássicos se revelam hoje inadequados, ou porque se revela inútil a tentativa da sua adaptação aos novos pressupostos de facto” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Terrorismo e Direitos Fundamentais. Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Edições Almedina. Coimbra. 2009. p. 28.

¹³ Gunther TEUBNER elenca alguns exemplos de setores que demandam a normatização de suas atividades que não podem ser supridas pelo Estado: “*los régimes legales internos de las empresas multinacionales; el derecho laboral internacional, donde las empresas y los sindicatos de trabajadores son creadores de normas por excelencia; la estandarización técnica y la autorregulación profesional han desarrollado tendencias hacia la coordinación en todo el mundo con una mínima intervención de la política oficial internacional; el discurso de los derechos humanos se ha globalizado y esta presionando por su propio derecho, no solo como producto de una fuente distinta a los Estados, sino en contra de éstos; las telecomunicaciones con internet también están luchando por su propio regimen jurídico global; lo mismo ocurre en el campo de la ecología y de los deportes, donde se está discutiendo el surgimiento de una lex sportiva internacional*”. TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵ TIEDEMANN, Klau. *Manual de Derecho Penal Económico*. Parte Geral y Especial.

mútuo¹⁶ das decisões dos Estados, seja na instituição de medidas de perda de bens em favor do Estado¹⁷.

Na UE, foi-se o tempo em que estudiosos do direito penal deixavam em segundo plano o estudo da perda de bens. As políticas criminais, da grande maioria dos estados nacionais incorporaram este movimento com foco na recuperação dos ativos provenientes de atividades ilícitas. Emerge, desta forma, uma perspectiva punitiva¹⁸, a qual por certo, necessita de uma investigação de contraponto, é dizer: quais são os limites da perda de bens?

Em Portugal, especificamente, a Lei nº 30, de 30/05/2017¹⁹, trouxe para a ordem jurídica portuguesa as premissas da Diretiva 2014/42/EU, no que se refere ao congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, tendo como objetivo central²⁰ tornar mais efetiva a localização,

Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 40.

¹⁶MARTÍN, Joaquim Delgado. *O Princípio de Reconocimiento Mútuo de Resoluciones Judiciales*. La Orden de Detención Europea y los Procedimientos de Entrega entre los Estados-Membros de la Unión Europea. Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 293.

¹⁷CUNHA, José M. Damião da. *Perda de Bens a Favor do Estado. Direito Penal Econômico e Europeu*: Textos Doutrinários. Volume III. Coimbra Editora. 2009. p. 127.

¹⁸Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, esclarecem com muita propriedade: “agora este movimento já foi amplamente difundido e já integra as políticas da grande maioria dos Estados - o mote agora são a diversas formas de recuperação dos ativos. A dimensão punitiva, talvez agora seja a mais evidente, especialmente com o confisco dos bens. cf. *Chasing Criminal Money, Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. p. 20 et seq.

¹⁹Esta nova lei, no direito português, vem alterar substancialmente a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

²⁰A Lei nº 30/2017, ampliou o âmbito de aplicação das medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, notadamente ao estabelecer regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, além de acrescentar novos delitos que admitem a perda alargada. Da mesma forma, a nova lei trouxe dois artigos: artigo 12.º-A “*investigação financeira ou patrimonial*” e o artigo 12.º-B “*perda de instrumentos*”, os quais conjuntamente preveem regimes mais flexíveis dos anteriormente definidos facilitando o confisco de bens a favor do Estado.

apreensão e declaração de perda a favor do Estado de valores ou outros bens relacionados com atividades criminosas.

Portanto, no direito português, ainda é possível observar que a legislação criminal mantém seu *start* na perda de bens, especialmente como fundamento essencial de política criminal.

2. INTERSECÇÕES ENTRE O CONFISCO ALARGADO E NORMATIVAS INTERNACIONAIS AFETAS AOS DIREITOS UNIVERSAIS DO HOMEM

O patrimônio, assim como a liberdade, são direitos fundamentais que merecem a proteção do Estado e, ao mesmo tempo, são garantias legais que possuem um núcleo duro, ou seja, não podem ser violados por situações ou movimentos tendenciosos.

A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens - CEDH, no art. 1º, estabelece a proteção da propriedade, garantindo a qualquer pessoa o direito ao respeito dos seus bens. Determina, pois, não ser permitido que alguém seja privado do que é sua propriedade, salvo por utilidade pública e nas condições previstas em lei e nos princípios gerais de direito internacional²¹.

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH, já se pronunciou a respeito da compatibilidade constitucional do confisco alargado e o direito fundamental à propriedade privada, tomando sempre como fiel da balança o princípio da proporcionalidade. É essencial, portanto, consignar que o fato do confisco alargado estar em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH, “*não é garantia absoluta e formal de sua legitimidade*”²².

²¹ Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 29/06/2018

²² CAEIRO, Pedro. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in RPCC, 2011, p. 291. Outro ponto essencial trazido por CAEIRO,

É notório que a criminalidade internacional organizada tem por principal objetivo o lucro e o reinvestimento desse lucro em novas práticas delituosas e, nesse sentido, o confisco alargado de bens é uma medida que afeta diretamente o patrimônio do arguido, mediante a presunção de ilicitude na origem desses bens.

Assim, considerando isto, o Parlamento Europeu dispõe na diretiva 2014/42/UE sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, incumbindo às autoridades competentes a viabilização de meios eficazes no enfrentamento dessas organizações criminosas organizadas²³.

As medidas de combate à corrupção devem ter como foco a neutralização dos produtos e proventos do crime, impossibilitando o alargamento de todas as ações desenvolvidas resultantes das atividades criminosas.

Como se observa, a diretiva trata diretamente da extensão das medidas destinadas a privar os criminosos dos lucros obtidos com os ganhos das atividades ilícitas, quando praticada por organização criminosas²⁴.

A preocupação da comunidade internacional frente à crescente evolução das organizações criminosas e seu expressivo lucro, contabilizado ao longo dos anos, demandou a implementação de medidas realmente eficazes, que possam de fato trazer um risco considerável aos criminosos quando praticam os delitos.

Assim, na luta contra o crime organizado, surge a necessidade de se impor severas consequências legais de modo a privar os criminosos daquilo que mais lhes importa: os lucros

diz respeito ao conceito de “pena” e “matéria penal” constante da CEDH, para efeitos da aplicação das garantias aí contidas, é autónoma em relação às qualificações operadas pelos Estados. *Op. cit.* p. 292.

²³<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT>. Disponível e Acesso em: 02/07/2018.

²⁴Este ponto, em nosso sentir, é um dos marcos limitativos do confisco alargado.

auferidos com o crime.

O confisco alargado de bens é a medida que vem melhor se adaptando a essa proposta inicial, estabelecida na referida diretiva, uma vez que consegue aplicar ao criminoso grave consequência patrimonial, possibilitando ao Estado a inversão do ônus da prova, especificamente naquilo que não for condizente com o fruto de trabalho lícito do sujeito.

Entretanto, como se extrai da diretiva, tal medida extraordinária não pode ser aplicada a todos os casos, devendo ter um limite fático-normativo restrito, consistente nos delitos praticados por meio de um aparato organizado²⁵.

No direito português, o legislador trouxe no artigo 1º da Lei nº 5/2002, um rol taxativo de crimes, sob os quais incide o confisco alargado de bens, sem, entretanto, estabelecer que sejam praticados no âmbito de uma organização criminosa.

Cumpre destacar que o Confisco Alargado de bens é uma medida de grande impacto e que busca alcançar aqueles montantes de valores que o Estado não tem possibilidade de rastrear, sejam porque são resultantes de delitos complexos, seja porque revestidos de artimanhas dos próprios criminosos.

Pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, assinada por Portugal em 1989, os Estados membros acordam que devem adotar as medidas necessárias para permitir a perda dos produtos provenientes das infrações estabelecidas no n.º 1 do artigo 3º da Convenção, de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos utilizados ou destinados para a prática das infrações estabelecidas nesse artigo. Além disso, o nº 7 do artigo

²⁵Dispõe a diretiva que “A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater à criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa”.

5º considera a possibilidade da inversão do ônus da prova para que o agente demonstre a origem dos bens que possam ser objeto de perda, desde que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam²⁶.

Nesses termos, entende-se por perda a privação definitiva de bens decorrente de decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente²⁷.

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional estabelece que, na medida em que o ordenamento jurídico interno permita, os Estados membros poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração comprove a licitude do presumido produto do crime ou dos outros bens que possam ser objeto de perda²⁸.

A Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 73/9, determina que o delinquente deve ser privado dos produtos do crime, como um método eficaz ao nível internacional de combater a criminalidade grave. Com isso, é estabelecido no nº 1 do artigo 2º da referida Convenção que as partes devem adotar as medidas necessárias que lhe permitam decretar a perda de produto proveniente do crime²⁹.

Assim, para que seja juridicamente viável a aplicação do Confisco Alargado, a medida deve seguir fielmente as normas internacionais, de modo que não haja uma inversão dos

²⁶Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/13/resoluvar29.asp#ptg>. Acesso em: 29/06/2018.

²⁷*Idem*.

²⁸Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2004/36/aviso30.asp#ptg>. Acesso em: 29/06/2018.

²⁹Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html?impressao=1>. Acesso em: 29/06/2018.

princípios constitucionais dos ordenamentos jurídicos internos e a conseqüente violação das convenções que versam sobre direitos humanos³⁰.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XI, 1, dispõe que todo aquele que for acusado de delito tem o direito a ser presumido inocente enquanto não for comprovada a sua culpa³¹. Em consonância, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6º, 2, dispõe que os acusados de infração são presumidos inocentes enquanto a culpabilidade não tenha sido legalmente provada³².

Por sua vez, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no artigo XXVI, afirma que todo acusado é considerado inocente até que seja provada a sua culpabilidade³³.

Sendo assim, nota-se que em todos os diplomas legais, supramencionados, há exigência da prova da culpa do acusado para que este possa ser considerado realmente culpado.

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra o direito de receber dos tribunais remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pelos textos constitucionais ou pela lei³⁴, com o objetivo de tornar efetiva a prestação jurisdicional, observados os princípios da ampla defesa, contraditório, publicidade, etc.³⁵

³⁰Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29/06/2018.

³¹ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 28/05/18.

³²EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28/05/18.

³³Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 28/05/18.

³⁴Art. VIII: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 31/05/18.

³⁵SENA, Daniel. Declaração Universal dos Direitos Humanos Comentada, Art. 08. Disponível em: <https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos->

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁶ recepiona esses direitos no art. 6, ao declarar que o sujeito tem direito a um processo equitativo, item 3, estabelecendo ainda o direito de ser informado das acusações pertinentes, no menor prazo, devendo ter tempo e meios necessários para elaborar a sua defesa, com a possibilidade de ter uma defesa técnica, bem como a assistência de intérprete e interrogatório, conforme o caso.

Com relação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, verifica-se que esta não dispõe sobre o conteúdo do contraditório e da ampla defesa; contudo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁷, a qual também visa a proteção internacional dos homens, mantém-se alinhada com as demais declarações em análise, estabelecendo em seu art. 8 – garantias judiciais, item 2 -, que, em síntese, o acusado possui direito de ser comunicado previamente e pormenorizadamente das acusações (alínea “b”), devendo ter tempo e meios adequados para a formulação da sua defesa (alínea “c”), podendo defender-se pessoalmente ou por profissional (alínea “d”).

Quanto ao direito de propriedade, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³⁸, art. XXIII, impõe que todos terão direito à propriedade particular, sem impor quaisquer limitações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁹, no art. XVII, 1 e 2, afirma que todos terão direito à propriedade e que ninguém poderá ser arbitrariamente privado desta.

humanos/artigo-08o-2. Acesso em: 01/06/18.

³⁶EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 02/06/18.

³⁷Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 02/06/18.

³⁸Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 02/06/18.

³⁹ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 31/05/18.

Já a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁰, no protocolo adicional, art. 1, consagra o direito à propriedade, porém impõe restrições no próprio texto legal, isto é, a propriedade poderá ser restringida em caso de utilidade pública, condições legais, pelos princípios gerais do direito internacional e ainda para pagamento de impostos, contribuições ou multas, conforme já consignado anteriormente.

Nota-se que a Convenção Europeia possibilita uma maior limitação do direito à propriedade em relação às outras declarações em análise.

Com base nas considerações postas acima, pertinentes ao direito de propriedade, poderia-se cogitar, em um primeiro momento, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem teria sido violada pelo Confisco Alargado.

Ocorre que, como já referido, o direito à propriedade é respeitado, uma vez que o instituto visa restaurar o *status quo ante* do arguido, fazendo com o que o sujeito que adquiriu o patrimônio de maneira ilícita não permaneça com o bem, não dispondo de algo que não é seu.

Ainda, com relação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entende-se que sua disposição é respeitada ao considerar que a propriedade não é retirada do acusado de maneira arbitrária, já que o Confisco Alargado, como proposto no direito português, necessita do preenchimento de requisitos, previstos de forma clara em lei. Ademais, é possibilitado ao arguido que promova sua defesa, afastando a idéia de arbitrariedade.

Por fim, em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, suas disposições estabelecem que a propriedade pode ser restringida por condições legais, com isso, é possível afirmar que a medida de perda alargada esta de acordo com a referida convenção, dado que a forma como este instituto será

⁴⁰EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 02/06/18.

observado esta previamente disposto em lei.

3. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO CONFISCO ALARGADO

A investigação ora apresentada tem como recorte a perda ampliada no direito português, constante da Lei nº 05/2002 e remodelada pela Lei nº 30/2017 e, neste sentido, a pesquisa se pausará, dentre outras premissas, pelo estudo de caso e os limites que devem ser observados pelo operador do direito português, sem que se maculem direitos e garantias individuais.

Portanto, o problema que será enfrentado está no confronto entre, de um lado, o Estado, detentor de poderes, dentre eles o de privar de liberdade o suspeito e de determinar a perda de seus bens que se presumem de origem criminosa e, de outro, o cidadão, muitas vezes desprovido da amplitude do direito de defesa, mas detentor de garantias e direitos que não podem, em hipótese alguma, ser alijados, pelo contrário, devem ser tratados como prioridades absoluta. Aqui está o limite⁴¹ da perda ampliada - eis o dilema⁴².

Neste ponto a doutrina acena para a possibilidade de eventuais restrições aos direitos fundamentais, conceituando este recorte como ações ou omissões praticadas pelo Poder Público que afetam de maneira desvantajosa a garantia de um bem *jus* fundamentalmente protegido⁴³, isto é, são compressões ao exercício de determinados direitos, sem negar a sua existência⁴⁴.

⁴¹Os limites de atuação do poder-dever do Estado de punir são traçados pelos direitos fundamentais elencados na Constituição, onde estes existem para proteger e garantir as liberdades pessoais da população na sua vida em sociedade. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2004. p. 831.

⁴²Os direitos individuais, de um lado, e o poder-dever do Estado de punir, de outro. Trata-se, em última análise, de uma dialética de mútua limitação.

⁴³NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. Editora Coimbra, 2003. p. 192 e 193.

⁴⁴SOARES, Joaquim Miguel Moreira Magalhães. Restrições ao Exercício de Direitos

Sobre o tema, ALEXY⁴⁵ pondera que, para que a restrição seja efetivada, é imprescindível que exista o direito e a restrição, assim, conforme ensina, são restringíveis os bens tutelados por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais⁴⁶.

Nesse sentido, ALEXY⁴⁷ conceitua restrições de direitos fundamentais como normas, compatíveis com o texto constitucional, as quais restringem uma posição *prima facie*.

Não obstante, frisa-se que no caso concreto em que haja restrição a um direito fundamental é necessário que os princípios que colidem, detenham um maior peso em detrimento àquele princípio de direito fundamental.

CANOTILHO⁴⁸, divide as restrições em mediatas e imediatas, sendo estas previstas expressamente no próprio texto constitucional, portanto a própria ordem constitucional não deixa margens à dúvida; por outro lado, as restrições mediatas são aquelas em que o texto constitucional possibilita ao legislador ordinário que opere tal restrição.

Posto isso, pode-se afirmar que a restrição em sentido amplo abrange as manifestações de conteúdo jurídico e as intervenções fáticas, enquanto, em sentido restrito compreende as leis restritivas⁴⁹ do texto constitucional. Além disso, ALEXY⁵⁰

Fundamentais. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Ciências Jurídico Políticas. Porto, 2015. p. 7.

⁴⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. – 5ª edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp Verlag, 2006. p. 277.

⁴⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. – 5ª edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp Verlag, 2006. p. 281.

⁴⁷*Ibidem*. p. 296.

⁴⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina. 7ª edição. 2003. p. 1276.

⁴⁹DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 13, mar. 2007. p. 79. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/downloads/revista%20esmafe%2013.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

⁵⁰ALEXY, Robert. *Op cit*. p. 286.

consigna que a restrição pode ainda comportar espécies, podendo ser indiretamente constitucionais ou diretamente constitucionais. As que contemplam hierarquia constitucional são taxadas como “diretamente constitucionais”, ao passo que as que decorrerem dos textos infraconstitucionais, que a própria Constituição autoriza que sejam estabelecidas⁵¹, são denominadas de “indiretamente constitucionais” -, a título de exemplo, a Constituição Federal Brasileira, de 1988 consagra restrições legais aos direitos fundamentais, as quais são apresentadas de modo direto e indireto⁵². Ao utilizar expressões como “nos termos da lei” ou “salvo das hipóteses previstas em lei”, a restrição será caracterizada em seu modo indireto. No entanto, há casos em que o próprio texto constitucional irá expor diretamente em quais casos incide a restrição, como por exemplo, o art. 5, inciso XI da Constituição Federal do Brasil, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, mas que em caso de flagrante delito ou desastre este direito pode ser restringido⁵³.

Neste contexto, é essencial a discussão sobre a possibilidade de restrições que não estejam expressamente autorizadas pela constituição (as chamadas restrições implícitas ou imanentes).

A doutrina portuguesa é divergente neste aspecto. CANOTILHO⁵⁴ e VITAL MOREIRA sustentam que as constituições não podem deixar de admitir tais restrições para solucionar questões que envolvem “*ponderação de conflitos entre bens ou direitos constitucionais*”. Por outro lado, há autores⁵⁵ que entendem que a restrição deve se limitar apenas aos casos

⁵¹*Ibidem*. p. 291.

⁵²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo, 2012. p. 39.

⁵³CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina. 7ª edição. 2003. p. 1276.

⁵⁴GOMES CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora. 2014. p. 391.

⁵⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Editora Almedina. 5ª edição, 2012. p. 281.

expressamente estabelecidos já que as restrições legislativas são categorias diferentes e desta forma devem ser vistas pelos aplicadores do direito.

É certo, neste contexto, que aplicar o direito não é uma tarefa simples, pelo contrário, trata-se de uma verdadeira engenharia interpretativa e que, por certo, gera tensões entre os direitos fundamentais e ao próprio seio do Estado Democrático de Direito⁵⁶, promovendo a incidência de transformações no âmbito da adequada aplicação do direito, por exemplo, inicialmente, imperou o formalismo jurídico, postulando que as soluções para as diversas problemáticas estariam taxadas no texto legal, sendo encontradas no processo de subsunção do fato à norma. Ocorre que, com a incidência dos novos conflitos trazidos com novos problemas da atualidade, tal perspectiva se mostrou insuficiente e abriram-se caminhos para o surgimento de uma nova forma de aplicar o direito, um ambiente de cultura jurídica pós-positivista, a qual trouxe novos contornos à interpretação jurídico-constitucional⁵⁷. Em relação a esta forma de interpretação há divergências doutrinárias, exemplificando: CANOTILHO⁵⁸ afirma que a interpretação deve ser feita de forma metodológica; DWORKIN⁵⁹ acredita que deve ser em cadeia⁶⁰ e ALEXY aponta ser necessária a realização de uma análise de princípios e regras

⁵⁶LINHARES, Solon Cícero. Confisco de bens – Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

⁵⁷*Ibidem.* p. 176.

⁵⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. revista. Livraria Almedina. Coimbra, 1995. p. 210.

⁵⁹SAAVEDRA, Giovani Agostini. Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2006. p. 80.

⁶⁰A interpretação em cadeia comporta dimensões, a dimensão da adequação e da fundamentação. A primeira dispõe que deverá ser analisado ao aplicar um princípio, seu peso no caso concreto e comparar com as normas jurídicas. Por fim, a dimensão da fundamentação diz respeito ao conflito de princípios, devendo, neste caso, aplicar o princípio que tem uma melhor teoria política que conceda justificação para as condutas sociais. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2006. p. 80.

constitucionais⁶¹.

Denota-se, portanto, independente da premissa doutrinária adotada, que há sim limites a serem observados, sob pena de se retroceder em termos de evolução das liberdades, a um custo irreparável para a própria sociedade.

3.1. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CUSTO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Há tempos não se discute mais sobre a possibilidade ou não de restrição a direitos fundamentais, notadamente porque direitos absolutos⁶² deixaram de existir. A questão que merece reflexão, atualmente, diz respeito à extensão e ao conteúdo da delimitação, vale dizer: até que ponto e de que forma pode ser limitado um direito fundamental. Eis o *busílis*.

Neste contexto, é essencial uma regressão histórica⁶³ sobre a forma de aplicar o direito, de modo a contemplar os modelos natural, positivista e pós-positivista.

Os direitos fundamentais do homem, enquanto cidadão que integra uma determinada sociedade, somente alcançam sentido quando se pensa em limite ao poder Estatal,⁶⁴ e isso se deu a partir do constitucionalismo moderno, uma vez que os direitos das pessoas devem estar estabelecidos em uma lei maior.

⁶¹Segundo Roberto Alexy princípios são caracterizados por mandamentos de otimização, isto é, normas que determinam algo a ser realizado dentro de graus variados de satisfação, de acordo com a possibilidade fática e jurídica. Em relação às regras, deverá ser feito o que exatamente foi ordenado, sem acréscimos ou supressões, contendo, assim, determinações. A distinção entre regras e princípios ocorre através de uma distinção qualitativa. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. – 5ª edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp Verlag, 2006. p. 90 e 91.

⁶²ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo, 2011. p. 276.

⁶³Este contexto histórico será abordado de forma sucinta, já que não é o objetivo central desta investigação.

⁶⁴MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. – 2ª ed. – Almedina. Coimbra, 2017. p. 12.

O conceito de direito fundamental surge de forma indissociável com a ideia de direito liberal e com sua passagem para o Estado Social, é dizer, nos termos empregados por ALTHEIM⁶⁵, que a característica essencial está na necessidade de se preservar a *rule of law*.

Assim, é possível dizer que com o advento do sistema capitalista, houve uma excessiva preocupação com a preservação da propriedade, do patrimônio e, conseqüentemente, com a segurança jurídica do contrato.

Neste contexto, o direito passa a ter como fonte principal o próprio Estado, que detém o poder de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto.

O poder judiciário, que antes detinha total liberdade na aplicação da lei, especialmente ao utilizar os precedentes e os costumes como a fonte principal de realização da justiça, passa a ficar “engessado” pelo poder legislativo, que dita as leis a serem aplicadas no caso concreto, isto é, nos termos empregados por BARROSO,⁶⁶ a técnica aplicada resumiu-se apenas à subsunção.

Entretanto, com o surgimento de novas demandas sociais e com a evolução do próprio direito, a forma com que a norma passou a ser aplicada acabou por sufocar o próprio positivismo, dando início a um novo ponto de vista: o neoconstitucionalismo

⁶⁵ALTHEIM Roberto. Direito de Danos: Pressupostos Contemporâneos do Dever de Indenizar. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23 “alguns fatores fizeram nascer a necessidade de superação desta ordem. O desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia necessitava de um direito estável, único e individualista, que garantisse a segurança necessária à previsão e ao cálculo mercantil capitalista, bem como possibilitasse o desenvolvimento do comércio sem os percalços criados pela multiplicidade de ordenamentos. Tal direito único e estável forneceria a base adequada para a atividade dos empresários (banqueiros e comerciantes), de modo a deixá-los livres das limitações de ordem comunitária e dos privilégios locais”.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 331, “diante de uma lide caberia ao intérprete apenas a técnica de subsunção, ou seja, identificar a norma aplicável, revelar o seu sentido e aplicar ao caso concreto”.

ou pós-positivismo⁶⁷.

Portanto, não é equivocado afirmar que o pós-positivismo surge da integração destes dois modelos (liberal e o social), é dizer: o modelo liberal preocupado em salvaguardar as regras do jogo, do “contrato” e o modelo social, este dedicado não apenas a ditar as regras do jogo, mas também como protagonista dele, regulando direitos sociais, saúde, educação, direitos trabalhistas, dentre outros.

Esse quadro autoriza afirmar que o modelo pós-positivista possui premissas, liberais e sociais, que configuram a sua essência⁶⁸, as quais podem ser assim resumidas⁶⁹: a existência de mais mandados de otimização (princípios) que regras, primando pela cláusula da exceção em relação às regras e da colisão em relação aos princípios, nos modos propostos por ALEXY⁷⁰, o que se traduz por mais ponderação que subsunção.

A lei, como estabelecida pelo positivismo, que estatui as regras do jogo, deixa de ser o marco referencial para solução de casos concretos, cedendo maior espaço aos preceitos da constituição, que deve estar presente em todos os conflitos, ainda que de pouca importância, proporcionando maior atuação do judiciário. Em suma, conforme a dicção de POZZOLLO⁷¹ - “la

⁶⁷*Ibidem.*, p. 270/271 “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política... busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. Eis a razão de se nominar este novo regime jurídico de pós-positivismo”.

⁶⁸SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONEL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003, p. 124, *et. seq.*

⁶⁹*Ibidem.*, p. 131, *et. seq.*

⁷⁰ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. - 5 edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp. 2006. p. 85.

⁷¹POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel, Neoconstitucionalismo (s). Trotta: Madrid, 2003. p. 192 *et seq.*, “Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, que permitiría tener

Constitución sería un valor en sí’.

Assim, é possível, como bem trazido por ÁVILA⁷², indicar que as mudanças do modelo positivista para o pós-positivista seguiram, em linhas gerais, a utilização maior dos princípios em detrimento das regras, a técnica da ponderação ao invés de sub-sunção, uma justiça mais focada no caso concreto do que geral, mais ativismo judiciário e uma maior aplicação das diretrizes constitucionais em prejuízo à lei.

Com efeito, observam-se aplicações cada vez mais recorrentes do modelo pós-positivista, em especial nos países periféricos como, por exemplo, no Brasil.

Diante disso, é possível vislumbrar restrições a direitos fundamentais, tema este que é complexo por si só, isto é, em que os elementos centrais que configuram o formato pós-positivista de aplicar o direito estão fundamentados em vácuos deixados pelo próprio parlamento, muitas vezes incapaz de acompanhar a evolução do direito e das demandas sociais; É demandado por esse vácuo que o judiciário acaba por ocupar um espaço originariamente do legislativo, donde deriva a efetivação de um ativismo judicial, o que não é bom para o estado democrático de direito, uma vez que resulta num custo direto à própria democracia.

Neste ponto, penso, está a essência do liame entre as restrições aos direitos fundamentais e o custo para o estado democrático de direito. O movimento pós-positivista está ligado diretamente à inércia do parlamento na sua função de traduzir em leis as regras do jogo, daí derivando situações que podem ser aplicadas em detrimento de direitos fundamentais.

en cuenta las exigencias de justicia que cada vez cada caso, justamente, lleva consigo. El intérprete, en el fondo, deberpa elegir entre la estricta legalidad y l justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo así prevalecer uno u otro valor contingentemente relevante”

⁷²ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595> Acesso em 03/05/2018. p. 02.

No Brasil, por exemplo, viu-se recentemente a restrição ao foro privilegiado⁷³ e a execução provisória da pena⁷⁴, situações que demonstram faticamente o raciocínio ora empregado.

Entretanto, quando a reflexão recai especificamente sobre o instituto jurídico do Confisco Alargado em Portugal, o que se denota, é o contrário, isto é, houve uma atuação do legislativo, é dizer, o parlamento português editou leis⁷⁵ neste caso, seguiu diretrizes da União Européia, não deixou espaços vazios a serem ocupados pelo judiciário e, por esta razão, a restrição aos direitos fundamentais restou bem delimitada na própria lei, de modo que o custo ao estado democrático não é perceptível, pelo menos, num primeiro momento.

A questão é: as restrições aos direitos individuais, ainda que propostas pelo legislativo geram ou não um custo, a longo prazo, ao próprio estado democrático de direito? A resposta a esta indagação, passa, necessariamente, pelas categorias que integram o conceito de estado democrático de direito. BUSATO⁷⁶ preleciona que o estado democrático está ligado justamente a imposição dos limites ao poder punitivo estatal, os quais têm relação direta com direitos e garantias individuais do cidadão e, no que se refere ao estado de direito, este é ligado à imposição das regras do jogo, à lei, à própria constituição.

Portanto, estado democrático de direito, tem como categorias essenciais a preservação dos direitos e garantias individuais e limitações do poder estatal, com a devida prescrição na carta maior.

Assim, no tema em pauta, eventual custo ao estado democrático de direito, a longo prazo, estaria relacionado à

⁷³Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682> Acesso em 19/06/2018.

⁷⁴Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> Acesso em 19/06/2018.

⁷⁵Lei nº 05/2002 e Lei nº 30/2017.

⁷⁶BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 141 *et seq.*

utilização da perda alargada de uma forma ampla, irrestrita, como se funcionasse como um remédio jurídico contra todos os males. Ora, não é e não deve ser o foco do instituto de perda alargada, tampouco das políticas criminais que o sustentam.

Com efeito, não é possível apoiar políticas criminais que incentivam uma corrida desenfreada de combate à criminalidade a qualquer custo.

Embora haja algum custo para tudo, há de se ponderar esse custo, uma vez que o dano maior recairia sobre a própria sociedade, já que a validade e a legitimidade das normas penais estão umbilicalmente ligadas à sua compatibilidade ou não com o estado democrático de direito.

3.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO CONFISCO ALARGADO

Não é equivocado afirmar que uma das principais características de uma nação que se intitula democrática é a observância irrestrita à presunção do estado de inocência, é dizer: não apenas a presumir ser determinado sujeito inocente, mas ir além: considerar o seu estado como inocente. Portanto, o *standard* probatório exigido pelo princípio, é aquele ligado a uma prova acima de qualquer dúvida razoável⁷⁷, especificamente para atribuir responsabilidade penal. O artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelece que todo sujeito será presumido inocente enquanto não for declarado culpado⁷⁸. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), consagrou o princípio

⁷⁷É de mencionar que o processo penal dispõe de outros níveis de provas, como por exemplo, em relação às medidas cautelares, mas aí não está relacionado a imposição de medidas definitivas de constrição da liberdade ou patrimonial.

⁷⁸Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 30/07/2018.

da presunção de inocência em seu art. 8º, inciso II, dispondo que toda pessoa que for acusada de delito terá o direito de ter presumida a sua inocência enquanto não for comprovada a sua culpa⁷⁹.

Em suma, a presunção de inocência é expressamente consagrada como sendo um dos princípios basilares do Estado de Direito, sendo visto como garantia processual penal⁸⁰. A finalidade é assegurar justamente a inocência do sujeito, bem como a sua liberdade, até o momento em que for proferida a sentença penal condenatória transitada em julgado.

O princípio é visto como um instrumento reitor do processo, o qual acaba verificando a qualidade de um sistema processual através de sua aplicação⁸¹.

Além disso, o princípio da presunção de inocência estabelece que o sujeito ativo do delito somente poderá ser preso após a prova da culpa, razão pela qual a prova da culpa é o momento que proporciona ao confisco alargado a sua efetividade, ou seja, somente após a sentença penal condenatória definitiva é que a perda de bens é decretada⁸². Assim, é imprescindível que se esgote o processo penal, proporcionando ao arguido a amplitude do direito de defesa e ao contraditório. Em suma, é imprescindível a observância irrestrita ao devido processo legal.

No direito português, sucintamente, o instituto do confisco alargado funciona obedecendo a seguinte ordem processual: inicialmente, o Ministério Público liquida⁸³, por ocasião do

⁷⁹Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf> Acesso em 30/07/2018.

⁸⁰MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31º Ed. São Paulo. Atlas, 2015. p. 124.

⁸¹LOPES, Aury Junior. Direito Processual Penal. 12ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 92.

⁸²LINHARES, Solon Cícero. CARDELLI, Luiz Henrique. O Confisco Alargado como Instrumento frente à Criminalidade Transnacional. Acesso em: 11 de maio de 2018.

Disponível em: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/331/242>.

⁸³Sobre este ponto, especificamente “apesar de se exigir uma condenação por um dos crimes do catálogo, a promoção de perda dos bens é logo efectuada pelo Ministério

oferecimento da denúncia/acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado⁸⁴.

Realizada a liquidação, pode ser esta alterada em trinta dias, se houver conhecimento posterior da inexatidão do valor antes determinado.

Recebida pelo tribunal, a liquidação, ou a respectiva alteração, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Portanto, não resta dúvida alguma que, no direito português, a perda ampliada, se dá em procedimento apartado, em trâmite paralelo e juntamente com a ação penal. Tal ocorrência tem consequências gigantes, de relevância jurídica sem precedentes, notadamente quando a reflexão se dá pela ótica da presunção de inocência⁸⁵.

Ao ser possível o exercício da perda alargada ou mesmo de medidas de cunho acautelatório juntamente com a ação penal, é óbvio que se está a esperar uma eventual condenação. Vale dizer, o Ministério Público realiza um juízo prévio de condenação, antecipa algo que pode não ocorrer, e os prejuízos serão

Público na acusação” ... ” BORGES, Francisco. “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Volume I. Direito Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 108. Org. José Faria da Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 2017. p. 218.

⁸⁴Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até o 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

⁸⁵Nesse sentido, a ponderação feita por DUARTE é de que a perda alargada em Portugal - fere a garantia máxima do indivíduo – a qualidade de inocente. Na sua dicção "como bem sabemos, tanto a operação de liquidação do património incongruente, como a tentativa do arguido de afastar a presunção desenvolve-se simultaneamente com o processo penal. Esse facto é sim susceptível de lesar o direito do arguido de ser presumido inocente, uma vez que as garantias de defesa num e noutro processo (o penal e o destinado à declaração de perda), podem ser manifestamente incompatíveis." DUARTE, Ana Patricia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime - O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002 de 11 de janeiro*: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações. 2013. Dissertação - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 31

irreparáveis, simplesmente porque o arguido pode ser absolvido⁸⁶ da acusação que lhe é imposta, ainda que a efetiva perda dos bens incongruentes se dê com o trânsito em julgado. Isto porque, uma vez realizada a liquidação antes de qualquer julgamento definitivo, estar-se-á, em última análise, a dizer: “há bens presumíveis oriundos de práticas de outros crimes” e isso, em determinada medida, fere a presunção de inocência do arguido.

Após esta etapa da liquidação dos bens de forma conjunta com a ação penal, é dado ao arguido o direito de comprovar a licitude dos bens presumíveis, vale dizer, sua origem lícita e, ainda, o arguido não detém um estilo de vida criminosa⁸⁷, ou

⁸⁶“Ora vejamos. Criou-se um procedimento autónomo em relação ao processo penal, na medida em que é desencadeado por uma condenação prévia por um dos crimes catalogados. No entanto o procedimento destinado à perda inicia-se simultaneamente ao início do processo que culminará ou não na condenação pressuposta, estando mesmo o MP obrigado a liquidar o património de origem ilícita até o trigésimo dia anterior ao julgamento do processo principal. Ou seja, apesar de autónomos estão umbilicalmente ligados, apesar de serem dois processos distintos são desencadeados inicialmente pelo mesmo facto: o indício da prática de um crime do catálogo. Na prática quando o MP (...) dá início ao mecanismo da perda ampliada ainda não há uma condenação, existe apenas um inquérito, eventualmente já uma decisão de acusar e/ou pronunciar. Esta circunstância é o que nos causa mais estranheza. Como pode um procedimento que tem como um dos pressupostos de aplicação uma condenação, começar a funcionar (e pode trazer alguns prejuízos ao arguido, dadas as medidas de carácter cautelar previstas para assegurar a sua efetividade), sem que haja condenação que lhe serve de pressuposto? ... Trata-se verdadeiramente de desperdiçar esforços, energias e trabalho, uma vez que uma posterior absolvição deixará cair por terra todo o fundamento da aplicação do instrumento da perda ampliada. Este desenvolvimento simultâneo dos dois processos configura ainda, como tivemos também a oportunidade de referir, um verdadeiro atentado ao princípio constitucional da presunção de inocência. Se o cálculo do património incongruente, de origem ilícita, se faz antes da condenação, mesmo antes do julgamento, está-se indiretamente a assumir que há um património que decorre da prática de ilícitos-típicos e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal. DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime - O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002 de 11 de janeiro*: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7.º e as suas implicações. 2013. Dissertação - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 44-45.

⁸⁷Apesar deste requisito não constar expressamente no texto legal, a doutrina vem reconhecendo como requisito que integra a perda alargada, ou seja, o *criminal*

seja, que os bens que estão em sua posse, direta ou indiretamente, não formam um conjunto incongruente em relação os rendimentos legalmente conhecidos, uma vez que possuem origem legítima.

Há, por certo, um lapso temporal nessa prova – cinco anos anteriores à constituição processual do sujeito como arguido – aqui, segundo a sistemática da perda alargada, encontra-se radicado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Com efeito é dado ao arguido tanto o direito de comprovar a origem lícita de seus bens, como a inexistência de um estilo de vida criminoso. Há, neste tópico, um problema de ordem garantista, a saber, o estilo de vida criminoso. Trata-se de uma característica que remete ao direito penal do autor, isto é, o estilo de vida criminoso refere-se à concepção negativa atribuída a alguém, por fato meramente relacionado às suas condições pessoais e não exatamente ao que teria feito o autor. Há aqui uma disposição inversa ao direito penal do fato, tal com relacionado aos Estados democráticos de direito. Ao se aceitar uma exigência negativa, relacionada ao estilo de vida de alguém, é como condená-lo sem que se garanta uma amplitude de defesa. Isto é, tratar-se-ia de produzir uma prova negativa, que ateste no sentido da não existência de um estilo de vida. Tal condição é inadequada e não deveria figurar como requisito para a decretação ou não de medidas constritivas de direitos.

O segundo ponto crucial, neste aspecto, relaciona-se à existência de um processo justo. Alerta-se que, o garantismo está intimamente ligado ao devido processo legal e, por sua vez, ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, com intuito de se alcançar um processo equilibrado, o binômio eficiência e garantismo devem ser trabalhados de forma conjunta, isto é, eficiente no sentido de se ratificar a

lifestyle. Sobre o tema ver: DUARTE, Ana Patricia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime - O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações*. 2013. Dissertação - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 22-24.

prevenção geral positiva, de que o crime não compensa e, ao mesmo tempo, não se macular direitos e garantias individuais⁸⁸.

Não há como, portanto, dissociar os princípios do contraditório, ampla defesa, vedação da inversão do ônus probatório⁸⁹ e presunção de inocência, justamente porque são princípios constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito e são, portanto, garantias individuais inalienáveis, as quais, se não observadas afetam a própria democracia.

Por esta razão, não é adequado, do ponto de vista processual penal, impor limites ou restrições fundadas em potencialidades, ou seja, na possibilidade de eventual condenação ou mesmo, na inversão do ônus probatório daquele que acusa àquele que recebe a acusação⁹⁰.

Assim, ao se considerar a efetividade da perda ampliada

⁸⁸MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 130-131.

⁸⁹Parte da doutrina portuguesa entende que o instituto de perda ampliada implica numa inversão do ônus da prova, e, em razão disso, violaria o princípio da presunção de inocência. GODINHO, Jorge Fernando. "Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, Artigos 1.º e 7.º a 12.º)". *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1315 *et seq.*

⁹⁰Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48. "(...) o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (...). No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de 'liberdade provisória', que nada mais é, atualmente (Lei 12.403/2011), que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais, substitutivas da prisão. Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (...) profbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal."

somente após uma condenação criminal definitiva⁹¹, por certo não haveria discussão acerca da violação ou não da presunção de inocência e dos demais princípios do processo penal. Apenas a título de contributo para a pesquisa, várias decisões emblemáticas⁹², relacionadas à perda alargada e à presunção de inocência,

⁹¹Na Alemanha e em Portugal, o início da perda ampliada se dá independentemente da prova da culpa do arguido. Na Áustria e na Suíça, seu formato é autônomo em relação à ação penal apontada na responsabilidade criminal do sujeito. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)*. In: Revista Julgar online – 2009. p. 34.

⁹²No Reino Unido, a Câmara dos Lordes, no caso *Benjafield and Rezvi*, de 2002, no qual foram questionadas presunções legais previstas no *Drug Trafficking Act 1994* para o confisco de bens de criminosos condenados, admitiu sua validade e compatibilidade com a presunção de inocência. Na decisão, *Lord Steyn* observou que: “é somente após a condenação que surgem as questões relativas ao confisco. Isso é significativo, porque o julgamento do qual resulta na condenação ou nas condenações será do tipo no qual o usual ônus ou *standard* de prova é da acusação. Em edição, um acusado que é condenado pelo crime ou pelos crimes em questão está ciente de que se ele cometer os crimes pelos quais ele foi condenado, ele estará sujeito não só à prisão ou outras sentenças, mas estará sujeito ainda ao procedimento de confisco”. Em consonância com o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é possível extrair as seguintes premissas: “1^a) a presunção de inocência é aplicável aos processos criminais como um todo, incluindo o relativo à ordem de confisco (*Caso Minellik vs. Suíça*, 25-3-1983; 2^a) mostra-se admissível a utilização de presunções de fato ou de direito, desde que obedecem a limites razoáveis e sejam proporcionais à relevância do caso e preservem os direitos de defesa (igualdade de armas). A presunção não pode ser absoluta ou irrefutável, devendo possibilitar ao juízo uma margem de apreciação, sendo, portanto, vedados a inversão total do ônus da prova e o confisco geral de bens (*Caso Salabiaku vs. França*, 7-10-1988); 3^a) a caracterização da penalidade, como visto anteriormente, foi ressaltada pelo Tribunal Europeu no julgamento do caso *Welch vs. Reino Unido*, de 9-02-1995, para efeitos de incidência da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. LIMA, Vinicius de Melo. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, p. 201-234, jan. 2012.

Em 2004, a Corte alemã confirmou a compatibilidade da *erweiterte Verfall* com o princípio da culpa, com a presunção de inocência, com a garantia constitucional do direito de propriedade e com o princípio da tipicidade. Consequentemente, o alívio (aligeiramento) do ônus da prova foi considerado conforme ao princípio da proporcionalidade, tendo em consideração a necessidade de dispor de um instrumento de luta contra a criminalidade organizada. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves)*. In: Revista Julgar online. p. 7-8.

tiveram seu ponto central em discussão e o resultado a que se chegou, na grande maioria dos casos, foi que de fato não há mácula ao princípio, justamente porque é possível sua restrição. Entretanto, seu alcance se dá pela estipulação de requisitos de ordem estritamente objetiva, dentre eles, por óbvio, a impossibilidade de decretação da perda ampliada antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, respeitando-se com isso, a presunção de inocência.

3.3. A PROPRIEDADE PRIVADA E A PROPORCIONALIDADE NO CONFISCO ALARGADO

A propriedade privada é um dos principais direitos fundamentais⁹³ do Estado que tem o capitalismo como modo de produção. A propriedade privada constituiu, com efeito, uma das categorias que geram ao seu detentor o direito de explorá-la e, gerar riqueza, ligando-se, inextricavelmente ao bem-estar do proprietário.

É importante deixar consignado que não é objetivo deste trabalho a análise da propriedade privada sob o enfoque do materialismo histórico dialético, mas apenas relacioná-la com o confisco alargado de bens, notadamente a dimensão e a extensão de sua restrição. Nesta perspectiva, impõe-se a questão: há um limite, em qualquer dos extremos, para sua restrição? Daí advém necessariamente uma outra questão: em caso positivo, como se daria este recorte?

A existencia de limites impõe-se pela própria ordenação jurídica. No nosso entendimento, entretanto, a moldura desses limites e seu recorte se daria de duas formas.

Todo direito fundamental que, em determinado caso concreto, colide com outro direito, também fundamental, exige

⁹³LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental. Breves notas introdutórias. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. p. 53. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf> Acesso em 16/06/2018.

técnicas especiais por parte do aplicador do direito.⁹⁴ Com efeito, em todas as formas há critérios, os quais quanto mais objetivos e bem definidos, mais concorrem para que se produza justiça, especialmente porque os direitos colididos são, em última análise, preservados para embates outros que, porventura, apareçam em situações fáticas semelhantes.

Este, portanto, é o primeiro elemento central deste tópico e, porque não dizer, da própria pesquisa como um todo: é possível sim a limitação de um direito fundamental - no caso específico, a propriedade -, entretanto tal construção doutrinária e jurisprudencial deve passar, obrigatoriamente, por premissas de ordem objetiva.

A propriedade privada foi relativizada ao longo do tempo, desde concepções puramente liberais⁹⁵, onde o instituto ganhava contornos quase que absolutos, passando por momentos de reflexões no Estado de Bem Estar Social⁹⁶ e, novamente, ganhando outra perspectiva, com os movimentos neoliberais⁹⁷ – refiro-me especificamente às tensões entre a propriedade privada e a perda de bens em favor do Estado. Não há dúvida que os Estados liberais vêm buscando alternativas a reforçar institutos de perda de bens, muitas vezes com a justificativa de que o crime não deve compensar, entretanto, com mesma intensidade deve ser observada a preservação de direitos e garantias individuais, não como forma de confronto, mas como forma premente de

⁹⁴SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.* Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2006. p. 81.

⁹⁵LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental. Breves notas introdutórias.* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. p. 54 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf> Acesso em 16/06/2018.

⁹⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A propriedade e sua função social.* Revista de Direito Agrário, Brasília, v. 9, n. 8, p. 29-36, jul./dez. 1982. p. 32.

⁹⁷PAULANI, Leda Maria. *Neoliberalismo e individualismo.* Revista: Economia e Sociedade, Campinas, (13): 115-127, dez. 1999. Acesso em 30/07/2018.

Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643138/10688>

evitar o retrocesso.

Nesse sentido, a concepção de que o confisco alargado incide direta e indiretamente sobre todos os bens que o arguido possui e que tal incidência se dá por critérios de presunção relativa, a qual pode ser ilidida por comprovação da origem patrimonial, é um dos pontos centrais que não pode ser deixado à margem da discussão.

Neste ponto específico é possível afirmar que o instituto de perda ampliada pode ser evasivo, desprovido de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, basta pensar em um exemplo hipotético: “um arguido tem um imóvel “A” objeto de arresto para garantir eventual eficácia de uma sentença penal condenatória e, posteriormente, o mesmo arguido é condenado por um dos crimes do catálogo. Há o procedimento de perda alargada e outro imóvel “B”, que o arguido detém indiretamente, também é objeto de perda, já que não comprovada sua licitude. Imagine-se que o imóvel “A” tenha relação causal com o ilícito pelo qual o arguido foi condenado (e aqui operou-se a perda clássica), mas o imóvel “B” não tem, sequer alguma relação mínima com o crime, objeto de apuração e nem relação com outro crime, eventualmente praticado pelo arguido. Imagine-se ainda que o arguido não dispõe de elementos probatórios da origem do imóvel “B”, o qual é lícito e por razões de um incêndio de grandes proporções perdeu-se a documentação probatória e, ainda, o arguido não levara, a tempo, a documentação a registro imobiliário.

Neste momento, especificamente, o instituto atinge um certo grau de desproporção e necessitaria, portanto, de um critério que o subsidiasse de maneira adequada às garantias individuais.

A exigência de uma prova, ainda que mínima, indiciária portanto, que traga um indício entre o imóvel “B” e a prática de outro crime, seria um requisito objetivo necessário e suficiente para evitar injustiças e lesão a direitos fundamentais, neste caso,

a própria propriedade⁹⁸, ou ainda que o Tribunal passe a levar em conta as evidências prováveis, sempre fundadas em fatos, as quais possam razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens do arguido tenham sido adquiridos através da prática de outros delitos do que com atividades lícitas. Com efeito, o fato do indivíduo dispor de um património incongruente com seus rendimentos conhecidos e lícitos, deve funcionar apenas como um dos elementos que fundamentem a decisão de perda alargado do Tribunal, mas não o único⁹⁹.

O segundo ponto crucial diz respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das decisões judiciais que determinam a perda ampliada.

A situação guardaria razoabilidade se houvesse requisitos objetivos para a perda da propriedade, como, por exemplo, o disposto no direito Francês¹⁰⁰, especificamente no artigo 131-21, com redação dada pela Lei 2013-1117 de 06/12/2013, é dizer: nos casos em que pena privativa de liberdade seja inferior a um ano, a perda que se opera é a clássica, ou seja, aquela relacionada ao instrumento, produto e proveito do crime. Isto importa dizer que deve existir um liame entre a condenação criminal e os bens, sendo a perda em favor do Estado uma consequência secundária da condenação criminal e, neste caso, todos os princípios

⁹⁸No direito alemão, por exemplo, o Tribunal tem que estar plenamente convencido que os bens têm origem ilícita e as circunstâncias do caso concreto assim devem apontar. BORGES, Francisco. “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Volume I. Direito Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 108. Org. José Faria da Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 2017. p. 236, nota 42.

⁹⁹Nesse sentido, MENEZES DA SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa prevista na Lei nº 5/2002 (arts. 7º a 12º). Imprensa Nacional. Ministério Público de Portugal. 1ª Editora, 2018. Porto, p. 99.

¹⁰⁰ACÓRDÃO Nº 392/2015 - Processo n.º 665/15 - 2.ª Secção - Relator: Conselheiro João Cura Mariano – Acórdão na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional Português. pg. 12. Acesso em 15/06/2015. Disponível em: <http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Portogallo-12agosto2015-392.2015.pdf>

garantidores do processo penal deveriam ser obedecidos extreme dúvida – a natureza jurídica da perda, neste caso, seria penal, portanto. Por outro lado, no caso de eventual condenação à pena privativa de liberdade superior a 5 anos de reclusão, opere-se a perda ampliada ou alargada, isto é, todos os bens que sejam incongruentes com o patrimônio lícito e conhecido do arguido acabam sendo congelados, aguardando que seja realizada, por este, a prova da sua licitude. Da mesma forma deve também o Estado demonstrar uma ligação, ainda que mínima entre os bens e eventuais ilícitos praticados pelo arguido.

Outra possibilidade factível seria a inclusão de um requisito que demonstrasse ter o arguido adquirido a propriedade, objeto da discussão, através de práticas delituosas com ganho de capital, de forma organizada, com divisão de tarefas, isto é, sempre no marco de uma organização criminosa¹⁰¹.

Vincular a propriedade em discussão e a organização criminosa seria um ganho às garantias individuais e ao próprio Estado Democrático de Direito.

É indiscutível que a criminalidade tem passado por grande mutação. As técnicas, instrumentos e estratégias têm, sem dúvida, limitado a atuação do Estado no combate à corrupção. Nas últimas décadas, têm crescido as ações criminosas dentro das instituições financeiras públicas e privadas, o que dificulta uma política eficaz de prevenção e combate ao crime organizado, pois os criminosos auferem lucros exorbitantes e investem parte desse lucro em novas práticas criminosas.

Nesse contexto, algumas ponderações se fazem necessárias, visto que a perda ampliada apresenta algumas

¹⁰¹Fracisco BORGES já incurtiu sobre o tema e expressamente disse que parte dos delitos previsto no rol taxativo da Lei 05/2002 já exigem que sejam praticados de forma organizada “*dado que só assim eles são abrangidos pela ratio da proposta que não visa a pequena criminalidade*” BORGES, Francisco. “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Volume I. Direito Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 108. Org. José Faria da Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 2017. p. 218.

peculiaridades inovadoras na matéria penal, como a inversão do ônus da prova no montante patrimonial que for comprovadamente desproporcional com os rendimentos do condenado em um dos crimes previstos em lei e a possibilidade de sua restrição. Quando submetido ao filtro constitucional do princípio da proporcionalidade é essencial que se comparem os resultados obtidos com a aplicação da perda alargada e a própria razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico, notadamente ao orientar a interpretação de uma norma e sua efetiva aplicação a um caso concreto, bem como na hipótese de colisão com direitos fundamentais outros, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional¹⁰².

Desta forma, é adequado que se pondere acerca da gravidade do delito – é dizer: o sujeito ativo, no caso o arguido, foi autor de um delito grave? Que gerou danos de grande monta ao bem jurídico tutelado? O delito foi praticado no marco de uma organização criminosa? Trata-se de um delito patrimonial de *powerless* ou de *powerfull*¹⁰³?

A corrupção é um crime que impõe várias consequências

¹⁰²BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva 2002. p. 213 *et seq.*

¹⁰³Para um aprofundamento sobre o tema delitos de *powerless* e *powerfull*, Cf., RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La Corrupción Pública como parte de la Criminalidad de los Poderosos. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR. 2012. Segundo Javier, *powerfull* são delitos que têm regulação legal insuficientemente assentada ou que a dogmática se encontra em fase de elaboração, de estudo. A seu turno, delitos de *powerless* são os crimes do modelo clássico do Direito Penal, daquela dogmática já assentada, pacífica. Daí que se produza uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que serve de referência à construção dogmática: em lugar do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de constatar atos de corrupção realizados por uma empresa privada ou pública ou em detrimento desta. Nesta senda, recentemente trazendo a lição de Roxin a respeito de uma maior intensidade do controle social e dos mecanismos invasivos de investigação, vide SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Prefácio*, a obra *Corrupção. Combate transnacional, compliance e investigação Criminal* de Hayashi, Felipe Eduardo Hideo. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 5.

a vários setores do Estado, atingindo diretamente a ordem econômica, a livre concorrência e, em última análise, a própria coletividade.

Os valores desviados causam rombos nos cofres públicos, concorrem para o aumento injustificado da inflação, destroem as empresas que não aderem à engrenagem corrupta, aumentando o desemprego e inevitavelmente o crescimento da violência urbana¹⁰⁴.

Ademais, os ganhos auferidos pelos corruptos podem alcançar números extraordinários¹⁰⁵, enormes quantias de dinheiro são angariadas e grande parte delas é reinvestida na prática de novos delitos – aumentando o ciclo reditício do crime econômico. Desta forma, torna-se imperiosa uma política criminal de contenção, ao menos para eliminar este fluxo financeiro criminoso e privar os criminosos do seu principal meio de subsistência, isto é, a possibilidade de reinvestimento em novos crimes.¹⁰⁶

De um lado, temos um crime que tem causando grave impacto no sistema econômico e ético de um país. De outro, verificada a desproporcionalidade patrimonial, há uma presunção relativa de ilicitude do patrimônio, que pode ser afastada caso o sujeito comprove a licitude do bem.

À luz da jurisprudência e da doutrina internacional, o confisco alargado tem se mostrado uma medida compatível com

¹⁰⁴SCHILLING, Flávia. O Estado do mal-estar: corrupção e violência. São Paulo Perspec. vol.13 no.3 São Paulo July/Sept. 1999. Acesso em: 16/06/2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000300007

¹⁰⁵Pesquisas indicam que há uma relação direta entre o PIB e os danos provocados pela corrupção e lavagem de dinheiro. O valor está entre 2% e 5% e foi citado pelo diretor do FMI, Michel Camdessus, em 1988, o qual o definiu como uma "faixa de consenso". Sobre o assunto ver LINHARES, Sólón Cícero. Confisco de Bens. Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. Editora RT. São Paulo. 2016.

¹⁰⁶Manuel, P.M. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Dissertação de Mestrado. Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22846/1/O%20confisco%20alargado%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20portugu%C3%AAs.pdf>
Acesso em 19/06/2018.

as normas e tratados de direito internacional.

Entende, o Supremo Tribunal Italiano, que a aplicação do confisco não viola o direito de defesa, por se tratar de presunção *juris tantum* (relativa), podendo ser afastada e somente aplicável quando for apontada a desproporção entre o valor dos bens, a atividade econômica exercida pelo executado e o seu patrimônio¹⁰⁷.

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, a inversão do ônus da prova, após uma condenação, a fim de se presumir ilícita a diferença patrimonial do executado, não fere o princípio da proporcionalidade, por se tratar de um instrumento legítimo de combate à criminalidade organizada.

Entretanto, ainda que os tribunais dos países acima mencionados tenham buscado entendimento acerca da validade proporcional do confisco, nenhum deles se debruçou sobre a gravidade do crime, apenas elencando um catálogo, muitas vezes, os crimes ali mencionados não dispõem uma lesão ao bem jurídico na proporção da lesão que o confisco pode causar. Daí se depreende a essencialidade da razoabilidade e proporcionalidade na lesão do bem jurídico e na contra-lesão causada pela perda ampliada, levando-se em conta todas as premissas que a subsidiam.

A equação razoabilidade-e-proporcionalidade pode ser adequadamente resolvida, em nosso entendimento, a) pela exigência de que a prática do crime do catálogo sempre ocorra no marco de uma organização criminosa ou, b) como sugerido pela perda ampliada do direito francês, pela estipulação de uma quantidade de pena privativa de liberdade para a perda clássica e uma quantidade maior para a perda alargada ou, ainda, c) uma vinculação entre os bens/propriedades tidos como incongruentes, por ocasião da liquidação, através de uma prova indiciária com o ilícito penal.

¹⁰⁷CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. INCM, 2012. Lisboa. p. 59.

3.4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONFISCO ALARGADO

O Estado de direito tem como principal objetivo oferecer segurança, estabilidade e previsibilidade em sentido amplo, cabendo aos seus administradores exercer o pleno poder a eles conferido, correspondendo em grande parte e medida aos anseios e interesses da sociedade, mediante os instrumentos normativos que vinculam a administração¹⁰⁸.

No direito português, o Estado de direito, além de ser tratado expressamente no artigo 2º da Constituição da República Portuguesa (CRP), é concretizado pela jurisprudência como forma de proteção dos direitos e das pretensões dos particulares frente a possível arbitrariedade do poder estatal¹⁰⁹.

Assim, as relações jurídicas firmadas entre os particulares e os agentes da administração pública, são dotadas de presunção de legitimidade dos atos, conforme a legalidade a que está constitucionalmente obrigado, bem como o interesse público primário, este umbilicalmente relacionado com a moralidade administrativa.

Contudo, quando essas expectativas são violadas, principalmente quando há um abuso da utilização das prerrogativas, insurgem diversas consequências negativas nas atividades económicas, notadamente por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações com o Estado. Para evitar as consequências da violação da confiança, depositada na administração pública, foram criados mecanismos para proteger as expectativas dos particulares¹¹⁰.

¹⁰⁸SACRAMENTO, Monique da Silva. O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português em tempos de crise económico-financeira. Coimbra, 2016, p. 12.

¹⁰⁹*Ibidem*, p. 14.

¹¹⁰LOSSO, Marcelo Ribeiro. O princípio da proteção à confiança nas relações

Os mecanismos de estabilização das relações, resultantes da necessidade de segurança exigida do Estado de direito, concretizaram a ideia de segurança jurídica através da legalidade, por exemplo, e de institutos presentes na conceituação de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada¹¹¹.

Nesse sentido, é possível inferir que a segurança jurídica possui três aspectos essenciais:

- i. previsibilidade em relação às ações do Estado em qualquer de suas funções, o que equivale a dizer que os cidadãos, na qualidade de destinatários das medidas e comportamentos realizados pelo Estado, possam prevêê-las antes de sua concretização;
- ii. acessibilidade, no que se refere ao conhecimento das ações estatais e;
- iii. estabilidade, continuidade, permanência e regularidade das situações jurídicas vigentes e oriundas do comportamento estatal¹¹².

O princípio da segurança jurídica, no que tange ao aspecto objetivo, proporciona a busca de uma estabilidade necessária às relações jurídicas, estabilidade que protege a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, entre outros. No que se refere ao aspecto subjetivo desta estabilidade, é possível dizer que o princípio da confiança legítima e impõe ao Estado limitações na liberdade de agir, especialmente para que o próprio Estado respeite as expectativas dos cidadãos em particular, obstaculizando a surpresa de comportamentos contraditórios por parte do ente público¹¹³.

contratuais entre o Estado e o agente privado, Curitiba, 2008, p. 175.

¹¹¹SACRAMENTO, Monique da Silva. O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português em tempos de crise econômico-financeira. Coimbra, 2016, p 15.

¹¹²CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 158 – 159.

¹¹³SACRAMENTO, Monique da Silva. O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português em tempos de crise econômico-financeira. Coimbra, 2016, p. 19.

Num viés *ex ante*, a proteção da confiança legítima é referida pela noção de previsibilidade em relação à ordem jurídica vigente. De outro lado, a acepção *ex post* da segurança jurídica, refere-se a dimensão de estabilidade, continuidade, permanência e regularidade das relações jurídicas provenientes de ações e comportamentos concretos realizados pelo Estado.

Dessa forma, é possível concluir que a proteção da confiança legítima promove a tutela das pretensões ou direitos subjetivos, visando à preservação dos atos ou dos seus efeitos decorrentes da atividade estatal¹¹⁴.

Nesse sentido, atribui-se o caráter subjetivo do princípio da segurança jurídica à proteção de sujeitos individualizados ou individualizáveis que depositam confiança numa situação suscetível de despertar a legítima proteção¹¹⁵.

Sobre a distinção entre o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, nos ensina GOMES CANOTILHO¹¹⁶:

“Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conecionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos”.

O objetivo do princípio da proteção da confiança legítima não é engessar a ordem jurídica, estagnando o Estado e impedindo-o de realizar alterações que o interesse público almeja. Da mesma forma, também não é admissível que o Estado esteja autorizado, em todas as situações, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas,

¹¹⁴*Ibidem*, p. 18.

¹¹⁵MOTA, Paulo. A proteção da confiança na jurisprudência da crise. O tribunal constitucional e a crise. Coimbra: Almedina, 2014. p. 162.

¹¹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público¹¹⁷.

Cabe, portanto, ao Estado, escolher os instrumentos jurídicos que tornem possível o ideal de justiça material, pela inserção, em seu ordenamento, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações.

Tais disposições, na maioria das vezes, são expressas.

Contudo, podem resultar de construção jurisprudencial, como o princípio da proteção à confiança no direito germânico e europeu, cuja observância é exigida de todos que exercem função estatal¹¹⁸ e, em última análise, necessariamente, a consequência seria uma busca mais sólida da eficácia jurídica dos direitos fundamentais e, nesse contexto uma solidificação maior do exercício da própria cidadania e da democracia.

Não se pode olvidar, notadamente após o advento do Estado Social de Direito, que compete ao Poder Público tornar efetiva a garantia dos direitos fundamentais, resguardando o cidadão de eventuais abusos ou arbitrariedades¹¹⁹.

Desta forma, sua eficácia está ligada diretamente à perspectiva de que cabe ao Estado garantir as condições fáticas e jurídicas que possibilitem o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais, é dizer: assegurar todos os direitos sociais constitucionalmente previstos, identificando e eliminando quaisquer ações ilícitas que coloquem em risco a ordem constitucional e o próprio Estado Democrático de Direito¹²⁰.

¹¹⁷SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 57, 2003, p. 39.

¹¹⁸*Ibidem*, p. 39.

¹¹⁹POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. Revista Direito & Justiça, v. 37, n. 1, p. 9.

¹²⁰SARLET, Ingo. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271-272.

É sabido que a confiança institucional é diretamente afetada com a prática da corrupção no país. A falta de controle, o desvio do dinheiro público, a necessidade de um aumento na carga tributária, o prejuízo a livre concorrência, o aumento do desemprego, dentre outros os fatores que são frutos de um Estado dominado pela corrupção e, nesse contexto, o capital investidor acaba se afastando, proporcionando uma devassa na ordem econômica e social do país¹²¹.

Para que um país venha ser eficiente no cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, é imprescindível assegurar a proteção aos direitos e prestações sociais, capazes de possibilitar que a liberdade possa ser usufruída de forma incondicional e, da mesma forma, proporcionar prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos¹²².

Diferente do que acontece com os demais crimes, a corrupção entranhada dentro da estrutura de um país causa um impacto para além das fronteiras internas do Estado, e causa prejuízo as mais diversas áreas fundamentais e sociais, essenciais à sobrevivência daquele povo, como saúde, educação, lazer, emprego, e inclusive ao próprio controle dos crimes de rua, visto que um Estado fragilizado financeiramente não tem condições de investir em políticas de segurança pública, necessárias ao controle destes crimes.

Desta forma, é possível concluir que não é possível uma coexistência sadia na aplicação, em sua plenitude, da eficácia dos direitos e garantias fundamentais num contexto de corrupção, seja ela privada ou pública.

Assim, a eficácia do Estado em cumprir seus deveres,

¹²¹CHARLES, Wright Mills, citado por DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: Ed. UNESP, 2010. P. 76.

¹²²MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154-158.

promovendo justiça, igualdade e desenvolvimento social está diretamente ligada a medida de combate a corrupção que este país adota, mostrando assim domínio supremo sobre o território, ao demonstrar efetivo controle e propor medidas para estancar esta falha ética que produz, demasiadamente, estragos de ordem econômica e sociais.

Por outro vértice, no que concerne a colisão de direitos fundamentais, inicialmente, é necessário estabelecer a premissa que nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada. Com isso, é imprescindível a definição do conteúdo e a extensão das restrições¹²³ a esses direitos.

¹²³Na concepção da teoria externa acerca dos limites imanentes, o conceito de restrição a um direito sugere a existência, em primeiro lugar, do direito em si, e, em segundo lugar, do que restou do direito após a restrição, o direito restringido. A teoria externa defende, dessa forma, que em um ordenamento jurídico os direitos apresentam-se, em regra, como direitos restringidos, adotando as normas de direitos fundamentais como princípios, ou seja, como posições *prima facie*. Nesse sentido, os postulados desta teoria entendem que a restrição se dá em direitos *prima facie* garantidos pela norma de direito fundamental, e não simplesmente de um bem protegido por essa norma, como defendido pela teoria interna. A teoria interna, por sua vez, não acredita na restrição, mas no limite imanente dos direitos, adotando os direitos fundamentais como regras, ou seja, como posições definitivas. Segundo essa teoria, não são os direitos fundamentais que são restringidos, mas os bens constitucionalmente protegidos contidos nessa norma. Sobre o tema ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. – 5ª edição alemã. Theorie der Grundrechte, publicado pela Suhrkamp Verlag, 2006. p. 277. Ainda acerca do tema, Gomes Canotilho preleciona: “restrições de direitos são normas limitadoras de posições jurídicas que, *prima facie*, se devem considerar como direitos, liberdades e garantias. E quanto aos limites imanentes? Nestes não existe uma norma (constitucional ou legal) de restrição, e, por isso, a doutrina tem procurado sua justificação de outras formas ... por exemplo, a chamada cláusula da comunidade onde direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade, posição essa, segundo o próprio autor, que merece sérias reticências já que a pretexto de de se garantirem direitos dos outros, se colocar de novo os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador ... Diante deste dilema, o autor propõe uma visão metodológica do procedimento jurídico-constitucional a ser seguido para restrição de direitos, passando, em um primeiro momento, pela delimitação do âmbito normativo (1ª instância do método), em seguida a análise recai sobre a restrição ou limitação, especialmente na busca de se responder se os limites são directamente estabelecidos pela Constituição, ou por lei mediante autorização expressa da Constituição, ou

Assim, é possível aceitar que as restrições estabelecidas pelo constituinte são caracterizadas como uma parte do enunciado que garante o direito fundamental, sendo, portanto, apenas descrições daquilo que é protegido.

Como consequência da natureza jurídica constitucional dos direitos fundamentais, as cláusulas que restringem esses direitos devem ser consideradas como expressão de restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidas diretamente pela Constituição¹²⁴.

A concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, como ocorre na teoria interna e externa, respectivamente, é fundamental para o estudo das consequências de eventual conflito entre essas normas.

Um conflito entre regras exige a inserção de uma cláusula de exclusão - que elimina uma das regras do ordenamento jurídico - ou a declaração de invalidade de uma delas para ser solucionado.

Contudo, a colisão entre princípios deve ser solucionada através do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que possuem pesos diferentes, ou seja, a colisão entre os princípios deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses em conflito para definir qual deles tem maior peso no caso concreto¹²⁵.

Assim, enquanto o conflito entre regras ocorre na esfera da validade, a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso. É necessário, dessa forma, decidir qual interesse deve ceder, através da fixação das condições sob as quais um princípio

limites iminentes? (2ª instância) e, por fim, chega-se aos requisitos da lei restritiva (limites dos limites), neste última instância (3ª), busca-se evitar aniquilação dos direitos por via da lei e garantir uma concordância prática entre direitos e bens constitucionalmente protegidos". GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. 6ª edição revista. Livraria Almedina. Coimbra. 1995. p. 606-628.

¹²⁴ALEXYS, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores. p. 288.

¹²⁵*Ibidem*, p. 93.

tem precedência em face do outro.

Isso se deve ao caráter *prima facie* dos princípios. Eles indicam, portanto, uma direção para uma decisão, não sendo obrigatória a sua aplicação, permitindo, assim, diante de uma colisão entre princípios que um deles seja afastado do caso concreto sem que perca a validade ou seja excluído do ordenamento jurídico, como ocorre com as regras, devido ao caráter definitivo, que exige que seja feito exatamente aquilo que por elas é ordenado, sendo aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, tendo como consequência necessária uma determinada decisão¹²⁶.

Nesse sentido, sob ponto de vista de um conceito jurídico de validade, há que se demonstrar que a norma foi elaborada dentro das formalidades legais previamente estipuladas.

Por outro lado, há que se demonstrar que tal norma tem também eficácia social, elemento este que integra ao conceito de validade jurídica, é dizer: “quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, sem nenhuma eficácia social, esse sistema normativo ou esta norma não tem validade jurídica”¹²⁷.

Portanto, quando se incursiona acerca do confisco alargado em um contexto da proteção da confiança, eficácia jurídica dos direitos fundamentais e nas suas eventuais colisões, é primordial que se estabeleça discussões, cada vez mais profundas, sobre o alcance do instrumento, dito de outra forma: seus limites.

Tal reflexão visa, como primeiro norte, aumentar a segurança jurídica depositada pelos cidadãos no próprio Estado, reforçando, nos termos empregados por CANOTILHO¹²⁸, o elemento objetivo da ordem jurídica, gerando, por consequência mais estabilidade de orientação e aplicação do direito em casos concretos de perda ampliada e, num segundo momento,

¹²⁶DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹²⁷*Ibidem*, p. 103.

¹²⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

proporcionando aos indivíduos uma estimativa dos seus efeitos jurídicos.

Quando há uma colisão entre, por exemplo, a aplicação da efetiva da norma procesual penal de um lado e, de outro, o direito a propriedade privada, a questão deve ser solucionada através da análise das particularidades do caso concreto, por isso, a importância de se definir, de forma cada mais mais específica, elementos objetivos para a consecução da perda alargada, sob pena de gerar insegurança jurídica e eventuais injustiças aos jurisdicionados.

Uma situação, penso, é pontual e essencial para a discussão, é dizer: é certo que existe uma relação direta e muito próxima entre a proteção da confiança, a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, a sua eventual colisão e o confisco alargado de bens.

3.5. OS LIMITES DOS TIPOS PENAIS SUJEITOS AO CONFISCO ALARGADO. APLICABILIDADE SOB A ÓTICA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

O Confisco alargado é um instrumento que se destina à recuperação de valores obtidos com a prática de crimes graves, complexos e em situações pontuais, nas quais, em virtude da gama de instrumentos, meios e forma como agem determinados criminosos, o Estado encontra-se em desvantagem uma vez que não dispõe de elementos suficientes que possibilitem uma efetiva contenção.

Via de regra, os princípios gerais do direito asseguram aos indivíduos, dentro do processo penal, a dupla garantia: a) benefício da dúvida e b) a obrigatoriedade do ônus probatório do acusador, que deve comprovar a culpa daquele que está sendo acusado. Trata-se, enfim, do princípio da presunção de inocência, princípio fundamental em razão de que este sujeito não goza das mesmas suficiências em relação aos meios disponibilizados

ao Estado, que possui instrumentos suficientes a levar a imputação até a efetiva condenação. Condenação esta que pode diretamente acabar gerando a exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados para atender as demandas nesta esfera, consequências que colocam em xeque a própria democracia, já que este desequilíbrio ocasiona uma crise na efetiva aplicação dos direitos e garantias individuais¹²⁹.

Lícito trazer a questão sobre aplicação destes princípios aos casos em que se cogita o confisco alargado. Por um lado, a premissa de combate à criminalidade organizada não pode ser o sustentáculo para aplicar uma interpretação em detrimento aos princípios e garantias individuais. Contudo, por outro lado, o contraponto existe e pode ser delineado dentro do sistema normativo -, limitado diante de uma criminalidade evoluída, economicamente organizada -, mas que buscou, no confisco alargado, o meio para responder ao delinquente econômico. Assim, resta delimitar a efetiva aplicação do confisco alargado somente aos crimes chamados de *powerfull*, devido a sua complexidade e facilidade em se estruturar dentro do sistema de um Estado.

Entretanto, defrontamo-nos, aqui, com visível dificuldade, qual seja, a indicação clara e objetiva de critérios para a delimitação acerca dos crimes que podem e devem ser considerados de *powerfull*. A explicação, portanto, desses critérios, impõe-se para afastar penalidade indevida e afastar o risco de uma medida penal ampla, que poderia trazer como consequência a insegurança jurídica.

Em busca da melhor definição para delimitar a extensão da aplicabilidade do confisco alargado de bens, impõe-se, como medida legalmente válida, o estabelecimento de um rol de critérios objetivos para sua consecução, por exemplo: i) o grau de lesão ao bem jurídico tutelado; e ii) estar o crime inserido dentro

¹²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, n.47. 2004. P. 68.

de um contexto sistêmico que gere lucro; e iii) a utilização de meios que visem obstruir, impedir ou qualquer outra forma de dificultar a persecução penal porque praticados no marco de uma divisão de tarefas, com quatro pessoas ou mais, etc.

Em regra, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal concretizam os valores ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, buscando garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade¹³⁰.

Assim, quando há a lesão ao bem jurídico tutelado, promovido por uma ação ilícita, a vítima lesada pode, na grande maioria das vezes, identificar o autor do fato, indicar qual o *modus operandi* adotado pelo criminoso e ainda dimensionar o valor exato do prejuízo causado, o que possibilita à autoridade policial um maior sucesso na apuração do inquérito policial e futura responsabilização dos autores dos crimes¹³¹.

Contudo, quando o bem jurídico tutelado é supra individual, surge uma das principais dificuldades da persecução penal, que é a impossibilidade das vítimas se identificarem como tais e nesta condição, ocultarem às autoridades a respectiva transgressão, o que por si só já dificulta a persecução penal.

Quando um bem jurídico coletivo é violado, até mesmo os indivíduos que sofrem com as práticas criminosas não fazem a mínima ideia do que está acontecendo e sequer sabem que um crime ocorreu naquele local.

É possível citar, como exemplo, o caso das crianças que sofrem com a falta de estrutura e merenda nas escolas, dos pacientes que aguardam no chão dos hospitais devido à falta de leitos, ou do tráfico de drogas, que além das vítimas diretas, carrega um outro conjunto de vitimados por vários outros crimes relacionados ao comércio e consumo de drogas.

Todos estes crimes, acima elencados, possuem uma

¹³⁰PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 63.

¹³¹COLEMAN, James William. A Elite do Crime. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p 13.

característica similar, relacionada à dificuldade de se identificar quem são os sujeitos ativos do delito, quem são os sujeitos passivos, quais são de fato os danos causados e qual foi o lucro obtido com a prática do ilícito.

Este rol de dificuldades traz ao criminoso uma estabilidade na prática de delitos outros, na possibilidade de uma prática criminosa prolongada, tornando quase impossível dimensionar ao certo quanto a organização criminosa lucrou e qual foi o alcance e o tamanho do prejuízo que de fato derivou deste crime¹³².

Acerca do segundo elemento objetivo, isto é, quando o crime é praticado dentro de um sistema estruturado que gere lucro, é possível sua análise através de um cenário onde os agentes se prevalecem das relações e contatos que possuem para explorar as oportunidades de mercado ou, ainda, dirigindo tomadas de decisões que possam ser benéficas aos interesses de seus grupos¹³³.

Nesta moldura, apresenta-se o contexto sistêmico,¹³⁴ o qual é definido a partir da relação entre agentes públicos e particulares, que se valem de suas estruturas para cometimento de crime por meio da exploração das falhas de mercado, formando verdadeira potência criminosa uma vez que conseguem controlar todos aqueles que deveriam fiscalizar ou punir suas ações.

¹³²*Ibidem*. P.13.

¹³³DINO, Alessandra; e MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: Ed. UNESP, 2010. p. 76-77.

¹³⁴VANUCCI, Alberto. La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). La legge anticorruzione. Torino, Giappichelli, 2013, p. 46. Cf. “a corrupção sistêmica se distingue das demais por três elementos centrais: a) todas ou quase todas às atividades são praticadas dentro de uma organização privada com trânsito em bens ou valores de interesse público, as quais estão ligadas entre seus atores pelo recebimento ou pagamento de propina; b) a maioria dos funcionários públicos que compõe esta organização conhecem e sabem que o pagamento das propinas faz parte das “regras do jogo”, integrando uma atividade rotineira; c) os agentes privados estão dispostos a fazer parte desta rede de suborno e distribuição de lucros”.

Podemos citar, como exemplo, os crimes praticados contra o sistema financeiro, bem como as fraudes em licitações. Nestas, grandes gestores públicos aprovam obras superfaturadas em benefício de empresas privadas, envolvendo políticos com poder decisório, restringindo a livre concorrência capitalista por meio de um circuito fechado de privilégios, vale dizer, um capitalismo de laços¹³⁵, de compadrio¹³⁶.

Por fim, quando a organização ou o indivíduo adotam meios de obstrução, ocultação, dissimulação ou qualquer outra conduta com o fim de favorecer a consumação ou exaurimento do crime, incidem nas mesmas hipóteses dos tópicos anteriores, isto é, obstaculizando a identificação, pelo Estado, das práticas delitivas, bem como, notadamente, o real dimensionamento do número de vítimas lesionadas e, dos valores que foram obtidos com a prática dos crimes aqui, destacam-se como exemplo, os

¹³⁵Sérgio Lazzarini define capitalismo de laços como “o modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública”. LAZZARINI, Sérgio G. (Sérgio Giovanetti). *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4.

¹³⁶O termo compadrio remete a nepotismo. Etimologicamente, nepotismo deriva do latim *nepos, nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. “A igreja católica, historicamente teve um grande poder de mercado e quando este poder não era conquistado por meio da superioridade da mensagem da Igreja, era obtido pelo uso da força. Repressão, intolerância contra hereges e, finalmente, a Inquisição – tudo isso tinha o objetivo de evitar a concorrência. Foram precisamente essas barreiras de entrada que permitiram que os papas gozassem e muitas vezes abusassem de um poder inenso, que permitia que colocassem seus filhos e aliados em posições influentes, independentemente do mérito. Este problema não existia nas igrejas protestantes, que são menores e tentam concorrer agressivamente entre si, havendo pouco espaço para favoritismo. Nessas igrejas, a nomeação do pastor ou tesoureiro errado pode facilmente resultar no desaparecimento de uma congregação. Não há margem para erros. O mesmo vale para as empresas. Num mercado verdadeiramente competitivo, não há espaço para corruptos. O espaço surge quando há folga, ou seja, quando uma empresa consegue dominar o mercado. Assim, a corrupção é outro custo importante do monopólio”. Cf. ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 35.

crimes de lavagem de dinheiro e os delitos virtuais cometidos no anonimato da *Deep Web*.

Dada a problematização acima, diante da natureza do Confisco Alargado, é imprescindível delimitar, através de critérios objetivos, o alcance do instituto, dentre os quais, a título de exemplo, inclui-se a vinculação do tipo a determinado rol taxativo, mas sempre praticado no marco de uma organização criminosa, com quatro pessoas ou mais, com divisão de tarefas e com intuito de buscar lucro por meio de práticas sistêmicas, com alto grau de lesão aos bens jurídicos tutelados.

3.6. ESTUDO DE CASO NO DIREITO PORTUGUÊS

Quanto à aplicabilidade do Confisco Alargado no ordenamento jurídico português, os tribunais têm firmado seu entendimento na direção da constitucionalidade da medida, visto a sua eficácia no combate à corrupção.

Quando confrontamos os princípios, já apresentados nesta pesquisa, com o entendimento da Corte portuguesa, extraímos os seguintes resultados - no que tange à propriedade privada:

- I. Em relação ao princípio da presunção de inocência, apesar das críticas por parte de alguns juristas preocupados com o conflito entre princípios constitucionais, o Tribunal da Relação de Coimbra tem se posicionado no sentido de que, após a condenação por um dos crimes descritos no art. 1º da Lei 5/2002, devido suas características, a aplicação do confisco em nada fere a presunção de inocência, visto se tratar de uma presunção *iuris tantum* da origem ilícita dos bens perdidos, a fim de declarar a perda, em favor do Estado, das vantagens que são supostas em atividade criminosa anterior, o que não afronta os princípios constitucionais norteadores do direito¹³⁷.

¹³⁷Acórdão nº 22/09.6ZRCBR-E.C1. De 11/10/2017. Relatoria: JORGE FRANÇA.

- II. No tocante ao princípio da proporcionalidade, o Confisco Alargado é desencadeado pela condenação por um dos crimes descritos em rol taxativo da lei penal. A partir de então, a requerimento do MP aplica-se à inversão do ônus da prova sobre a diferença do valor patrimonial do arguido, vale dizer, aquela que tem por base a (in) compatibilidade com o fruto de seu trabalho e o somatório total de seus bens, de modo a buscar os bens que foram adquiridos através de atividades ilícitas. Após esta inversão, o arguido, podendo valer-se de todos os meios de provas admitidos pelo direito, terá prazo razoável para comprovar a proveniência lícita do patrimônio. Caso o arguido não consiga comprovar a licitude de todo seu montante patrimonial, será decretada perda, em favor do Estado, de toda diferença presumida ilícita.

Nos termos deste instituto, segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, é plenamente razoável a sua aplicação, uma vez que visa unicamente os ganhos provenientes da prática de crimes. Destaca-se que o estopim para a aplicação do confisco contempla a) a prática de um crime e b) a flagrante identificação de uma desproporcionalidade patrimonial entre a condição financeira do arguido e o total de seu patrimônio. Na moldura destes dois condicionantes está dada uma presunção *juris tantum*. Desta forma, prevalece o entendimento que não há violação ao princípio da proporcionalidade: uma vez respeitados os limites estabelecidos em lei, o perdimento dos bens deve ser mantido, visto que não há nenhuma violação das garantias constitucionais, sendo asseguradas ao arguido todas as garantias de defesa, designadamente a de presunção de inocência e do contraditório – art. 32º, 1, 2 e 5 da Constituição da República Portuguesa¹³⁸.

O Tribunal Constitucional Português também decidiu pela constitucionalidade do Confisco Alargado, sob o fundamento de que a Lei n.º 5/2002 apenas opera após a condenação,

¹³⁸ *Idem*.

respeitando o devido processo legal e em nada contrariando a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP:¹³⁹

Na verdade, *in casu*, a «presunção» contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 *apenas opera após a condenação*, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais exceto quando o legislador disponha em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). O princípio de que parte o legislador ao estabelecê-la – princípio cuja não verificação o recorrente sempre poderia ter demonstrado – é o de que ocorreu no caso um ganho ilegítimo, proveniente da atividade criminosa, compreensivelmente reportada ao rendimento do condenado que exceda o montante do seu rendimento lícito.

Ainda nesse sentido, o Tribunal Constitucional Português entende que a presunção de origem ilícita de determinados bens e a sua perda em favor do Estado não caracterizam uma reação do direito penal ao ilícito cometido pelo arguido. Trata-se, isto sim, de uma medida para verificar uma situação patrimonial incongruente. A condenação por um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro é pressuposto para a averiguação de uma possível aquisição ilícita de bens.

A eventual perda de bens se funde numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este, faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos.

No plano processual, o regime de perda de bens se sujeita a um procedimento próprio, que tem como pressuposto a condenação pela prática de um ilícito criminal catalogado no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002.

O montante perdido em favor de Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior. O ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor,

¹³⁹Acórdão 101/2015. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>. Acesso em: 15/05/2018.

sendo oferecida possibilidade de o arguido apresentar a sua defesa, assegurando-se o adequado exercício do contraditório.

Ainda, o arguido dispõe de qualquer meio de prova lícito para refutar a presunção, não se sujeitando às limitações probatórias existentes no processo civil ou administrativo.

No acórdão nº 392/2015, o Relator Conselheiro João Cura Mariano decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 5/2002 quanto à inversão do ónus da prova¹⁴⁰ e ao princípio da presunção de inocência.

Entendeu, o Relator, que a perda de bens a favor do Estado, introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, enquadra-se na problemática da perda de coisas e direitos provenientes da prática de um ilícito criminal prevista, em termos gerais, no Capítulo IX do Código Penal.

Tal regime determina que os instrumentos e os produtos do crime sejam declarados perdidos a favor do Estado, desde que verificados os pressupostos dos artigos 109º e 110º do Código

¹⁴⁰O Ministro da Justiça, António Costa, quando da discussão da Proposta de Lei n.º 94/VIII (que deu origem à atual Lei n.º 5/2002), *in* DAR, 1.ª Série, de 20/09/2001. “De todo o modo, a insuficiência do mecanismo do art. 111.º do CP para este fim (como bem se refere nos Acórdãos do STJ de 24/10/2006 e da RL de 23/10/2007, *in* www.dgsi.pt) é também visível em diversas decisões judiciais, em que ressaltando dos factos provados que os bens apreendidos ao arguido só poderiam ser de origem criminosa, mas não se tendo provado que fossem provenientes do crime pelo qual ocorrer a condenação, nada mais restou do que restitui-los ao arguido [cfr., entre outros, os Acórdãos do STJ de 22/02/1995 e 27/09/2006, *in* www.dgsi.pt]. Aliás, são vários os instrumentos internacionais que recomendam a previsão do confisco “alargado” com inversão do ónus da prova. Como se refere nos Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 476/2015, *in* www.tribunalconstitucional.pt, “Admitindo-se que o legislador não podia ser indiferente à evidência de que o nexo causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes dificuldade de prova, o que é generalizadamente reconhecido, a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado”. Ver contextualização do assunto em Duarte Alberto Rodrigues Nunes, Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. *Revista Julgar*, fevereiro de 2017. p. 12.

Penal, como forma de prevenir sua utilização para a prática de novos delitos ou, até mesmo, para impedir que essa utilização estribe situações que coloquem em risco a segurança das pessoas ou da ordem pública.

É prevista, ainda, no artigo 111º do mesmo diploma legal, a perda das vantagens que decorrem de fatos contrários à legislação penal com o objetivo de subtrair ao arguido os proventos obtidos como resultado da prática do ilícito criminal.

Procura-se, com este regime, colocar o arguido na situação patrimonial em que estaria se não tivesse praticado o ilícito, atendendo, assim, a finalidade preventiva do regime de perda de vantagens, quer de prevenção geral, incidindo sobre o agente do ilícito, quer de prevenção especial, incidindo sobre a sociedade em seu todo. Além da finalidade preventiva, procura-se, também, a restauração da ordem patrimonial que existia antes do fato criminoso.

No entanto, embora não se exija a prova do nexo de causalidade entre o ilícito penal e os proventos, o regime da perda de bens da atividade criminosa exige que sejam atendidos alguns requisitos dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, entre cujos requisitos destacam-se a condenação por um dos delitos previstos no artigo 1º da referida lei e a diferença patrimonial entre o patrimônio do arguido e o seu rendimento lícito.

Alude, ainda, o Relator, para o fato de que os instrumentos jurídicos internacionais têm adotado medidas destinadas a declarar a perda alargada com base na presunção da origem ilícita desses bens. Assim dispõem a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988; a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, concluída em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000; a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detenção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, concluída em

Varsóvia, em 16 de maio de 2005; o Tratado de Amsterdam e o Conselho Europeu de Amsterdam, de 16 e 17 de junho de 1997.

Em síntese, a Corte portuguesa entende que se trata de uma medida legítima que visa combater um ganho ilegítimo, proveniente de uma atividade criminosa.

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.

Em processo que julgou a aplicação do arresto no crime de lenocínio, o Tribunal de Relação de Coimbra procedeu com a liquidação do patrimônio do arguido, no montante de €223.200,00 (duzentos e vinte e três mil e duzentos euros), requerendo que fosse esse montante declarado perdido a favor do Estado¹⁴¹.

Cabe ainda destacar que o TCP tem adotado como fundamento político-criminal deste regime de perda de vantagens, finalidades preventivas do delito (prevenção geral), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo, mas sem que neste último aspecto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (prevenção geral positiva)¹⁴².

Diante do entendimento da Corte Suprema portuguesa, demonstrou-se que o Confisco Alargado é instrumento adequado para a perda de bens que estão na posse do arguido quando considerados desproporcionais aos seus rendimentos lícitos e, portanto, eficaz na contenção da criminalidade organizada e econômico-financeira, enviando uma mensagem de prevenção geral negativa, isto é, que em Portugal a prática de crimes

¹⁴¹Acórdão nº 22/09.6ZRCBR-E.C1. De 11/10/2017. Relatoria: JORGE FRANÇA.

¹⁴²Acórdão nº 392/2015. Tribunal Constitucional Português.

Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em 15/05/2018.

não compensa.

Outro tema que gera debates e discussões na doutrina portuguesa é acerca da natureza jurídica do instituto.

Ao se levar em conta que o confisco alargado não tem relação com a gravidade do crime praticado, tampouco com a culpa do sujeito ou sua periculosidade, ou que não guarda relação retributiva da pena, é adequado afirmar que o instituto não é uma resposta penal¹⁴³ pela prática de um injusto penal culpável, que pode resultar na perda dos instrumentos, produtos ou proveitos do crime¹⁴⁴, mas muito mais próximo de uma prevenção (geral, positiva e negativa), bem como de restaurar a situação

¹⁴³Nesse sentido: PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 315; DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 150; HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira, p. 188; JORGE REIS BRAVO, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in Polícia e Justiça, n.º 8, p. 130, e também em “Criminalidade económico-financeira e organizada: Um desafio sem resposta?”, in RCEJ, 16, pp. 184-185; JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1351; PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in RPCC, 2011, p. 311; DUARTE ALBERTO, A admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes (anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional). Revista Julgar, fevereiro de 2017, p. 14.

¹⁴⁴Não é demais consignar que a medida de confisco ou perda de bens em favor do Estado, expressões semelhantes, conforme reflexão de PEDRO CAEIRO em “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in RPCC, 2011, p. 270 (nota 1), não diz respeito à perda dos instrumentos, produtos ou proveitos do crime, já que seu objeto é completamente diverso (ver Hélio Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos”, in RMP, 134, p. 190-191 e p. 222,223). Contrários ao uso análogo das expressões, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1356 e DAMIÃO CUNHA, “Perda de bens a favor do Estado. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira” ..., Coimbra Editora, 2009, p. 138/139.

patrimonial do arguido, ao seu *status quo ante*.

Há, entretanto, entendimento¹⁴⁵ diverso, segundo o qual a perda de bens das vantagens do delito não seria uma sanção análoga à medida de segurança, notadamente por dois motivos: a existência de fins retributivos, no modelo da finalidade da pena privativa de liberdade, justamente porque o instrumento de confisco alargado visa “*suprimir toda e qualquer vantagem do crime ao seu agente*”; e a “*dispensabilidade de demonstração de qualquer perigosidade do agente ou de risco de continuação da atividade criminosa*”.

Segundo esta percepção, o Confisco Alargado possui natureza híbrida, ligado a necessidades preventivo-gerais e preventivo-especiais negativas do caso concreto, qualificado, portanto, como medida semelhante à pena¹⁴⁶, notadamente no que diz respeito às suas finalidades¹⁴⁷.

Assim, o que se evidencia, na doutrina portuguesa, é que o instituto de perda alargada de bens, em favor do Estado ainda dista de um consenso sobre os seus efeitos jurídicos, emergindo questões relevantes tais como: se possuem uma natureza jurídica essencialmente vinculada ao direito penal, cível, administrativo ou mesmo misto, *sui generis*¹⁴⁸.

¹⁴⁵LEITE, Inês Ferreira. Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público. Volume II. AA FDL Editora. Lisboa. 2016. p. 487.

¹⁴⁶Como verdadeiro efeito de uma sentença penal condenatória, portanto, efeito da pena, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito. 2ª Congresso de Investigação Criminal. Editora Almedina. 2010. p. 39.

¹⁴⁷LEITE, Inês Ferreira. *Ob. cit.*, p. 489.

¹⁴⁸DAMIÃO CUNHA entende que o instituto possui natureza de “*sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal*”, 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 e, da mesma forma, de cunho administrativo, ver BORGES, Francisco. “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Volume I. Direito Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 108. Org. José Faria da Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 2017. p. 224; AUGUSTO SILVA DIAS, como já referido na nota 143, vê o instituto como um efeito

Por outro lado, independentemente da posição adotada, é certo que o confisco alargado pretende impedir um enriquecimento ilícito por parte do arguido, sem que ele tenha logrado demonstrar uma causa justificadora ou legítima e, por esta razão, a perda ampliada incide somente nos valores incongruentes com os rendimentos conhecidos do indivíduo¹⁴⁹ decorrentes de práticas criminosas.

Por fim, outro ponto sensível que merece uma breve incursão diz respeito à transposição¹⁵⁰ do art. 5º da Diretiva

da pena, “Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito. 2ª Congresso de Investigação Criminal. Editora Almedina. 2010, p. 39; nesse sentido, também, como natureza penal, MARQUES, Paulo Silva, “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, Lisboa, *Lusfada Direito*, Nº 10, 2012, p. 313/315, MARIA JOSÉ DOS SANTOS DE MATOS “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, págs. 15 *et seq.*, e MANUEL PICÃO MINAS, “O confisco alargado no ordenamento jurídico português, Lisboa, 2017, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, p. 33; por sua vez, LOURENÇO MARTINS entende que o confisco alargado possui natureza jurídica eminentemente cível. Segundo ele a ação penal que visa condenar um indivíduo pela prática de um crime, possui requisitos específicos para tal e a ação cível, neste caso, destinada a busca da perda dos bens desproporcionais aos rendimentos lícitos do indivíduo, outra natureza jurídica, já que sob o manto de requisitos diversos, MARTINS, Lourenço, “Luta Contra o Tráfico de Droga: necessidades de investigação e sistema garantístico”, Lisboa, *in Revista do Ministério Público*, ano 28, Jul-Set, 2007, n.º 111, p. 50 *et seq.*

¹⁴⁹Da mesma forma que a perda clássica, no confisco alargado, devem ser feitas compensações nos casos em que parte do património é legítimo e parte não, nos termos empregados por Maria do Carmo “ por exemplo, quando é requerida a perda de um imóvel, mas, entretanto, apurou-se que foi adquirido por 500.000 euros, sendo 400.000 euros que derivam de conduta criminosa e os restantes 100.000 euros que derivam de uma herança recebida pelo condenado e, portanto, fazem parte do seu património legítimo”. MENEZES DA SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa prevista na Lei n.º 5/2002 (arts. 7º a 12º). Imprensa Nacional. Ministério Público de Portugal. 1ª Ed. 2018. Porto, p. 104.

¹⁵⁰Neste ponto, Maria do Carmo entende que não houve a transposição do art. 5º da Diretiva 2014/42/UE para a Lei n.º 5/2002, ainda que com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2017 de 30 de maio, já que continua a prever apenas a perda do “valor” de vantagem de atividade criminosa o que não corresponde a perda alargada constante da diretiva, a qual se refere a perda dos “bens”, “tanto mais que nem sequer prevê a

2014/42/UE para a Lei nº 5/2002.

Uma simples leitura dos dois textos deixa claro que há uma certa incongruência, especificamente no que se refere à efetiva perda, restando a questão se da “diferença de valores” da lei interna ou dos “bens” da Diretiva?

Este imbróglio pode gerar certa inadequação em situações envolvendo cooperação jurídica internacional. Basta pensar no exemplo¹⁵¹ trazido por Maria do Carmo, que pode resultar, em certa medida, numa ineficácia na recuperação dos ativos, principal objetivo do instituto de perda alargada e, ainda, podendo incentivar a ocultação de bens nos países que não fizeram a devida transposição da Diretiva, beneficiando, em determinada proporção, os eventuais delinquentes.

4. CONCLUSÃO

A proposta inicial desta investigação teve como premissa apontar os limites e possibilidades do instituto da perda alargada e, para tanto, encetou-se um estudo sistemático acerca dos

perda de bens em espécie” MENEZES DA SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa prevista na Lei nº 5/2002 (arts. 7º a 12º). Imprensa Nacional. Ministério Público de Portugal. 1ª Ed. 2018. Porto, p. 114.

¹⁵¹Um condenado que tem imóveis em Portugal e em Espanha (que podem ser objetos de perda alargada porque preenchem os pressupostos), tudo vai ser muito difícil, porque só pode ser determinado o confisco do valor de cada uma dos imóveis ao abrigo da Lei nº 5/2002, sempre à margem da Diretiva 2014/42/UE (não podendo ser emitida ordem de perda daqueles imóveis, vão ter que se desenvolver outros procedimentos, vai-se gastar mais tempo, no fundo tudo vai ficar como dantes uma vez que só resta a perda do valor, que como sabemos não é a perda alargada dos bens a que se refere a mencionada Diretiva). MENEZES DA SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa prevista na Lei nº 5/2002 (arts. 7º a 12º). Imprensa Nacional. Ministério Público de Portugal. 1ª Ed. 2018. Porto, p. 117.

princípios constitucionais e sua relação direta com o custo ao Estado Democrático de Direito e, em última análise, ao próprio cidadão, nominado processualmente como arguido e estando sujeito às presunções constantes da natureza jurídica do próprio instituto.

O desfecho da pesquisa demonstrou que o Confisco Alargado é, sim, instituto que tem se revelado apto às políticas criminais de perda dos produtos e proveitos do crime nos casos de presunções de ilícitos anteriores, impedindo o ciclo reditício – crime-investimento-crime-reinvestimento-crime. Entretanto, na mesma medida que o Estado procura frear práticas criminosas complexas, fruto de delitos econômico-financeiros, as quais possuem carga destrutiva de alto preço para a sociedade, notadamente porque implicam redução de investimento em políticas sociais essenciais, como educação e saúde, é perceptível que, nesta senda, também o próprio Estado corre o risco de macular direitos e garantias individuais. Dito de outra forma: para se conter práticas criminais complexas é preciso que se restrinjam direitos individuais. Sob este ponto de vista, impõe-se o zelo no afastamento de riscos no manejo do instituto, lembrando, entretanto, que em benefício da sociedade, há tempos não se fala mais em direitos absolutos, intocáveis.

O ponto nevrálgico está, portanto, nos limites desta restrição.

O instituto de perda alargada deve ir até um ponto onde não pode ultrapassar, justamente porque, se o fizesse, estaria lesionando outros bens jurídicos individuais e até coletivos, em maior escala do que àqueles que visa proteger.

Este ponto sensível veio ao encontro do que já se debate acerca de medidas de política criminal, com cunho restritivo de direitos, isto é, a delimitação por meio de requisitos objetivos. É, neste sentido que, com a devida *venia* e na expectativa de contribuir para o enfrentamento da questão, intentamos agregar nossa contribuição, sugerindo, como criterios objetivos, os

seguintes pontos centrais:

1. A medida de perda alargada deve estar fundamentada em condenação por delito grave ou que tenha cunho transnacional;
2. Para que a medida tenha eficácia, necessário se faz que o delito praticado pelo sujeito seja sempre no marco de uma organização criminosa, ou seja, àquele grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Assim, nos casos de os delitos serem praticados de forma isolada ou em concurso de agentes, a regra vigente deve ser a do confisco clássico, não do alargado;
3. Que a presunção de ilicitude dos bens desproporcionais com os rendimentos lícitos do arguido, visando que se preserve o direito fundamental da propriedade privada, funde-se em algum indício objetivo com a prática de outras atividades criminosas contíguas, ainda que tal ligação provenha de provas indiretas, mas jamais decorrentes de presunções, porque estas não são fundadas em fatos. Neste tópico, não é demais consignar que a prova indiciária, indireta, portanto, sempre decorre de fatos, enquanto que a presunção provém de um exercício mental, sem ligação fática.
4. Tribunal pode adotar uma sistemática de equilíbrio, a depender sempre do caso concreto, ou seja, passar a levar em conta as evidencias prováveis, as quais sempre devem estar fundadas em fatos, que podem, razoavelmente, levar a uma conclusão de que é bastante mais provável que os bens do arguido tenham sido adquiridos através da prática de outros delitos, ao invés de atividades lícitas e legítimas. Com efeito, o fato do indivíduo dispor de um

patrimônio incongruente com seus rendimentos conhecidos, deve funcionar apenas como um dos elementos que fundamentem a decisão do Tribunal de perda alargada. Para ser suficiente a decisão, são necessários outros elementos agregados a este. Por certo que o crime não deve compensar, más também não a qualquer preço.

5. direito português ainda não transpôs, de forma efetiva, o Confisco Alargado da Diretiva 2014/42/UE para as disposições da Lei nº 5/2002, e, a título sugestivo apenas, entendemos que Portugal poderia elaborar legislação adequada a fim de corrigir algumas lacunas, especificamente o confisco de bens e não da diferença dos valores, visando, em certa medida, evitar inadequações nas cooperações jurídicas internacionais e na recuperação dos ativos provenientes de práticas ilícitas.
6. Pela Diretiva 2014/42/UE é possível a consecução do confisco alargado mesmo inexistindo desproporção entre ganhos lícitos e ilícitos do arguido, a diretiva se basta¹⁵² pela condenação por um crime do rol taxativo, que a infração possa ocasionar um benefício económico e ainda que se conclua que os bens provém de um comportamento criminoso, com base nas circunstancias do caso. Seria necessário, portanto, a prova de uma atividade criminosa anterior para que a presunção ocorra? Penso que sim. Uma solução viável, notadamente por atender a razoabilidade, seria exigir a prática de uma atividade criminosa anterior através do *standard (balance of probability standard)* probatório da prevalência das evidências e não de uma prova acima de qualquer dúvida razoável. Assim, seria possível que o Tribunal entendesse que o imóvel que o arguido detém direta ou indiretamente tem bem mais probabilidade ser de atividades ilícitas do que lícitas.

¹⁵² E esse são os requisitos para que a presunção de origem ilícita se opere.

Não há dúvida que a perda alargada cumpre seu papel preventivo e em larga escala demonstra que o delito não pode compensar em nenhuma hipótese.

Da mesma forma, também, não há dúvida que sua utilização demanda um grande custo para o próprio Estado Democrático de Direito, notadamente porque as garantias individuais mais caras passam a ser restringidas.

O que já se ganhou com a Lei 5/2002 não pode se perder, sob pena de retrocesso e, neste ponto, a presente pesquisa se mostra válida.

Também é válida ao demonstrar que o instituto é importante e eficaz, mas também importante e eficaz devem ser a preservação das garantias individuais.

Este ponto de equilíbrio se faz por meio da definição de requisitos de ordem cada vez mais objetivos, claros e certos como o levantar da aurora de novo dia.



REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. – 5ª edição alemã. *Theorie der Grundrechte*, publicado pela Suhrkamp Verlag. 2006.

_____. *Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*/Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALTHEIM Roberto. *Direito de Danos: Pressupostos Contemporâneos do Dever de Indenizar*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e*

- Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva 2002.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRAVO, Jorge Reis. *Criminalidade Contemporânea e discurso de legalidade*. Coimbra Editora. Coimbra. 2003.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, parte geral*. São Paulo. Atlas S.A, 2013.
- _____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4^a Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. Pág. 94.
- CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.100. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Jan. 2013.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, comunnautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CAMAZANO, Joaquín Brage. *Ensayos de Teoría General, Sustantiva y Procesal, de Los Derechos Fundamentales en el Derecho Comparado y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Perú. Editorial Adrus, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____, MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa: anotada*. 2^a ed. rev. e ampl. 1^o vol. Portugal: Editora Coimbra, 2014.
- _____, *Direito Constitucional*. 6^a ed. revista. Livraria Almedina. Coimbra, 1995.
- _____, *Terrorismo e Direitos Fundamentais. Criminalidade Organizada e Criminalidade de*

- Massa. Interferências e Ingerências Mútuas. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Edições Almedina. Coimbra. 2009.
- CHARLES, Wright Mills, citado por DINO, Alessandra; MAIE-ROVITCH, Wálter Faganiello. Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: Ed. UNESP, 2010.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Los retos de la política criminal Europea en matéria de confiscación, Madrid, Dickinson, 2008.
- COLEMAN, James William. A Elite do Crime. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005.
- CORREIA, João Conde. Da proibição do confisco à perda alargada. INCM, 2012.
- COSTA, José Faria. *O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico – Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários*. Coimbra Editora. 2009.
-
- “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Volume I. Direito Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 108. Org. José Faria da Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 2017.
- CUNHA, José M. Damião da. *Perda de Bens a Favor do Estado. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. Volume III. Coimbra Editora. 2009.
- DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves). In: Revista Julgar online – 2009.
- DIAS, AUGUSTO SILVA. Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito. 2ª Congresso de Investigação Criminal. Editora Almedina. 2010.

- DE ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *COMENTÁRIO DO CÓDIGO PENAL à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora. 3ª Edição. 2015.
- De CARLOS A. REIS RODRIGUES e HÉLIO RIGOR RODRIGUES. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Edição Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, maio de 2013.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*.
- DINO, Alessandra; e MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: Ed. UNESP, 2010.
- DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações*. Porto. 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal, panorâmica de alguns problemas comuns*. Editor Livraria Almedina. Coimbra. 2001.
- GODINHO, Jorge Fernando. “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, Artigos 1.º e 7.º a 12.º)”. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- LAZZARINI, Sérgio G. (Sérgio Giovanetti). *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*. – Rio de

- Janeiro: Elsevier, 2011.
- LEITE, Inês Ferreira. Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público. Volume II. AA FDL Editora. Lisboa. 2016.
- LIGETI, Katalin e SIMONATO, Michele. *Chasing Criminal Money, Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. 2017.
- LIMA, Mário Rodrigues. Intervenção do Estado na propriedade privada: a supremacia dos interesses públicos primários como medida de justiça social. *Revista Bonijuris*, n. 634. V. 28. Curitiba. Editora Bonijuris. Set. 2016.
- LIMA, Vinicius de Melo. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, p. 201-234, jan. 2012.
- LINHARES, Solon Cícero. *Confisco de bens – Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.
- LOSSO, Marcelo Ribeiro. O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado, Curitiba, 2008.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MANUEL, P.M. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Dissertação de mestrado.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTÍN, Joaquim Delgado. *O Princípio de Reconocimiento Mútuo de Resoluciones Judiciales*. La Ordem de Detención Europea y los Procedimientos de Entrega entre los

- Estados-Membros de la Unión Europea. Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, P. G. G. . Curso de Direito Constitucional - 11ª Edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. 1504.P.
- _____, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo. 2012.
- _____, *Jurisdição Constitucional*. Organização Gilmar Ferreira Mendes. Brasília: IDP, 2012.
- MENEZES DA SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de. O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs. “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa prevista na Lei nº 5/2002 (arts. 7º a 12º). Imprensa Nacional. Ministério Público de Portugal”. 1ª Ed. Porto, 2018.
- MINAS, M.P. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Ano de obtenção: 2017. Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal.
- MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. – 2ª ed. – Almedina. Coimbra, 2017.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOTA, Paulo. A proteção da confiança na jurisprudência da crise. O tribunal constitucional e a crise. Coimbra: Almedina, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31º Ed. São Paulo. Atlas, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Editora Coimbra. 2003.

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Fundação Getúlio Vargas – FGV – Direito Rio. 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal, jurisprudência conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 416.
- _____. *Direito Penal Econômico*. 5ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013. Pág. 392.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. *Revista de Direito & Justiça*, v. 37, n. 1.
- POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel, *Neoconstitucionalismo* (s). Trotta: Madrid, 2003.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. 3ª edição. Ed. Centro De Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*. Direito Penal Econômico e Europeu: Texto Doutrinários. Coimbra Editora. 2009.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia*. Uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2006.
- SACRAMENTO, Monique da Silva. *O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português em tempos de crise econômico-financeira*. Coimbra, 2016.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderacion*

- judicial. In: CARBONEL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 57, 2003.
- SOARES, Joaquim Miguel Moreira Magalhães. *Restrições ao Exercício de Direitos Fundamentais*. Porto. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2004.
- TEUBNER, Gunther. Saskia Sassen e Stephen Krasner. Estado, Soberanía y Globalización. Nuevo Pensamento Jurídico. Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Bogota. Colômbia. 2010.
- TIEDEMANN, Klau. *Manual de Derecho Penal Económico*. Parte Geral y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado. Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Edições Almedina. Coimbra. 2009.
- VANUCCI, Alberto. La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). La legge anticorruzione. Torino, Giappichelli, 2013.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, Editora Almedina. 5ª Edição, 2012.
- VAZ. J.V. Crime e sociedade. Portugal na segunda metade do século XIX. CITCEM. Braga. 2011.

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

CONSULTA EM SITES DA INTERNET

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.268, de 2016*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E45B6181DBE306EBC086F18B7C9986DB.proposicoesWeb2?codteor=1432160&filename=Avulso+-PL+4268/2016. Acesso em: 23/04/18.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *PELO MP: CONFISCO ALARGADO*. Disponível: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/confisco-alargado-roberto-vieira.pdf> Acesso em: 05/03/18.

Ministério Público Federal. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 03 de maio de 18.

PLANALTO. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/04/18.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 28/05/18.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28/05/18.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*.

- Disponível: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 28/05/18.
- FURLAN, Anderson. *Confisco Alargado*. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/anderson-furlan/confisco-alargado-bt210zh1sud8jxbaabxgljt31>. Acesso em: 22/05/18.
- LINHARES, Solon Cícero. CARDELLI, Luiz Henrique. *O Confisco Alargado como Instrumento frente à Criminalidade Transnacional*. Disponível em: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/331/242>. Acesso em: 11 de maio de 2018.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental*, breves notas introdutórias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/194/ril_v49_n194_p53.pdf>. Acesso em: 21/05/18.
- MARQUES, Paulo Silva, "O Confisco Ampliado no Direito Penal Português", Lisboa, Lusíada Direito, Nº 10, 2012. Disponível em: http://repositorio.ulsiada.pt/bitstream/11067/980/1/LD_n10_7.pdf Acesso em 06/08/2018.
- DE 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. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16045/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20final%20de%20Mestrado-PDF.pdf> Acesso em 06/08/2018.
- MINAS, Manuel Picão, *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*, Lisboa, 2017. Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22846/1/O%20confisco%20alargado%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20portugu%C3%AAs.pdf> Acesso em 02/08/2018.