

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MAURICIO SILVA LEITE

A perda alargada no sistema jurídico brasileiro

Doutorado em Direito

São Paulo

2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MAURICIO SILVA LEITE

A perda alargada no sistema jurídico brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Leite, Mauricio Silva

A perda alargada no sistema jurídico brasileiro /
Maurício Silva Leite. -- São Paulo: [s.n.], 2023.
183p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Claudio José Langroiva Pereira.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. perda alargada. 2. bens incompatíveis com a renda
lícita. 3. critérios de validade. 4. processo penal. I.
Pereira, Claudio José Langroiva. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos
Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

MAURICIO SILVA LEITE

A perda alargada no sistema jurídico brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira.

Aprovado em: _____/_____/_____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*À minha esposa Nathalia,
e aos meus filhos Henrique e Eduardo.*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar a perda alargada instituída pela Lei n. 13.964/2019, mais especificamente, a inserção do art. 91-A ao Código Penal, que prevê a possibilidade de se decretar a perda de bens do condenado incompatíveis com a sua renda lícita. O estudo parte da seguinte hipótese: a perda recém-instituída poderá enfrentar limites à sua aplicabilidade, principalmente no que tange à necessidade de obediência aos direitos e garantias constitucionais ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência, à reserva legal, ao *ne bis in idem* e à isonomia. Diante disso, analisa-se a inserção do instituto no sistema jurídico brasileiro para demonstrar que a sua aplicação deve obedecer determinados critérios de validade no processo penal, sem os quais tornar-se-á incompatível com a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esta tese é desenvolvida a partir de uma pesquisa científica *qualitativa* (cujos dados levantados fornecem detalhes e profundidade de conhecimento, para uma compreensão mais aprimorada do conteúdo defendido), estruturada em 3 capítulos de caráter *exploratório* (com ênfase no caráter subjetivo do objeto, no estudo de suas particularidades e experiências singulares) e norteadas pela narrativa *analítico-descritiva*, na medida em que se utiliza da legislação, da história de institutos específicos do direito penal e processual penal como sistema e ordenamento jurídico, não só nacional mas internacional, em alinhamento com os tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: perda alargada; bens incompatíveis com a renda lícita; critérios de validade; processo penal; Constituição Federal; direitos humanos.

ABSTRACT

This study examines the extended confiscation established by Law no. 13,964/2019, specifically, the insertion of art. 91-A of the Penal Code, which provides for the possibility of forfeiture of assets from the convicted individual that are not compatible with one's legal income. This investigation is based on the following hypothesis: the forfeiture may face limits to its applicability, mainly regarding the need to follow constitutional rights and guarantees of due legal process, broad defense, adversary proceedings, the presumption of innocence, the legal reserve, *ne bis in idem* (double jeopardy), and equality. As a result, the thesis analyzes the insertion of the concept in the Brazilian legal system to indicate that its application must comply with certain criteria of validity in criminal procedure, without which it will become incompatible with the Federal Constitution of 1988 and international treaties of human rights recognized by the Brazilian legal system. The thesis framework is based on qualitative scientific research (whose data collected provide details and in-depth knowledge of the topic for a better understanding of the matter at stake). It is structured in 3 chapters of an exploratory nature (with emphasis on the subjective character of the object, the study of its particularities and singular experiences). An analytical-descriptive narrative also guides it, as it uses legislation, the history of specific national and international doctrines of criminal law, and criminal procedure as a legal system, aligned with international human rights treaties.

Keywords: extended confiscation; assets incompatible with legal income; validity criteria; criminal proceedings; Federal Constitution; human rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRACRIM	Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CF/1988	Constituição Federal de 1988
coord.	coordenador/coordenadora
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
CP/1940	Código Penal de 1940
CPP/1941	Código de Processo Penal de 1941
Des.	Desembargador/Desembargadora
ed.	edição
EU	<i>European Union</i>
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	juízo
Min.	Ministro/Ministra
n.	número
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	organizador/organizadora
p.	página
PL	Projeto de Lei
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Rel.	Relator/Relatora
Resp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira

RT	Revista dos Tribunais
segs.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Trad.	Tradução
UE	União Europeia
Unesp	Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
v.	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL DURANTE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	17
1.1 Breves linhas sobre a evolução das garantias processuais penais no processo penal brasileiro	17
1.2 A teoria do risco de Ulrich Beck e a complexidade do papel exercido pelo direito penal e pelo direito processual penal na sociedade contemporânea	48
1.3 Princípio da dignidade humana	65
1.4 Garantia de ser julgado por um juiz independente e imparcial	68
1.5 Garantia da presunção de inocência	70
1.6 Garantias ao contraditório e à ampla defesa	73
1.7 Garantia ao duplo grau de jurisdição	78
1.8 Garantia ao devido processo legal	79
1.9 Garantia ao <i>ne bis in idem</i>	81
1.10 Garantia à reserva legal	82
2 A PERDA ALARGADA	86
2.1 A perda alargada no direito comparado	90
2.2 A experiência portuguesa	94
2.3 A Lei n. 13.964/2019	99
2.4 Natureza jurídica da perda alargada	106
3 A PERDA ALARGADA E SUA APLICAÇÃO VÁLIDA	122
3.1 A perda alargada e a correlação entre a acusação e a sentença	127
3.2 A perda alargada e a presunção de inocência	135
3.3 A perda alargada e o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório	140
3.4 A perda alargada e a garantia à reserva legal	143
3.5 A perda alargada e o <i>ne bis in idem</i>	146
3.6 A perda alargada e a isonomia	149

3.7	Proposta de aplicação válida da perda alargada no ordenamento jurídico brasileiro	153
3.8	Inconstitucionalidade do artigo 91-A do CP/1940	155
	CONCLUSÃO	170
	REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A perda alargada foi introduzida na legislação pátria por força da Lei n. 13.886/2019, com aplicação restrita aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), na qual exigiu-se, para a aplicação da medida confiscatória prévia condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, existência de incompatibilidade entre os bens do condenado e aqueles compatíveis com seus rendimentos lícitos e existência de elementos probatórios indicativos de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação com organização criminosa.

Coube à Lei n. 13.964/2019, posteriormente, inserir a perda alargada no art. 91-A do CP/1940, generalizando a sua aplicação a todos os demais crimes não previstos na Lei n. 11.343/2006, desde que haja prévia condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão e existência de incompatibilidade entre os bens do condenado e aqueles compatíveis com seus rendimentos lícitos. O novo diploma legal, no entanto, durante o processo legislativo teve excluída a exigência quanto à prova da conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação com organização criminosa.

Com base no cenário descrito, a tese desenvolvida objetiva investigar o instituto da perda alargada, inspirado na legislação portuguesa, cujas raízes estão vinculadas à normatização vigente na comunidade europeia, a repetir, conforme ocorrera em período específico da história do Brasil, o período colonial, um processo de nacionalização da legislação europeia no país. Atualmente, a legislação que rege a matéria está fortemente vinculada à Diretiva n. 2014/42/EU do Parlamento Europeu, cujo conteúdo recomenda a adoção de medidas de perda de bens ampliadas, visando a conceder maior eficácia no combate à criminalidade, principalmente, aquela praticada por intermédio de organizações criminosas, reforçando, assim, a necessidade de a perda alargada conter requisito que a vincule às condutas adotadas pelo crime organizado.

O estudo não parte de um problema em si a ser resolvido sob o aspecto científico, mas de uma hipótese. Sob o aspecto metodológico, relevante distinguir ambos os conceitos para firmar a posição aqui definida.

Se eleito um problema a ser resolvido, a tese partiria, necessariamente, de um assunto controverso, ainda não respondido satisfatoriamente no campo jurídico (ou em qualquer outro campo do conhecimento), que poderia ser objeto de pesquisas científicas ou discussões acadêmicas.

Já ao se eleger uma hipótese, parte-se de uma solução possível ao problema formulado em relação ao objeto de pesquisa, uma expressão discursiva suscetível de ser declarada verdadeira ou falsa. Ao contrário do que generalizadamente se pensa, a hipótese é uma resposta prévia e não uma pergunta ou indagação.

Diante disso, esta tese parte de uma hipótese, de um texto que procura explicar, ainda que provisoriamente, aquilo que se desconhece, mas que se acredita ser verdade sobre a discussão colocada.

Dessa forma, esta tese parte da seguinte hipótese: a perda alargada, conforme recém-instituída pela legislação em debate, poderá enfrentar limites à sua aplicabilidade, principalmente no que tange à necessidade de obediência aos direitos e garantias constitucionais ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência, à reserva legal, ao *ne bis in idem* e à isonomia.

Analisa-se, diante disso, em que patamar se encaixa o instituto no sistema jurídico nacional para, em primeiro lugar, explicitar seus conceitos e fundamentos e, em segundo, traçar relações visando a demonstrar que sua aplicação deve obedecer determinados critérios de validade no processo penal, sem os quais o instituto se torna incompatível com a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa científica *qualitativa* (cujos dados levantados fornecem detalhes e profundidade de conhecimento, para uma compreensão mais aprimorada do conteúdo defendido), estruturada em 3 capítulos de caráter *exploratório* (com ênfase no caráter subjetivo do objeto, no estudo de suas particularidades e experiências singulares) e norteada pela narrativa *analítico-descritiva*, na medida em que se utiliza da legislação, da história de institutos

específicos do direito penal e processual penal como sistema e ordenamento jurídico, não só nacional mas internacional, em alinhamento com os tratados internacionais de direitos humanos. Do ponto de vista estrutural, o trabalho aqui desenvolvido se divide em três capítulos.

No capítulo 1, inicia-se traçando uma linha histórica acerca das garantias relativas ao acusado no processo penal brasileiro para demonstrar sua evolução no país, do Brasil Colonial à contemporaneidade. Embora seja necessário registrar o panorama geral constitucional brasileiro, no que diz respeito a diferentes momentos sociais e políticos da história do país, até para demarcar a presença (ou ausência) do instituto, é a Constituição Federal de 1988 o diploma utilizado nesta tese como norte para se traçar os fundamentos mais sólidos da argumentação proposta.

Ainda nessa primeira parte do estudo, são descritas as mais importantes garantias fundamentais presentes tanto nos diplomas nacionais quanto internacionais voltadas a assegurar a dignidade humana dos acusados. O estudo perpassa, nessa parte, não só pela legislação nacional, mas, inclusive, pelas legislações internacionais (Pactos, Tratados, Acordos, Cartas e Convenções) regentes não só em território americano (com destaque à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica – e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), mas também europeu (Diretivas Europeias e Tribunais Europeus).

Para cumprir o propósito acima, inicia-se pela categoria de princípios fundamentais dentre os quais, para o objetivo aqui delineado, se destaca a dignidade humana, erigida a esta condição pela Constituição Federal de 1988, e cuja importância já havia sido destacada em período muito anterior, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 06-07-1992, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969, e ratificada pelo Brasil em 25-09-1992. Ambos os documentos, aliás, são responsáveis por pautar a discussão proposta nesta tese, pois, neles, foram estabelecidas garantias que devem nortear o processo penal legitimador do poder punitivo estatal, sem as quais se verificam a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos humanos, o que inclui, por evidente, a afronta ao princípio da dignidade humana.

Em seguida, dedicam-se algumas linhas para as demais garantias asseguradas a todo ser humano envolvido diretamente em uma demanda processual: de ser julgado por juiz independente e imparcial, à presunção de inocência, ao contraditório e à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo legal, à garantia ao *ne bis in idem* e, para encerrar o capítulo, à garantia da reserva legal.

Nesse capítulo inicial, uma outra discussão se fez presente, pois necessária ao contexto contemporâneo da criminalidade no qual atuam o direito penal e processual penal: a chamada sociedade de risco. Trata-se de uma nova realidade enfrentada pelo direito penal na tutela dos bens jurídicos coletivos e individuais.

Fato é que, sempre, na história da humanidade, existiram riscos relacionados à convivência do ser humano em sociedade, sejam eles decorrentes das novas descobertas oriundas da era industrial, seja agora, fruto de uma nova demanda, nascida do desenvolvimento sem medida das novas tecnologias a conectar e impor ações relacionadas à globalização das relações jurídicas. O tema, ainda que não exaustivo, é trazido nesta tese sob o olhar de Ulrich Beck.

No capítulo 2, todo o esforço se direciona, exclusivamente, ao instituto da perda alargada, em suas mais diferentes faces. Inicialmente, ressaltam-se as percepções acerca do instituto no âmbito do direito estrangeiro, abrindo espaço para uma investigação mais minuciosa voltada apenas à legislação portuguesa, dadas as particularidades envolvendo o tema naquele país, e o fato de ter inspirado a lei brasileira nesse segmento. Ato contínuo, a tese retoma o seu olhar para o ambiente interno brasileiro no intuito de dissecar a Lei n. 13.964/2019 e pavimentar o território que irá conduzir o debate voltado à natureza jurídica da perda alargada.

Fechando o ciclo do raciocínio, no capítulo 3, enfatiza-se a aplicação válida da perda alargada, correlacionando o instituto, respectivamente, com a acusação, a sentença, a presunção de inocência e o devido processo legal – incluindo, neste último, aspectos relevantes da ampla defesa e do contraditório.

Passa-se, então, a analisar a perda alargada tendo em vista a garantia à reserva legal, o *ne bis in idem* e a isonomia para, ao final, propor-se uma aplicação válida ao instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se, como pontos de atenção deste trabalho, que a incompatibilidade patrimonial que gera a perda alargada revela nuances relacionadas diretamente ao acúmulo de riquezas decorrente de uma vida criminosa, em especial, ligada ao crime organizado. Em razão disso, sua aplicação não deve ser ampliada a casos de menor gravidade, mas restrita quando se verifica conduta profissional, habitual, reiterada ou praticada por organização criminosa, visando à busca da proporcionalidade e à obediência aos demais princípios constitucionais citados.

Diante disso, a perda alargada deve ser aplicada somente em casos mais graves, obedecendo ao critério de proporcionalidade pela ofensividade do delito correspondente. Exige-se que a sua verificação seja precedida da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal no Estado Democrático de Direito. É o que se propõe a investigar.

1 AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL DURANTE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Neste capítulo, uma linha histórica pretende demonstrar as garantias relativas ao acusado no processo penal brasileiro, no intuito de registrar sua evolução no país, do Brasil Colonial à contemporaneidade.

Ainda nessa primeira parte, descreve-se, com maior detalhamento as características mais específicas dessas garantias fundamentais, presentes tanto nos diplomas nacionais quanto internacionais voltadas a assegurar a dignidade humana dos acusados.

Uma parte específica do trabalho, ainda neste início de discussão, se dedica a explorar o conceito de sociedade de risco, que ganhou o mundo através da percepção de Ulrick Bech.

Para cumprir esse propósito, inicia-se pela categoria de princípios fundamentais dentre os quais, para o objetivo aqui delineado, se destaca a dignidade humana, erigida a esta condição pela Constituição Federal de 1988, e cuja importância já havia sido destacada em período muito anterior, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

1.1 Breves linhas sobre a evolução das garantias processuais penais no processo penal brasileiro

O processo penal evoluiu historicamente, de maneira bastante peculiar, até chegar ao modelo em vigor no Brasil, cujas características contemporâneas devem ser compreendidas – e jamais dissociadas – do modelo político adotado pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), concebido como um Estado Democrático de Direito.

Nos séculos anteriores, verificou-se um processo penal brasileiro influenciado pela legislação portuguesa – em decorrência da própria colonização – cujas características, até pouco tempo antes da independência do Brasil, eram marcadas por um processo inquisitório.

Não se pode olvidar a noção de que o sistema processual penal é um reflexo do pensamento político e das relações de poder existentes no Estado e no momento histórico em que está inserido.

O sistema inquisitório, embora remonte à Roma antiga, floresceu durante a Idade Média, especialmente a partir do século XII, atingindo seu ápice com a inquisição espanhola, iniciada no século XV¹. Guilherme de Souza Nucci² o define como um sistema em que a acusação é exercida pelo julgador, que concentra o poder, no qual “a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa”³.

Nesse sentido, os colonizadores portugueses trouxeram consigo o sistema processual penal de sua terra natal, que dominava o continente europeu naquele início do século XVI, notório pela concentração de poder em governantes autoritários e pela forte repressão estatal.

Aury Lopes Junior explica que o processo inquisitório deve ser visto como “manifestação do absolutismo, que concentrava o poder estatal de maneira indivisível nas mãos do soberano, que *legibus absolutus* não estava submetido a restrições legais”⁴.

De fato, o modelo processual penal então adotado se alinhava profundamente à estrutura estatal dos Estados europeus, notadamente pela falta de transparência e de participação popular, limitações ao exercício da defesa e do contraditório e,

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: RT, 1995, p. 41.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O autor alega que o modelo, embora falho, foi eficaz como instrumento de justiça social em parte da Idade Média, no enfrentamento dos abusos de indivíduos abastados e influentes contra a população pobre, pois, na sua visão, um sistema de justiça penal baseado em total igualdade, naquela época, não seria capaz de resolver a questão. Discorda-se desse entendimento, porquanto parece relativizar práticas que afrontam os princípios do contraditório, ampla defesa e dignidade da pessoa humana.

³ “[...] o sistema inquisitivo se caracteriza pelo sigilo dos atos processuais, pela concentração das funções de acusar e julgar no juiz, pela inexistência do contraditório e pela total participação do magistrado na obtenção das provas, de forma que, ao decidir, já não tem o menor sinal da imparcialidade indispensável à função de julgar. Nesse sistema, a tortura foi meio legal de obtenção de prova e a confissão, prova absoluta do fato”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

principalmente, pela concentração de poder nas mãos do magistrado, que cumulava as funções de investigador, acusador e, evidentemente, julgador.

Registra-se, neste aspecto, as Ordenações Filipinas, cuja triste memória, quando resgatada, traz à tona uma época em que os processos eram realizados de maneira cruel e marcados pelas degradantes devassas:

As devassas eram inquirições para informação dos delitos. Havia devassas gerais e especiais: as gerais, sobre delitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir os seus cargos, e eram gerais as chamadas Janeirinhas, que, em relação a alguns crimes, se tiravam em janeiro de cada ano; as especiais supunham a existência do delito de que fosse só incerto o delinquente. As *devassas gerais* deviam terminar dentro de 30 dias depois de começadas; as *especiais* deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar dentro de 30 dias. Em regra, as testemunhas perguntadas nas *devassas* não podiam exceder de 30. A competência para as *devassas gerais* era dos juízes de fora e ordinários e dos corregedores nas suas corregedorias; a competência para as *devassas especiais* era dos juízes no território onde fora cometido o delito ou dos juízes e outros ministros comissionados para isso⁵.

Segundo Bárbara Dantas e Luiz Claudio M. Ribeiro⁶, as devassas eram uma espécie de inquérito conduzido por uma pessoa designada pelo Governador Geral da colônia nomeada pelo Rei, cuja finalidade principal era manter a ordem e a autoridade real e exercer o controle sobre as diversas “feitorias e colônias no ultramar”, o que lhe dava um significado jurídico e político.

Nesses processos inquisitórios, eram utilizados procedimentos marcados pela tortura na obtenção de provas, como os tormentos, que poderiam ser aplicados mediante o açoite dos acusados, sobretudo nos escravos⁷. Os processos finalizavam, em alguns casos, com a aplicação de penas arbitrárias, que poderiam ser aplicadas

⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. 2. ed. Campinas/SP: Millenium, 2000, p. 97.

⁶ DANTAS, Bárbara; RIBEIRO, Luiz Claudio M. Devassa – origens e significados históricos. **Revista do Arquivo Público do Estado do Espírito Santo**, ano 6, n. 11, jan.-jun. 2022, Vitória/ES: Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/revapees/article/view/40752>. Acesso em: 31 ago. 2023, p. 132.

⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. 2. ed. Campinas/SP: Millenium, 2000, p. 98.

segundo critérios subjetivos e desvinculados da norma, estabelecidos pelo próprio julgador:

Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório e escrito. Pela mesma razão, desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a 'rainha das provas': a confissão⁸.

Neste cenário, as instruções secretas eram desenvolvidas sem preocupações com os direitos dos indivíduos e a defesa ficava reduzida à mera formalidade. No entanto, já naquele período, anunciava-se a necessidade de se pensar em ideais mais liberais a influenciar o processo penal, o que levou vários textos legislativos a iniciarem uma transformação que, mais tarde, culminaria com a Revolução Francesa.

Um exemplo desse processo de transição foi o Código Carolino de 1532, na Alemanha, que serviu de fundamento para uma teoria completa da prova, e a abolição dos Tribunais da Inquisição e da Tortura da Itália em 1730⁹. Todavia, a partir da Revolução Francesa é que, de fato, ocorreram várias mudanças no processo penal, cuja importância passou a ser reconhecida para garantir os direitos do acusado, contrariando o sistema inquisitório em vigor até então:

O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiram no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo¹⁰.

Consagrou-se o princípio do livre convencimento do juiz, em 18 de janeiro de 1791, introduziu-se a assistência do advogado e a sua presença nas colheitas de provas orais, além da publicidade das audiências e outras medidas¹¹. Mais tarde, teve

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-65

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 37.

¹⁰ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 38.

início o período das Codificações e de certa adaptação a partir das mudanças de caráter mais liberal surgidas na Europa e nos Estados Unidos da América (EUA)¹².

Mesmo enfrentando resistências e críticas, a propagação das ideias humanitárias na justiça penal – intensificada pela Revolução Francesa – começou a influenciar as legislações seguintes, como ocorreu em Portugal em 1821, ao extinguir as devassas gerais.

Em 23 de maio de 1821, D. Pedro expediu decreto no Brasil admitindo o direito de intervenção da defesa em alguns atos instrutórios e do acesso ao interrogatório do réu, salvo em casos de urgência absoluta¹³. Assim, impulsionado pelas ideias liberais já espalhados pela Europa, após a Proclamação da Independência, surgiu no Brasil a Constituição de 1824 que estabeleceu, em seu art. 179, os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, nos quais se incluíam os direitos e garantias no processo penal¹⁴.

No texto constitucional de 1824, estavam presentes princípios como presunção de inocência, legalidade, anterioridade, igualdade e não transcendência das penas, o que culminou com o subsequente Código de Processo Criminal de 1832.

No intervalo de aproximadamente um século e meio, o Brasil teve mais seis Constituições¹⁵ até chegar ao texto atual, as quais não serão analisadas nesta tese, tendo em vista o escopo de investigar o tema proposto apenas à luz da Constituição Federal de 1988.

¹² No mesmo período, os EUA passaram por semelhante transformação. Há registros de normas estaduais nas quais se faz referência ao *due process of law*, até que o Congresso, em 1868, aprovou emenda, ratificada pelos Estados sob o n. XIV, cuja redação estabeleceu: “*all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* Tradução livre: “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado deverá fazer ou fazer cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado também não privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis”.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 41.

¹⁴ O art. 179 possuía 35 incisos, nos quais se inseriam importantes direitos individuais como liberdade de expressão, direito à propriedade, intranscendência das penas e direito à igualdade.

¹⁵ Antes da Constituição Federal atual, o Brasil teve Constituições nos anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967.

Embora se reconheça a importância histórica desses textos, o Brasil enfrentou regimes políticos ditatoriais por longos períodos, o que, ao menos para o escopo desta tese, dispensa o parâmetro adotado naqueles momentos como elemento de discussão para o desenvolvimento da teoria a partir do processo penal no Estado Democrático de Direito.

Chegou-se, portanto, à CF/1988, que ganha roupagem distinta, mais liberal e cidadã, com forte protagonismo dos direitos humanos e ênfase à dignidade humana, prevista no seu art. 1º, III, como princípio fundamental.

Nela, foram consagrados princípios característicos do sistema processual acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal¹⁶, conforme expõe Julio Fabbrini Mirabete:

No Brasil, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece “o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora se assegure ao ofendido o direito à ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 e 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX)¹⁷.

A CF/1988, porém, não indica expressamente o sistema processual adotado, o que ainda causa debate acadêmico envolvendo a definição do sistema brasileiro, conforme observa Norberto Avena:

O tema relativo ao sistema processual penal adotado no Brasil sempre foi controvertido na doutrina e na jurisprudência, a maioria apontando o sistema acusatório, sem embargo de outros defenderem a incidência do sistema misto ou inquisitivo garantista. Para os adeptos da primeira corrente, a consagração do modelo acusatório está clara em várias disposições da Constituição Federal, em especial aquelas que referem a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e as garantias da isonomia processual (art. 5º, I), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Já os defensores do segundo entendimento aduzem que, muito

¹⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: RT, 1995, p.42.

embora a Constituição Federal tenha incorporado regras pertinentes ao sistema acusatório, o direito brasileiro agasalhou resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, do que é exemplo a faculdade conferida ao juiz de produzir provas *ex officio*, prevista genericamente no art. 156 do CPP e ratificada em várias outras disposições do mesmo Código e da legislação complementar¹⁸.

Renato Marcão, assim como Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr e Geraldo Prado¹⁹, adere à primeira corrente, ao indicar que a adoção do sistema acusatório é notória e indubitável, o que se comprova pelas garantias fundamentais explicitadas na CF/1988 e nos princípios que a norteiam²⁰.

No mesmo sentido:

A opção constitucional brasileira de 1988 foi pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial. Mantido o debate entre acusatório/inquisitório, verifica-se que o sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitório (ainda encontrado na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciais)²¹.

¹⁸ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. O autor se alinha à primeira corrente, classificando o sistema brasileiro como acusatório: “Analisando essas duas linhas de pensamento, sempre aderimos à primeira delas, considerando que, de fato, vigora no Brasil o sistema acusatório, entendimento este respaldado em decisões do STF e do STJ. Afinal, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório. Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos, pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista, encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação do sistema acusatório, os dispositivos infraconstitucionais que consagram procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou se busca conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. O que não se pode é cogitar de uma terceira possibilidade, qual seja, a da coexistência do sistema inquisitivo previsto em dispositivos de legislação infraconstitucional juntamente com o sistema acusatório assegurado em normas constitucionais, pois isto, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior”.

¹⁹ MADEIRA, Guilherme Dezem. **Curso de processo penal**. São Paulo: RT, 2015, p. 67-68.

²⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Ada Pellegrini Grinover, ao defender a adoção do sistema acusatório, indicava como característica essencial a atribuição das funções de acusação, defesa e julgamento a órgãos distintos, cabendo à parte provocar o exercício da jurisdição²².

Assim, o processo acusatório seria “um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade”²³, do qual decorrem os seguintes corolários:

Decorrem desse conceito sintético diversos corolários: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita ao contraditório posterior; b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural²⁴.

Diverge, porém, Aury Lopes Jr., para quem o ponto central de análise seria a posição do julgador na gestão da prova, elemento que identificaria o princípio informador do sistema processual: um sistema acusatório, portanto, seria regido pelo princípio dispositivo, ou seja, a gestão da prova seria atribuída às partes, ao passo que, em oposição, “o sistema inquisitório é fundado pelo princípio inquisitivo, ou seja, de instrução e conhecimento de ofício pelo juiz na busca da verdade material”²⁵.

O sistema acusatório, o qual, para o autor, é “um imperativo do moderno processo penal perante a atual estrutura social e política do Estado”, contaria com as seguintes características:

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo, 2002.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

²⁵ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição²⁶.

Dessa forma, definia-se²⁷ o processo brasileiro como “(neo)inquisitório”, ao sustentar-se que, para se estabelecer um processo penal acusatório, não basta acusação e julgamento serem realizados por órgãos diversos, mas é necessário que o julgador se afaste da iniciativa probatória e assim se mantenha durante todo o processo²⁸:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É

²⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

²⁷ O autor reviu seu posicionamento após a promulgação da Lei n. 13.964/2019.

²⁸ Ada Pellegrini Grinover diverge dessa posição: “[...] o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal. [...] O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados. Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. [...] O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo, 2002, p. 72.

absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um papel de ativismo tipicamente inquisitivo. Todas essas práticas – incompatíveis com o do julgador – também ferem de morte a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos²⁹.

O sistema misto, em contrapartida, defendido por Guilherme de Souza Nucci³⁰, que também o denomina inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado, o define como um modelo caracterizado “pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”³¹.

Seria um modelo intermediário, que cumula elementos acusatórios, como ampla defesa, contraditório e presunção de inocência, e traços inquisitórios, como a iniciativa probatória do julgador e a possibilidade de sigilo do processo³².

Nereu José Giacomolli, por seu turno, argumenta pela impossibilidade de atribuir-se ao “misto” o *status* de sistema processual, devendo ser compreendido como:

²⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43-44. Também no tocante aos efeitos da iniciativa probatória na imparcialidade do julgador, Ada Pellegrini Grinover adota posição divergente: “A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo, 2002, p. 74.

³⁰ No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009. Edição especial 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173857>. Acesso em: 16 out. 2023.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

³² AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

um *mixed* de atividades e técnicas do acusatório e do inquisitório, com preponderância do último, desprovido de um núcleo estruturante e coeso, de princípios compatíveis e congruentes, um processo inquisitivo minimizado e dissimulado, pasteurizado, uma degeneração³³.

Por fim, alteração importante ocorreu após a introdução do art. 3º-A³⁴ no Código de Processo Penal, ocorrida com a promulgação da Lei n. 13.964/2019. O dispositivo determina expressamente que o sistema processual penal brasileiro adote estrutura acusatória, vedando a atuação *ex officio* do magistrado no procedimento investigatório e a substituição da atuação probatória do órgão acusador.

Além disso, criou-se a figura do juiz de garantias (art. 3º-B) e seguintes, que passa a fiscalizar a atuação do órgão responsável pelas investigações, garantindo a observância aos direitos individuais. O julgador atua após o oferecimento da denúncia pelo seu par, afastando-se, assim, da atividade investigativa³⁵.

Sobre a inovação, Aury Lopes Jr., que alterou seu entendimento e passou a reconhecer a adoção do sistema acusatório, comemorou os avanços trazidos pelos novos dispositivos, mas ressaltou a necessidade de se adequar as demais normas processuais ao sistema vigente, tornando sem efeito aquelas alinhadas “ao núcleo inquisitório”, e de promover-se o “abandono da cultura inquisitória e pela assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários”³⁶.

Os dispositivos tiveram a eficácia suspensa por determinação do STF em decorrência da propositura de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, julgadas pelo STF, em 24-08-2023.

Até o momento, não houve publicação do respectivo acórdão. Todavia, do sistema eletrônico do STF, foi possível extrair a decisão de julgamento, que indica o parcial provimento das ADI's em relação aos arts. 3º-A e 3º-B:

³³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

³⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; 2. Por maioria, declarar a constitucionalidade do *caput* do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça, vencido, apenas quanto à inconstitucionalidade formal, o Relator, que entendia competir às leis de organização judiciária sua instituição;³⁷

É nesse cenário, pois, que se insere a discussão pretendida neste trabalho.

Da síntese trazida aqui, verifica-se que o início do processo de transformação da legislação brasileira ocorreu antes da independência do Brasil, momento histórico no qual o país era conduzido pelos colonizadores portugueses. Este fator político, teoricamente, pode ter impulsionado uma mais rápida assimilação do pensamento europeu da época, uma vez que Portugal encampou as novas correntes liberais que se espalhavam na Europa, movimento que, logo em seguida, foi incorporado pelo Brasil.

Essa constatação leva a outra bastante relevante para este estudo: o reconhecimento de que, nos séculos anteriores, houve uma inspiração internacional na produção legislativa brasileira, o que demonstra um relativo acompanhamento do país em relação às tendências mundiais no meio jurídico.

A Lei n. 13.964/2019, que instituiu a perda alargada, objeto direto de análise nesta tese, foi inspirada na lei portuguesa, cujas raízes estão vinculadas ao estabelecido na comunidade europeia, repetindo, conforme o período colonial, um processo de nacionalização da legislação europeia, por parte do Brasil.

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6305-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 11 out. 2023.

Por evidente, o processo de assimilação da legislação proveniente de outros países, atualmente, tem justificativas diversas daquelas à época do Brasil colonial. Naquele período, as decisões sobre o modo de governar este país, pelas quais passavam as leis regentes, eram ditadas, em última instância, pelo Rei de Portugal. Também, os critérios adotados em relação à concepção de sociedade, religião e política, que repercutiam na formulação das leis e nos direitos dos indivíduos, ganharam novas concepções na sociedade contemporânea.

Atualmente, a internacionalização da legislação tem um vínculo maior com o fenômeno da globalização³⁸. Cada vez mais, percebe-se a necessidade de se buscar compatibilidades entre as nações, nos campos da economia, da política, do comércio e das relações diplomáticas. Essas exigências, típicas do mundo contemporâneo, requerem, evidentemente, maior aproximação de suas legislações.

Em alguns casos, a adoção de regras similares ou até idênticas para o tratamento de determinados temas surge com a adesão aos grupos de nações que se estabelecem pouco a pouco e vão formando blocos políticos em busca de um interesse comum. É o que ocorre, por exemplo, com o grupo formado pelas nações da comunidade europeia.

É fato que esses movimentos de compatibilização legislativa serão sentidos cada vez mais no mundo contemporâneo, fenômeno apresentado como um grande desafio aos estudiosos do direito, tendo em vista as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos e as realidades jurídicas e constitucionais de cada uma das nações.

Assim, a importância de certa harmonização entre as legislações dos países em razão da transnacionalidade dos crimes cometidos na atualidade, se, por um lado, justifica a sua existência para não se criar “paraísos jurídico-penais”, por outro, esbarra em dificuldades práticas decorrentes das assimetrias sistemático-jurídicas existentes entre os países, o que reclama maior amplitude de adaptação jurídica entre as nações, conforme alerta Jesús-María Silva Sánchez³⁹.

³⁸ ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* Eis a questão. In: ZILLI, Marcos; MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta (org.). **Processo penal humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 144.

³⁹ “*El objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es, como se ha indicado al principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la*

Nesta tese, parte-se do princípio de que, a mera reprodução de uma lei originada em país diverso nem sempre terá perfeita compatibilidade no Brasil, o que poderá, em alguns casos, levar à necessidade de se reduzir o alcance da norma em razão das limitações próprias impostas pela CF/1988.

Neste sentido, Marcos Zilli⁴⁰ alerta para a dificuldade de se importar institutos provenientes de outros sistemas jurídicos, assinalando a necessidade de um “conhecimento do funcionamento do modelo que inspira, como também conhecimento do modelo que se busca aperfeiçoar”.

A busca da conformidade constitucional, obrigatória no Brasil, leva a interpretações, por vezes, distintas do texto legal, quando comparado o mesmo instituto e sua aplicação em outras nações, cujas amarras constitucionais podem ser, eventualmente, mais flexíveis que aquelas aqui encontradas.

delincuencia transnacional, que evite la conformación de paraísos jurídico-penales. La existencia de tales paraísos resulta especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia en la que el lugar y el momento de la intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles. Ahora bien, la obtención de tal respuesta tendencialmente uniforme no es fácil. De entrada, podría pensarse en una suficiencia de los procesos de armonización de legislaciones de los preceptos correspondientes (de los que la integración europea ofrece ya algunos ejemplos). Sin embargo, ello, con ser necesario e importante, no resulta suficiente. Es preciso, además, homogeneizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos. Es más, seguramente lo anterior también resulta insuficiente si no trabaja de modo simultáneo en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito, así como de los principios y garantías político-criminales fundamentales”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2008, p. 92-93. Tradução livre: “O objetivo fundamental do Direito penal da globalização é, como se assinalou no início, eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, pelo menos, harmoniosa para a criminalidade transnacional, que evite a formação de paraísos jurídico-penais. A existência de tais paraísos torna-se especialmente disfuncional quando se trata de combater uma modalidade de crime na qual o lugar e o momento da intervenção dos principais responsáveis das organizações podem estar perfeitamente disponíveis. Neste sentido, obter uma resposta tendencialmente uniforme não é fácil. Primeiramente, poder-se-ia pensar na suficiência dos processos de harmonização de legislações dos preceitos correspondentes (dos quais a integração europeia já oferece alguns exemplos). Entretanto, isto, apesar de ser necessário e importante, não é suficiente. É preciso, ademais, homogeneizar as normas legais da Parte Geral que determinam essencialmente a aplicação que se tenha de dar a tais preceitos específicos. Além disto, certamente o exposto anteriormente também é insuficiente se não se trabalhar de modo simultâneo na construção supranacional relativamente homogênea do sistema do Direito penal, dos conceitos e categorias da teoria jurídica do delito, assim como dos princípios e garantias político-criminais fundamentais”.

⁴⁰ ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* Eis a questão. *In*: ZILLI, Marcos; MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta (org.). **Processo penal humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 174.

Com isso, ao longo da análise do instituto da perda alargada, objeto direto deste estudo, propõe-se uma aplicação conforme a CF/1988, ainda que a proposta possa determinar, em certa medida, uma adaptação do instituto ou, determinados casos, o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, a partir deste processo de nacionalização.

Por definição, a palavra *constituição* revela o conjunto de elementos essenciais de algo, ou seja, a sua composição. Nesse sentido, a norma constitucional de uma nação não se afasta desse conceito e pode ser definida como o conjunto de elementos fundamentais de uma determinada sociedade, isto é, a reunião dos componentes que a definem.

A CF/1988 erigiu à categoria de princípios fundamentais, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a dignidade humana, este último, um princípio regente no texto constitucional.

A importância fundamental da dignidade humana já havia sido destacada em período muito anterior, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 06-07-1992⁴¹, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969, e ratificada pelo Brasil em 25-09-1992⁴². Esses documentos são marcantes para as discussões seguintes pois, neles, foram estabelecidas garantias fundamentais que devem nortear o processo penal legitimador do poder punitivo estatal, sem as quais se verificará um processo arbitrário e que não observa o direito à dignidade da pessoa humana.

Embora os textos tenham sido redigidos na década de 1960, ainda hoje são compatíveis com as ideias contemporâneas norteadoras dos ideais democráticos do direito no cenário mundial, sem os quais não seria possível conceber uma nação alinhada com o pensamento contrário ao totalitarismo, sobretudo, que prestigia e valoriza os direitos humanos.

⁴¹ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 06-07-1992. Decreto n. 592/1992.

⁴² Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 25-09-1992. Decreto n. 678/1992.

No Brasil, embora tenham sido ratificados após a CF/1988, seus textos apresentam conformidade com a norma constitucional, revelando-se uma possível influência deles no legislador constituinte brasileiro.

Os textos internacionais já traziam a necessidade de se respeitar as diversas garantias do acusado no processo penal cujas previsões são averbadas expressamente no texto constitucional, além de outros direitos que possuem aceitação e consagração presumida na CF/1988, por decorrerem de normas que indiretamente os tornam aplicáveis no sistema jurídico brasileiro.

Exemplo disso decorre da garantia ao *ne bis in idem*, cuja previsão vem expressa em textos internacionais sobre direitos humanos, todavia, não possui referência direta na CF/1988. A sua aplicabilidade, apesar disso, é presumida e aceita no sistema jurídico brasileiro, seja pela recepção de convenções ou pactos internacionais que tratam do tema, seja por força de referências indiretas feitas pelo próprio texto constitucional, como a proteção à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988), que indica o acolhimento da garantia de que se trata nesta tese.

Segundo afirma Fauzi Hassan Choukr,

O direito brasileiro impossibilita a dupla persecução pelo mesmo fato criminoso. Tal previsão não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas pode ser dela extraída tanto de seu artigo 5º, § 1º, como da Convenção Interamericana (Pacto de San Jose da Costa Rica)⁴³.

Igualmente, não se verifica no texto expresso da CF/1988 a garantia ao juiz independente e imparcial, prevista nos pactos internacionais sobre direitos humanos. A garantia, no entanto, a despeito da inexistência de regra expressa na CF/1988, tem recepção no ordenamento brasileiro por força dos tratados internacionais incorporados pelo país, e por força de disposições constitucionais que, indiretamente, conferem a necessária independência e imparcialidade aos juízes. São elas as disposições previstas no art. 95 da CF/1988, que conferem aos magistrados as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, o que lhes propicia autonomia e independência funcional.

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999, p. 30.

De toda forma, é possível observar um grande alinhamento entre os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos e o texto constitucional brasileiro.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, já em seu preâmbulo, reconhece o direito à dignidade humana como inalienável e fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconhece, ainda, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal de liberdade civil e política, além dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O texto afasta a prática de atos discriminatórios, em razão de raça, cor, sexo, língua, religião e origem social, estabelecendo o compromisso dos Estados Partes de tomarem providências para tornar efetivo o compromisso assumido no Pacto. Estabelece, também, o direito à vida como inerente à pessoa humana, impedindo que qualquer pessoa seja dela privada arbitrariamente. Ainda que, em alguns países, reconheça a previsão legal de pena de morte, prevê a necessidade de que esta seja aplicada somente em retribuição aos crimes mais graves, ainda assim, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e sem a existência de conflito com a Convenção sobre Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, após a condenação criminal transitada em julgado proferida pela autoridade judicial.

Ademais, trata da possibilidade, aos condenados à pena de morte, de concessão de indulto ou comutação de pena, os quais poderão ser concedidos em todos os casos, além de prever que a pena capital não deverá ser imposta para menores de 18 anos ou para mulheres em estado de gravidez. Em relação às penas, afasta a prática de torturas ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

O Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos estabelece o direito à liberdade e à segurança pessoais, impedindo que qualquer pessoa seja presa ou encarcerada de forma arbitrária, além de ressaltar a necessidade de que a privação da liberdade ocorra sempre em conformidade com a lei e com os procedimentos previstos. Garante, ainda, ao preso, o direito de ser informado acerca dos motivos da sua prisão, das acusações contra si formuladas, e a necessidade de o preso ser, sem

demora, levado à presença de uma autoridade judicial para ser julgado em prazo razoável ou, então, posto em liberdade.

As prisões de natureza preventiva, ou seja, antes da condenação, não podem constituir regra geral. Porém, a soltura pode ser condicionada à adoção de medidas que garantam o comparecimento do acusado aos atos do processo, como audiências, para se garantir a execução da sentença.

Prevê-se, ainda, o direito de o preso preventivamente recorrer da sua prisão para o tribunal competente, a fim de se decidir acerca da legalidade da sua prisão e ser ordenada sua soltura, caso a prisão seja ilegal. Garante-se, também, o direito à reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais.

Segundo o documento, os presos devem ser tratados com humanidade, respeito e dignidade inerente à pessoa humana ao estabelecer algumas premissas: i) as pessoas processadas deverão ser separadas das condenadas, salvo em casos excepcionais; ii) as pessoas jovens deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

O objetivo do regime penitenciário é a reabilitação moral dos prisioneiros. No que tange às garantias processuais penais, o texto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao julgamento por juiz imparcial, à privacidade, à presunção de inocência, a não autoincriminação, ao duplo grau de jurisdição, ao *ne bis in idem* e à legalidade ou reserva legal.

Trata, ainda, das liberdades de pensamento, de consciência e de religião, vedando a restrição destes direitos pela imposição de medidas coercitivas. Há a proteção da privacidade, do domicílio, das comunicações por correspondência, da honra e da reputação de todas as pessoas.

Em suma, o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, embora redigido em 1966, revela-se extremamente atual, por prever diversos direitos e garantias mundialmente reconhecidos como fundamentais ao ser humano ainda na sociedade contemporânea.

Observa-se que o texto da CF/1988 mostra indisfarçável aproximação com o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, além de possuir, embora com sutis

diferenças de redação, o mesmo espírito de proteção às liberdades e à dignidade humana.

Igualmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em 1992 pelo Brasil), possui objetivo similar de proteção da liberdade pessoal e da justiça social, fundado nos direitos essenciais do homem. Seu texto reconhece que esses direitos essenciais não decorrem da condição ostentada pelo cidadão como nacional de determinado Estado, mas dos seus atributos como pessoa humana, o que justifica a proteção internacional, complementar àquela estabelecida pelo direito interno dos Estados americanos.

Faz-se referência, nos moldes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao alinhamento do texto à Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagrando-se o ideal do ser humano livre, com direito ao gozo dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, além dos seus direitos civis e políticos.

A Convenção Americana, por sua vez, garante o exercício dos direitos nela reconhecidos de maneira livre e plena, sem discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, origem nacional e social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ademais, estabelece-se o compromisso, aos subscritores da Convenção, de adotar medidas necessárias para proteger esses direitos, conforme suas normas constitucionais próprias.

Nela, consagra-se o direito à vida e a necessidade de que ninguém seja dela privado arbitrariamente, reservando-se as penas de morte, quando previstas no país, aos crimes de maior gravidade, após julgamento por tribunal competente e em conformidade com a lei. Ressalva-se, porém, que a pena de morte não será imposta por crimes políticos, nem por crimes comuns conexos a crimes políticos. Ademais, afasta-se a pena capital para pessoas menores de 18 anos ao tempo do crime, maiores de setenta anos, e mulheres em estado de gravidez.

Seu texto ainda prevê a possibilidade de se solicitar anistia, indulto e comutação de pena aos condenados à pena de morte, cuja execução somente deverá ocorrer após a decisão, pela autoridade competente, sobre o pedido formulado. Nesse sentido, resguarda-se o direito à integridade física, psíquica e moral, impedindo-se a

submissão à tortura, tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes ao preso, devendo ser tratado com a dignidade inerente ao ser humano.

A Convenção Americana protege o direito à liberdade e segurança pessoal, vedando a imposição de detenções ou encarceramentos arbitrários. Em caso de prisão, devem ser informados os motivos da detenção e as acusações contra o preso formuladas.

Ainda na linha das garantias processuais, a Convenção estabelece uma série de garantias judiciais, entre elas, à ampla defesa, à duração razoável do processo, ao julgamento por juiz imparcial, à presunção de inocência, ao contraditório, a não autoincriminação, ao duplo grau de jurisdição, ao *ne bis in idem* e à anterioridade da lei penal.

O documento procura consagrar a proteção à honra, à dignidade, à liberdade de consciência e religião ou crenças, à liberdade de pensamento ou de expressão, à liberdade de associação com fins ideológicos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer natureza. Reconhece-se, em seu âmbito, o direito de reunião pacífica e sem armas, ressalvando-se que esse direito poderá sofrer restrições em decorrência de lei, para preservar, numa sociedade democrática, a segurança nacional ou a ordem pública, ou proteger a saúde ou a moral pública, os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Assegura-se, no entanto, os direitos de circulação e de residência, os direitos políticos de votar e ser eleito, de ter acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país, podendo o último ser restrito, por lei, em razão de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos são iguais perante a lei, e têm direito a proteções judiciais, como o direito a recursos simples e rápidos perante juízes competentes para se proteger contra atos violadores de garantias fundamentais reconhecidos pela CF/1988 ou pela própria Convenção Americana, além da garantia de cumprimento, pelas autoridades competentes, das decisões.

Nos moldes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana se revela contemporânea e alinhada com os direitos e as garantias consagradas atualmente nas democracias, ao trazer em seu cerne importantes proteções às liberdades individuais as quais estão refletidas na CF/1988.

Abrem-se parênteses para, após uma breve descrição dos tratados internacionais referenciados, contextualizar o cenário jurídico de inserção dessas normas internacionais no sistema jurídico brasileiro, vez que o seu conteúdo material, aliado às normas constitucionais, servirá como esteio às conclusões desta tese.

No que tange ao cenário particular de aplicação das normas internacionais de direitos humanos, muito ainda se discute pela doutrina e na própria jurisprudência do STF sobre o *status* normativo dessas normas, incluindo-se a exegese a ser realizada acerca da previsão insculpida na CF/1988, em especial, nos seguintes dispositivos:

Art. 5º [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Inicialmente, o legislador constituinte relacionou o conteúdo das normas de direito internacional dos direitos humanos ao rol constitucional de garantias e direitos fundamentais, integrantes do “núcleo duro” da própria CF/1988, a respeito dos quais vigora a vedação de propositura de emenda constitucional tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988)⁴⁴.

Entretanto, o § 3º do mesmo artigo, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, inaugurou a previsão de inédito quórum privilegiado formal para a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na qualidade de emendas constitucionais, lançando dúvidas sobre a possibilidade de

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 60 [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

esse alcance normativo já não ter sido previsto no § 2º, com a adição desses instrumentos como nova fonte de direitos fundamentais⁴⁵.

Assim, a questão posta diante da jurisdição constitucional e da doutrina especializada, quanto à posição sistêmica das normas decorrentes de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, consiste em aferir com qual estatura normativa esses dispositivos oriundos de instrumentos supranacionais ingressam na ordem jurídica interna e como seus efeitos se refletem na aplicação de normas originariamente editadas pelo legislador nacional⁴⁶.

Afinal, importantes tratados em matéria de direitos humanos, a exemplo do Pacto pelos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foram aprovados pelo Congresso Nacional sem submissão ao procedimento formal previsto atualmente na CF/1988, pois ele sequer existia.

Trata-se, pois, de debate consectário de um processo histórico-evolutivo pelo qual as diversas nações desenharam seus modelos constitucionais à luz da necessidade de proteção dos direitos básicos do indivíduo, especialmente, a partir do século XX, após o mundo testemunhar as mazelas e as crueldades institucionais cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

Se, por um lado, os Estados se organizaram jurídica e politicamente para assegurar o enfoque dado aos direitos fundamentais, aqui concebidos com essa terminologia como marcador do seu grau de positivação na ordem interna⁴⁷, por outro

⁴⁵ ZANIOLO, Guido Timoteo da Costa. **Direitos materialmente fundamentais, tratados internacionais de direitos humanos e controle jurisdicional de convencionalidade das leis no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6531>. Acesso em: 10 out. 2023.

⁴⁶ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 97.

⁴⁷ As terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” se referem à mesma substância jurídica, diferenciam-se, entretanto, na concepção do autor, pelo grau de positivação assumido na ordem jurídica, seja ela internacional ou doméstica. Assim, a expressão “direitos humanos” alude aos direitos básicos da pessoa humana positivados na esfera internacional, ao passo que os “direitos fundamentais” gozam de efetiva positivação no ordenamento jurídico interno. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

lado, a comunidade internacional se viu compelida a reconstruir o valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético norteador da ordem internacional⁴⁸.

Esse movimento é dotado de caracterização ora centrífuga – destacando a proteção dos valores da dignidade da pessoa humana em dimensão global, como no caso do nascedouro do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado internamente pelo Decreto n. 592/1992 – e ora centrípeta, por meio da celebração de instrumentos de proteção em âmbito supranacional, tutelando o amparo ao indivíduo no âmbito doméstico das nações signatárias ou, quando mais abrangente a demarcação geográfica, no contexto dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (e.g. interamericano, europeu e africano)⁴⁹.

No caso do Estado brasileiro, essa inserção no sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi resultado de profundas transformações no pensamento constitucional, iniciadas a partir da redemocratização em meados da década de 1980, culminando com as inovações humanitárias introduzidas pela CF/1988, dentre as quais se destacam a prevalência dos direitos humanos como princípio regente da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais⁵⁰. Nesse aspecto, Flávia Piovesan registra importante acréscimo histórico ao processo de construção de uma nova mentalidade constitucional no Brasil:

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 2.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **TPI**: Normas Internacionais Centrífugas (Supraconstitucionais?). Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 21 ago. 2009. Acesso em: 09 out. 2023.

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político”.

Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional⁵¹.

Para se compreender melhor o espectro de aplicação das normas decorrentes de tratados e convenções internacionais firmados pela República Federativa do Brasil perante as normas editadas pelo legislador nacional, necessário direcionar o olhar analítico sobre os pontos de interação e de integração entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional brasileiro, sob as diferentes perspectivas que buscam sintetizar a ordem dessa relação.

Em análise pioneira sobre a matéria, Heinrich Triepel defendeu uma ordem jurídica internacional, distinta e separada de uma ordem nacional, materializando uma concepção que deu azo à teoria dualista. Assim, concebe-se a impossibilidade de existir conflito entre ambos os ordenamentos, eis que ao direito internacional cumpriria disciplinar as relações entre Estados, ao passo que, ao direito interno, caberia reger as relações entre os indivíduos⁵².

Na leitura feita por Celso Duvivier de Albuquerque Mello acerca da concepção dualista de Heinrich Triepel, ambas as ordens jurídicas apresentam três caracteres básicos distintos entre si. O primeiro deles refere-se à identificação do sujeito de direito em cada ordem, de maneira que, no direito internacional, esse papel é desempenhado pelos Estados, enquanto, no direito interno, o sujeito de direito corresponderia ao indivíduo. O segundo elemento de distinção diz respeito às fontes jurídicas – a vontade coletiva e consensual dos Estados seria a fonte do direito internacional, e a vontade de um único Estado soberano aquela que exclusivamente orchestra o direito interno. Por derradeiro, a ordem jurídica internacional se estruturaria sobre um sistema

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 7.

⁵² TRIEPEL, Heinrich. **Volkerrecht und Landesrecht**. Leipzig: Hirschfeld, 1899 *apud* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 121.

coordenado, diversamente da ordem interna, cuja base se debruça sobre um sistema de subordinação⁵³.

Nessa esteira conceitual, Flávia Piovesan destaca que, na lógica dualista, a norma internacional, nascida do consenso coletivo entre Estados soberanos, não adentraria automaticamente o ordenamento interno:

A sistemática de incorporação não automática reflete a concepção dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas: a ordem jurídica nacional e ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência⁵⁴.

Além disso, como consequência prática dessa tese, não se admite a existência de nulidade da norma de direito interno por eventual incompatibilidade com a norma de direito internacional, pois os regramentos derivam de vontades distintas e são direcionados a sujeitos diferentes⁵⁵.

Em contraposição à teoria dualista, o surgimento do monismo (ou teoria monista) buscou explicar o relacionamento entre direito internacional e direito nacional sob outra perspectiva, acolhendo-os, assim, como uma ordem jurídica única, integrada por normas internacionais e domésticas, calcada no princípio da subordinação⁵⁶. E, por estarem as normas inseridas numa estrutura que pressupõe a existência de hierarquia, a incompatibilidade de uma norma interna com a internacional resulta uma antinomia⁵⁷.

Em decorrência disso, diante da busca pelo critério para solucionar o conflito entre normas, o monismo se parte em vertentes que tentam definir quais dentre elas

⁵³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 121-122.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

⁵⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 184, p. 29-45, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194945>. Acesso em: 10 out. 2023.

⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

⁵⁷ LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 184, p. 29-45, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194945>. Acesso em: 10 out. 2023.

– as normas internacionais ou as de direito interno – assumem a primazia no sistema: o monismo nacionalista ou o monismo internacionalista.

A tese do monismo nacionalista sustenta uma ordem jurídica una, em que as normas de direito interno editadas por cada Estado soberano se sobrepõem às normas de direito internacional. Pesa o valor da soberania estatal, que ganha contornos absolutos perante as normas internacionais. Nesse caso, as normas domésticas são dotadas de superioridade hierárquica em relação ao regramento internacional⁵⁸.

Por seu turno, o monismo internacionalista proclama a lógica hierárquica oposta ao dotar de primazia as normas de direito internacional em face daquelas emanadas internamente dos Estados, de maneira que a soberania nacional deve ser compreendida com alguma relatividade e não dissociada do contexto internacional⁵⁹.

A lógica monista é traduzida por Flávia Piovesan, no cenário de incorporação de tratados e convenções internacionais na ordem interna, pelo viés da incorporação automática:

Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Essa sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem externa⁶⁰.

Ao trazer esses conceitos para a realidade constitucional brasileira, e relacioná-los à matéria afeta ao direito internacional dos direitos humanos, Flávia Piovesan ressalta:

Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º,

⁵⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 123.

⁵⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 123.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

§ 1º –, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no Texto Constitucional não há dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno⁶¹.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello afirma que, ao menos em parte, há uma adoção do dualismo pela CF/1988: “os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno”⁶².

No que toca à análise do *status* normativo das normas internacionais de direitos humanos, um posicionamento, até mesmo por força de literal disposição constitucional, é evidente: os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado de três quintos, em dois turnos de votação, por cada uma das Casas do Congresso Nacional, equivalem a emendas constitucionais.

A despeito, a discussão histórica no STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais teve momento de maior proeminência quando do julgamento do REExt. n. 80.004/1977, no curso do qual se entendeu pela paridade dos instrumentos internacionais com a lei ordinária federal, apresentando ambos o mesmo grau hierárquico. Sobre o entendimento exarado na ocasião, o então Min. Francisco Rezek sintetizou:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146.

⁶² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico⁶³.

A posição desperta críticas da doutrina especializada até hoje, sobretudo entre autores internacionalistas, conforme explica Flávia Piovesan:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado⁶⁴.

Conquanto a orientação do STF à época do julgamento tenha se referido a tema comercial, suas diretrizes foram reproduzidas no julgamento do *Habeas Corpus* HC 72.131-RJ, em 22-11-1995, em relação a um caso de prisão civil por dívida do depositário infiel, realçando a ausência de qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, especialmente face as cláusulas escritas na CF/1988⁶⁵.

O tema voltou a ser enfrentado pelo STF, em discussão no RExt. 466.343, quanto à possibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel em confronto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7).

Especificamente no julgamento do RExt 466.343/SP, o Min. Gilmar Mendes, prolator do voto que se orientou pela posição prevalente, referenciou as teses

⁶³ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 13.

⁶⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 72.131 RJ, Rel. Marco Aurélio, j. 23-11-1995, Tribunal Pleno, Public. 01-08-2003.

examinadas quanto ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos:

Essa disposição constitucional [art. 5º, § 2º, CF/1988] deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a tendência que reconhece o *status de lei ordinária* a esse tipo de documento internacional; d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos⁶⁶.

Sobre a primeira vertente, Agustín Gordillo, Guillermo Gordo, Adelina Loiano e Alejandro Rossi defendem a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos por considerar a existência de uma ordem jurídica suprema supranacional, detentora de imperatividade, supremacia normativa e de força coativa, precedente à Constituição dos Estados, a qual funciona como limite da ordem jurídica do direito interno⁶⁷.

A tese de que o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos equivale ao das normas constitucionais defende a interpretação sistêmica sobre a estatura dessas normas, extraída, pois, do art. 5º, § 2º, da CF/1988, ante a relação tecida pelo legislador constituinte entre o teor dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos e o rol de garantias e direitos fundamentais estatuídos no texto constitucional.

Foi nesse sentido, inclusive, o posicionamento do Min. Celso de Mello, ao votar no julgamento do REExt. 466.343/SP:

Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados

⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 466.343 SP, Rel. Cezar Peluso, j. 03-12-2008, Tribunal Pleno, Public. 05-06-2009.

⁶⁷ GORDILLO, Agustín; GORDO, Guillermo; LOIANO, Adelina; ROSSI, Alejandro. **Derechos humanos**: doctrina, casos y materiales: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996, p. 55-56.

internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu duto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de 'supralegalidade', ou então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional⁶⁸.

Ao concordar com esse entendimento, Flávia Piovesan acrescenta que a hierarquia constitucional já se extrai da interpretação ao art. 5º, § 2º, da CF/1988, todavia, seria ainda mais adequado que o § 3º do mesmo art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados⁶⁹.

A seu turno, a vertente que prevaleceu na judicatura do STF – fincada até hoje na jurisprudência constitucional – é a de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ostentam hierarquia infraconstitucional, mas de matiz supralegal, ou seja, aplicam-se em sobreposição às normas de lei ordinária que lhes forem conflitantes.

Ao reforçar essa tese, Gilmar Mendes revisita seu entendimento discorrendo sobre a ilegitimidade da prisão civil por dívida do depositário fiel, no qual reitera a necessidade de se considerar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos⁷⁰:

Em relação ao tema, entendo que, desde que o Brasil aderiu, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7) – ambos do ano de 1992, não existe suporte, no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, para a prisão civil do depositário infiel. É preciso notar que a natureza específica e especial desses diplomas internacionais coloca-os acima do ordenamento infraconstitucional nacional, tornando inaplicável a legislação com ele incompatível. A partir desse raciocínio, não mais subsistem, pois, o Decreto-lei n. 911/69 e o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)⁷¹.

⁶⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 466.343 SP, Rel. Cezar Peluso, j. 03-12-2008, Tribunal Pleno, Public. 05-06-2009.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 18.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional** – 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional** – 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

Após todo o percurso histórico regado a polêmicas e dissidências de natureza jurisprudencial e doutrinária, restou assentado, fortemente impulsionado pela construção decisória constitucional do STF, que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos possuem caráter especial e *locus* normativo específico no ordenamento jurídico⁷².

Nesse liame, assumem eminente posição de supralegalidade, abaixo da CF/1988, porém, que acarreta a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional que com eles seja colidente, divorciando-se da antiga tese majoritária do STF a respeito da paridade com as leis federais⁷³.

Atualmente, os textos das convenções internacionais sobre direitos humanos têm força de normas supralegais⁷⁴ no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, posicionam-se abaixo do texto constitucional, mas contêm superioridade hierárquica em relação a todas as normas infraconstitucionais em vigor no Brasil, o que lhes atribui especial importância em face da análise proposta neste trabalho.

Com isso, introduz-se o tema referente às garantias do acusado no processo penal, visando, mais adiante, verificar em que medida (total ou parcialmente) essas garantias poderiam ser afetadas, com a aplicação da perda alargada, principal enfoque desta pesquisa.

Dando início à discussão proposta, não se pode desconsiderar a realidade global debatida pela doutrina, em diferentes áreas do conhecimento, conhecida como *sociedade de risco*. Isto porque, é nesse contexto que se movimenta hoje o direito penal e processual penal em todo o mundo. Ambos não se revelam (nem podem fazê-lo) alheios à dinâmica da sociedade global que, hoje, se manifesta, em suas mais diferentes frentes, pautada pelos avanços inegáveis proporcionados pela tecnologia.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional** – 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 18.

⁷⁴ O posicionamento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi objeto de apreciação pelo STF, oportunidade na qual se concluiu que a norma internacional possui posição hierarquicamente inferior à Constituição Federal, porém, superior a todas as demais normas infraconstitucionais que com ela conflitem. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466-343-1 SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05-06-2009.

O crime, aqui incluídas suas modalidades diversas, também deve ser analisado sob novas perspectivas e olhares. Essa, portanto, é a análise que abre a discussão proposta nesta tese.

1.2 A teoria do risco de Ulrich Beck e a complexidade do papel exercido pelo direito penal e pelo direito processual penal na sociedade contemporânea

Uma das contribuições mais inovadoras e provocativas da sociologia contemporânea é a teoria da sociedade mundial de risco. Formulada pelo pensador alemão Ulrich Beck, suas ideias foram lançadas, inicialmente, em 1986, na obra *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, publicada no Brasil apenas 24 anos depois, intitulada *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*.

Nela, o autor – que atuou como professor de sociologia na Universidade de Munique, na London School of Economics e na Fondation Maison des Sciences de l'Homme, em Paris – discorre sobre a aliança firmada entre o capitalismo e o desenvolvimento tecnológico para mostrar o quanto a sociedade de risco é provocativa. Em sua essência, a obra traz uma crítica severa à ultraespecialização da ciência. O ensaio é inovador na medida em que Ulrich Beck, para explicar a teoria social globalizada, utilizou termos como risco, incerteza, meio ambiente e mudanças ambientais, terrorismo, cosmopolitismo, além de propor uma reflexão sobre as instituições contemporâneas nesse contexto. O livro tornou-se ponto de partida para estimular diálogos relevantes que ampliaram o domínio do objeto convencional da sociologia.

Na sociedade contemporânea fincada no capitalismo e na tecnologia, conforme descrita por Ulrich Beck, é cada vez mais necessário compreender o crime também como algo global, dada a proliferação das organizações criminosas e sua atuação em diversos setores da sociedade. Neste aspecto, enfatiza-se a criminalidade econômica, cuja atuação rompe fronteiras e atua em escala internacional. O direito, por sua vez, também precisa redirecionar o seu olhar para um novo contexto.

Hoje, vive-se uma ruptura social, muito semelhante àquela que deixou para trás as práticas feudais para provocar o surgimento da era industrial. Essas

transformações todas não levam à crença de que estamos perto do fim, mas requerem, isso sim, uma total reconfiguração da sociedade, que assume novos contornos para se transformar naquilo que o autor chama de “sociedade (industrial) de risco”.

É um momento no qual saltam aos olhos mudanças tecnológicas numa velocidade impressionante, a fincar suas marcas na política, na economia e no comportamento das pessoas, na medida em que a produção social de riquezas vem acompanhada, o tempo todo, de uma produção social de riscos que se refletem em todos os níveis, desde a instabilidade dos mercados às catástrofes ambientais e ao terrorismo.

Essas mudanças são tão impactantes em âmbito global que resultam em inquietações e intrigas, além de levarem à ampliação exponencial da violência banal, do terrorismo e da prática de crimes hediondos. Soma-se a isso a sensação de mal-estar que atinge o cotidiano, o retorno constante de doenças até então controladas, o desemprego desmedido e estrutural, uma visível desorientação da população mais jovem em todas as nações e o gravíssimo desequilíbrio ecológico e climático em todos os continentes.

A impressão é de que se vive numa sociedade envolvida o tempo todo por efeitos colaterais de uma civilização cuja característica mais marcante é o capitalismo industrial. Uma sociedade que perdeu completamente o seu foco e que se voltou contra si mesma, escapando totalmente dos controles daqueles que visam ordená-la. Mais uma vez, um ponto que demanda extrema atenção do direito.

Para Ulrich Beck, trata-se de uma civilização que ameaça a si mesma, cuja exorbitante produção de riqueza vem acompanhada, na mesma medida, de uma incessante produção social de riscos. Diante disso, qualquer que seja a tensão vivida em uma sociedade e os riscos nela envolvidos, uma análise sobre o tema, ainda que não se pretenda exaustiva, deve considerar os papéis exercidos pelo direito penal e pelo direito processual penal.

É justamente essa tensão a espinha dorsal do raciocínio de Rogério Gesta Leal. Inicialmente, o autor reconhece as relações intersubjetivas e interinstitucionais marcadas por níveis de complexidade cada vez maiores, que reclamam do sistema

jurídico medidas voltadas a assegurar as condições e as possibilidades de convivência pacífica e civilizada entre as pessoas.

A tarefa, no entanto, não é fácil. Isto porque, desde um primeiro momento, notam-se desdobramentos irracionais de fatores e variáveis, de certa forma, incontroláveis, a exemplo do mercado global, da exclusão social, da marginalização progressiva, da corrupção, problemas étnicos, raciais e de gênero os mais diversos. Diante desse cenário, o direito penal e o direito processual penal são chamados a contribuir de maneira a desbravar novas fronteiras e limites, ambos sensíveis a tradições em suas respectivas áreas e aos direitos conquistados pelos homens a duras penas, a exemplo da liberdade, da intimidade e da privacidade.

Rogério Gesta Leal introduz em sua discussão parâmetros normativos e jurisprudenciais que amparam a função do direito penal como *ultima ratio* ao abordar o merecimento e a necessidade (constitucional e infraconstitucional) de se penalizar determinados agentes que cometem ilícitos (pois ambos descrevem seus estados sucessivos de finalidade)⁷⁵.

O primeiro revela a escolha legítima e democrática político-criminal da função retributiva do direito penal (por meio do processo legislativo constitucional e infraconstitucional vinculado), a operar a pena com função estigmatizante de reafirmar valores tutelados pelo sistema jurídico de cada país; já o segundo parâmetro, a necessidade, além da perspectiva retributivista, exerce uma função de prevenção geral e especial da pena, pois não basta determinado bem ser merecedor deste tipo de proteção; é necessário também justificar e fundamentar as razões de se recorrer à pena (preventiva e curativa) para salvaguardá-lo e em qual medida isto deve ser feito⁷⁶.

Segundo o autor, o direito penal contemporâneo, sobretudo a criminologia, tem insistido em valorar outros instrumentos de controle social e jurídicos – políticas públicas, participação social, responsabilidade civil ou administrativa – porque os tradicionais já não são suficientes para alcançar os escopos necessários à prevenção

⁷⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 52.

⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 52.

e à responsabilização pelo cometimento de violações de bens jurídicos tutelados pela norma penal⁷⁷.

Igualmente, observa-se que a sociedade de riscos na qual se vive hoje, com seus excessivos processos de privatização de interesses e desregulamentação estatal, fragiliza muito as relações interpessoais e interinstitucionais, amplia a insegurança e a instabilidade da ordem pública e, por consequência, gera reações de defesa de licitude questionável, a exemplo do uso de milícias privadas e armadas para garantir segurança a determinados segmentos sociais que podem pagar por estes serviços⁷⁸.

Para o autor,

Os riscos de que estamos falando afetam não somente, ou fundamentalmente, bens de natureza individual (propriedade, incolumidade física, igualdade, liberdade), mas outros, de matriz coletiva ou difusa (meio ambiente, consumidor, interesses públicos indisponíveis), os quais, quando violados, implicam consequências imediatas e futuras sem precedentes e de difícil aquilatação para a sociedade como um todo, razões pelas quais devem ser evitados com esforço e níveis de eficiência satisfatórios. Mas, para tanto, se faz necessário ampliar a presença do Estado e das normativas de direito penal?⁷⁹

A questão proposta pelo autor sobre a necessidade de se ampliar a presença do Estado e do direito induz algumas reflexões. Inicialmente, argumenta-se que o direito penal pode trazer relevantes contribuições para bens jurídicos específicos protegidos pela ordem constitucional, não exclusivamente sob a perspectiva da punição individual, mas face a responsabilização patrimonial e de restrição de direitos da pessoa física e jurídica envolvida na violação destes bens⁸⁰.

Para Rogério Gesta Leal, não significa dizer que não se sustenta hoje um direito penal exclusivamente subsidiário de bens jurídicos individuais. Ocorre que, também é

⁷⁷ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 53.

⁷⁸ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 53.

⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 53.

⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 53.

necessário um direito penal funcionalizado, a agir como sistema de controle de riscos a bens jurídicos elevados à proteção constitucional e penal. Inclui-se, portanto, em um estado de prestações, como o que se vive hoje, a segurança pública, a compreender as condições necessárias e estabelecidas para o livre desenvolvimento do indivíduo na sociedade⁸¹.

Nesse contexto em que é necessário zelar por um novo direito, como se caracterizaria, então, este direito penal de *ultima ratio* na sociedade de riscos?

Segundo o autor, “por algumas notas especiais, mas que em hipótese alguma se constituem como exaustivas”:

(a) a intervenção do direito penal dar-se-ia em âmbitos diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de bens e comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um direito penal que oferece tutela e grande número de bens jurídicos de natureza supraindividual ou coletiva; (c) ganhariam relevo neste novo direito penal os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderíamos ter; (e) haveria modificações no sistema de imputação de responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; f) haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do direito penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles⁸².

São, portanto, vários os cenários que justificam a opção jurídico-política pelo direito penal no intuito de enfrentar problemas envolvendo a hipercomplexidade da sociedade globalizada, instável e insegura socialmente quando bens jurídicos protegidos pela norma penal são atingidos. Por evidente, não se trata apenas da dureza fática da sanção, mas de segmentos que merecem um olhar diferenciado, a exemplo dos elencados em seguida:

⁸¹ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 53.

⁸² LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 54.

(i) diante do direito civil, de perfil predominantemente compensatório, o direito penal introduz sanção com força pública incontornável à persecução, valendo-se de instrumentos imediatos e invasivos visando a contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso, justamente para garantir a níveis aceitáveis a segurança de todos; (ii) em face do direito administrativo, o direito penal se afigura com maior neutralidade, notadamente diante do fenômeno político e de suas relações de poder, em regra, contaminante para os resultados que envolvem responsabilidade jurídica assim como apresentar-se-ia mais imparcial a atuação da jurisdição penal, dificultando para o infrator o uso de expedientes de neutralização do juízo de desvalor das condutas levadas a cabo⁸³.

São esses os pontos mais relevantes de reflexão a servirem como guias para se aprofundar a reflexão necessária acerca dos desafios anunciados pela sociedade de riscos ao direito penal e processual penal.

E é nesse contexto que ingressam as configurações teóricas e práticas da sociedade de risco delineada por Ulrich Beck. Em suas primeiras linhas, o sociólogo alemão distingue, historicamente, uma primeira modernização (industrialização e criação da sociedade de massa da Revolução Industrial do século XVI) de uma segunda modernização (sociedade orientada à globalização e às transformações tecnológicas)⁸⁴. Neste último modelo, destaca a progressiva fratura que atinge a sociedade industrial, para demonstrar como a contaminação reiterada de diversas comunidades por valores mercantis que pressionam a individualização de comportamentos de atores políticos (físicos e jurídicos) cria cenários de extrema incerteza, confusão de valores e incredulidade nas instituições e nas pessoas⁸⁵.

Rogério Gesta Leal se ampara na complexidade das relações de mercado e nos interesses econômicos extremados, os quais levam ao aparecimento de modalidades de riscos que, embora não se equiparem ao nível de tragédias como as provocadas pelas Guerras Mundiais, atingem de forma muito severa e difusa milhões de pessoas, atingindo estratos preocupantes voltados à dignidade da vida cotidiana dos cidadãos. São, por exemplo, os casos de corrupção (desvio de dinheiro público,

⁸³ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 54.

⁸⁴ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 63.

⁸⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 64.

que inviabiliza a concretização de ações que atendam demandas sociais), que fragilizam a confiança da sociedade nas instituições democráticas; dos danos e perigos ambientais a atingirem o planeta como um todo e, por fim, dos danos causados aos consumidores⁸⁶:

Vai se configurando nessa sociedade de riscos o que se pode chamar de *metamorfoses do perigo*, difícil de delimitar e controlar, basta vermos o colapso dos mercados internacionais e nacionais e o que isto provoca nas relações sociais e institucionais: crescimento econômico excludente sem desenvolvimento social; serviços públicos deficitários em termos de direitos fundamentais sociais (como no caso da saúde); insegurança jurídica e desordem social, cumuladas com violência urbana e impunidades⁸⁷.

Por tudo isto, argumenta o autor, instituições públicas e privadas são diretamente atingidas, pois o conceito de risco como relação entre acidente *versus* probabilidade toma a forma de cálculo, o qual não pode deixar de lado situações piores das que se encontram e são renunciadas por aquilo que deveria ser somente possibilidade. Em razão da natureza periculosa e iminente do risco e do perigo, surgem reações sociais e institucionais imbuídas das características mais diversas (violentas, apressadas, autoritárias, equivocadas). Tudo isso na tentativa intensa de responsabilizar seus autores, mas, sobretudo, de evitar males que sequer podem ser previstos no que tange à suas causas e consequências⁸⁸.

Tendo em vista essas ações/reações sociais e institucionais, inevitavelmente surgem propostas de reformulações políticas, novas formas de organização e de funcionamento da sociedade, em geral, vinculadas a expedientes e a instrumentos de exceção para tratar de demandas emergenciais. Decorre daí o discurso fincado em argumentos favoráveis ao Estado de Emergência ou Emergência⁸⁹.

⁸⁶ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 64.

⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 64.

⁸⁸ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 65.

⁸⁹ LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 65.

Ao iniciar a análise da nova sociedade mundial do risco, Ulrich Beck se vale de um exemplo que, em poucas palavras, sedimenta diversas conformações da sua teoria. Ao distinguir sociedade industrial (formada por forças tecnológicas capazes de setorizar os riscos) e uma sociedade propriamente de riscos, o autor rememora o acidente nuclear de Chernobil. Verifica, então, que a hecatombe ali provocada atingiu milhares de pessoas, em vários locais, sem qualquer relação direta com a produção energética/atômica. O risco, portanto, resultou da atuação e do desenvolvimento da produção humana. De extrema dificuldade, portanto, é prever os aspectos deletérios deste mesmo desenvolvimento⁹⁰.

Alamiro Velludo Salvador Netto se vale desse exemplo para avaliar a distinção metodológica proposta por Ulrich Beck entre modernização simples (aquela ocorrida quando do surgimento da revolução industrial) e a modernização reflexiva (a que se vive atualmente).

Se o primeiro momento dizia respeito à possibilidade de o homem alterar a sua realidade produtiva por meio dos avanços científicos e tecnológicos, a modernização reflexiva integra na vida humana uma natureza diferenciada com a qual se passa a conviver.

Esta nova “natureza” é integrada pelo desenvolvimento tecnológico, o qual, agora, deixa de lado sua mera posição de instrumento para instaurar no debate público e científico sua própria ética e alcance. O fato de as normas crescentes de progresso resultarem em situações nem sempre desejadas, faz com que o desenvolvimento, em si mesmo, mereça uma reflexão aprofundada⁹¹.

Dessa modernidade reflexiva, e segundo o pensamento analítico, decorrem duas consequências, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto: a reflexividade e a reflexão. A primeira diz respeito à contradição existente entre as forças produtivas e as relações de produção estabelecidas nos padrões tradicionais⁹².

⁹⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 90.

⁹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 90-91.

⁹² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 91.

Já a reflexão, trata-se de um segundo momento, ou seja, daquele em que a sociedade busca compreender o que está havendo nas instâncias estruturais sobrepostas às formas materiais de produção da riqueza. Dentre elas, encontra-se o direito. A reflexão requer, entre tantas observações, verificar-se a impossibilidade do direito penal e sua tipicidade em abarcar sob sua tutela as novas relações sociais, inseridas gradativamente como reflexos naturais do avanço daquelas forças produtivas⁹³.

Segundo o autor, se com a força produtiva da energia nuclear as relações sociais são alteradas em função da possibilidade de usá-la, ao direito penal passa a competir o controle de situações nas quais o agente poderá destruir o mundo inteiro⁹⁴:

A tipificação quando posicionada em face da sociedade de risco, com sua consequente e gradativa perda dos valores então lhe atribuídos pelo direito penal clássico, volta-se exatamente para a noção do risco, sendo este o elemento fundamental para articular-se no bojo da teoria do delito e possibilitar algum modo de previsibilidade comportamental nos cidadãos. Os tipos descritivos, indiciários ou ontológicos, não podem mais sequer ser pensados. A história da evolução típica atinge ao máximo a normatividade e a abertura. Conforme se pode afirmar, o mundo torna-se grande demais para os limites rígidos da criminalização penal certa e fechada⁹⁵.

Integrar o risco ao delito, trazendo-o para configurar a tipicidade, indica uma de suas bases de elaboração na sociologia jurídica elaborada por Niklas Luhmann⁹⁶, pela qual o direito se apresenta como uma estrutura de importante correlação com a sociedade dinâmica, um macrossistema estruturado pelo sistema jurídico que tem interesse sobre o meio que o envolve. Na medida em que aumentam os riscos relativos aos comportamentos, aumentam também as expectativas normativas

⁹³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 91.

⁹⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 91.

⁹⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 95.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016; LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais** – esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa e Roberto Dutra Torres Junior. São Paulo: Vozes, 2016.

estabelecidas pelo direito, e, em tese, o grau de previsibilidade comportamental na medida em que diminui o número de opções⁹⁷.

A tese de Niklas Luhmann confere ao funcionamento do direito um grau bastante profundo de formatação. Contudo, o desprezo conferido até certo ponto aos conteúdos das disposições jurídicas é alvo de críticas quando envolve análises que verificam o direito como um espaço de exercício do poder, alcance de consenso social, ou especulação em face da real capacidade humana de diagnosticar os riscos e, em contrapartida, querer agir normalmente para diminuí-los⁹⁸.

Alamiro Velludo Salvador Netto observa que, os riscos existem independentemente de serem reconhecidos, logo, a realidade não se altera diante de diagnósticos equivocados ou voltados a maquiagem a realidade. O que pode mudar, isto sim, é a opinião pública ou a relação de pavor das pessoas quanto às suas existências quando inseridas em um sistema e, desta forma, diminuir a tensão com base em um sentimento falso de controle por parte das instituições, o que inclui o vigor dos tipos penais incriminadores⁹⁹.

O inequívoco, por sua vez, é que a sociedade de risco ao alcançar seu estágio de reflexão, exalando por completo os efeitos da reflexividade que desincorpora os alicerces do capitalismo industrial de classes, faz demandar do sistema penal, sempre por meio inicial do tipo, uma ampla reformulação prática que insiste (pela dinâmica rápida de mudanças) em desprezar a compreensão crítica de suas motivações políticas e de manutenção do sistema produtivo. Os bens jurídicos não agem mais como limitadores da criminalização, tendo em vista o vazio atual do discurso de resistência acerca da dignidade de tutela. Ao mesmo tempo, a própria caracterização dos comportamentos a serem evitados na complexidade produtiva demanda formas de prevenção que extrapolam os limites das garantias do cidadão em face do intervencionismo. Os bens jurídicos passam a ser vagos e indefinidos – economia, meio ambiente, mercado exterior – e o tipo penal incriminador (como instrumento prático de mínima legalidade) coloca-

⁹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 95.

⁹⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

⁹⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

se diante da ingrata tarefa de angariar o controle de perigos abstratos que carecem de limitação¹⁰⁰.

Observa-se que o direito processual penal, criação procedimental para concretizar a tipicidade no mundo material, segue o mesmo caminho, ao transpor preceitos e garantias em face da executoriedade de resultados na tentativa de realizar as esperanças depositadas na esfera penal¹⁰¹.

A perda de controle, característica marcante da sociedade de risco formulada por Ulrich Beck, traz em si a noção de que todas as atividades, agora gerenciadas por um direito penal que integra o risco, estabelecem o limite mínimo de segurança de qualquer relação social contemporânea. Essa premissa, no campo da tipicidade, implica afirmar que não é possível evitar todos os riscos sociais. Diante disso, retorna-se à função seletiva do tipo penal, isto é, à escolha seletiva de comportamentos que impliquem riscos intoleráveis ao sistema. O tipo penal, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto, ao abandonar a ideia circunscrita da descrição, redundando na linguagem do sistema jurídico que afirma os limites que poderão suportar o risco nas relações sociais de produção da riqueza. Certo é que, no centro do tipo penal, consta a normatividade da fronteira a delimitar os riscos proibidos e permitidos em circunstâncias específicas¹⁰².

Disso resultam três momentos: 1) encontrar o problema (já existente na tipicidade clássica, sobre quais condutas devem ser criminalizadas, pois implicam risco social insuportável); 2) questionar-se sobre o limite dos riscos toleráveis no contexto da tipicidade (pois se afasta o modelo descritivo e se valoriza o normativismo, isto é, a definição do que se entende por risco proibido na alçada de proteção da norma e por comportamentos incluídos na proteção do tipo); 3) por fim, investigar a relevância da crítica ao se optar pelo comportamento típico e seus limites como exercício do poder legislativo e judicial, visando à manutenção do sistema social.

¹⁰⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97.

¹⁰¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

¹⁰² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

Diante disso, questiona-se quais são de fato as formulações sociais as quais o direito penal verdadeiramente busca preservar¹⁰³.

As anotações, naturalmente, interpenetram-se. Afinal, a escolha do modelo que se busca preservar ofertará o sentido, numa lógica pragmática de meios e fins, ao legislador, para optar por criminalizar determinadas condutas cuja reiteração colocará em sinal de alerta as estruturas do modo de produção da riqueza. Ato contínuo, esta mesma lógica ensejará ao intérprete aplicador a racionalidade de extrair a efetividade das normas para manutenção deste mesmo modelo¹⁰⁴.

A própria elaboração da teoria de Ulrich Beck esclarece que o diagnóstico do risco, fundamental para a sua inserção no modelo típico, não é elaborada de maneira essencialmente democrática. Isto porque, ainda que a sociedade mundial do risco tenda a perceber as ameaças pelo sentido comum, e isto leve a um desencantamento e a maior publicidade dos debates sobre o tema, a ciência, que é um espaço restrito e privilegiado, ainda utiliza argumento de autoridade para relacionar limites e atividades supostamente razoáveis¹⁰⁵.

E, diante do sistema penal como mandatário de um sistema social específico, cercado pelos riscos produzidos pelo desenvolvimento das forças produtivas, sedimentam-se as bases para se compreender as alterações na dinâmica dogmática do tipo penal e na relação de subsunção superveniente estabelecida pela tipicidade¹⁰⁶.

A realidade material da sociedade de risco, explica Alamiro Velludo Salvador Netto, não ignorada ou idolatrada, permite ingressar na dogmática penal e constatar suas alterações relativas à necessária proteção jurídico-criminal. Se o risco (somado a todos os problemas de delimitação e conceituação que lhe são intrínsecos) entrou no sistema penal, revirando o sistema clássico e transformando-o em um novo sistema

¹⁰³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

¹⁰⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 98.

¹⁰⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 98.

¹⁰⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 98.

de bases funcionais, devem então, ser analisados os dois pontos principais dessa transformação¹⁰⁷.

Em primeiro lugar, a tutela de novos bens jurídicos, agora não mais concretos, mas distintos dos padrões clássicos de valores ou finalistas ontológicos. Em segundo lugar, observa-se a mudança dos sujeitos envolvidos na intervenção penal, que, agora, passa a conviver com os antigos tipos penais voltados às classes baixas e de massas de contorno tradicional e com novos modelos incriminadores dirigidos às classes mais altas da sociedade¹⁰⁸.

Um ponto é constantemente ressaltado por Ulrich Beck: a sociedade moderna, leia-se contemporânea, exige flexibilização para se transportar através de cenários que demandam atenção reiterada para se construir uma sociedade mais justa e harmoniosa, pautada, inclusive, pelo crescimento sustentável. Segundo o sociólogo alemão, é necessário ter resiliência para, ao se olhar para cada ser vivo, garantir a diversidade e resguardar a vida humana no planeta a partir de parâmetros que respeitem os direitos humanos sob todos os aspectos.

Falecido em 2015, Ulrich Beck deixou uma obra inacabada intitulada *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*, publicada posteriormente, na qual investiga as mudanças da sociedade capitalista ante a deterioração do mundo, responsável por exigir modificações a partir de um debate maior envolvendo situações que vão além do domínio da política, da democracia e do agir necessário para se assegurar o futuro.

Para ele, a metamorfose em si consiste numa forma inovadora de se criar “normas críticas na era dos riscos globais” a partir da qual emerge um horizonte inédito calcado nas experiências do passado e na expectativa de catástrofes futuras. Segundo o autor, a ordem se inverte: “a norma surge a partir da reflexão pública”, assim, a metamorfose clareia quando se observa a história da sociedade de risco¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 98.

¹⁰⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 99.

¹⁰⁹ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

A saturação trazida pela sociedade atual, tendo em vista a velocidade das interações sociais em um contexto de fragilidade, requer uma divagação sobre as conexões trazidas pela sociedade capitalista e seus meios de produção, as quais conduzem as pessoas por ondas sem se questionarem, sequer entenderem, a complexidade de seus atos¹¹⁰. A modernidade líquida, conceito propagado por Zygmunt Bauman, está levando à construção paulatina de um futuro de incertezas¹¹¹.

Para Ulrich Beck, o risco é o enfoque moderno da previsão e do controle das consequências futuras da ação humana, das diversas consequências indesejadas envolvendo a modernização radicalizada¹¹². Em sua avaliação, a sociedade já experimentou perigos severos, todavia, o regime de risco ao qual se refere atualmente se dá sob uma perspectiva distinta, pois deixou de ser nacional para tomar dimensões globais¹¹³.

Uma sociedade moderna e reflexiva, segundo o autor, conforme discutido acima, traz dois pontos dignos de profunda investigação: a distribuição do risco e a individuação (tendo em vista ser o homem o seu elemento essencial). Fato é que, hoje, a sociedade já se deu conta de que está em risco. Nesse contexto, para que os indivíduos possam continuar vivos numa sociedade global e construí-la com o mínimo de dignidade, cientistas, governos, políticos e operadores do direito precisam adotar uma postura vigilante.

Em sua segunda obra, *Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida*, Ulrich Beck procurou trazer a evolução do risco após um lapso temporal de mais de 20 anos em relação à primeira publicação. Nesse período, os eventos que atingiram o mundo vieram imbuídos de fatores que demandam a necessidade de se refletir para estruturar ações em todas as frentes, inclusive a dos riscos, levando a humanidade a começar a se preocupar mais com o “ser”, conceito intrinsecamente ligado ao indivíduo, ao homem em sua dignidade.

As profundas transformações da sociedade, desde o final da década de 1980, induziram o autor a algumas conclusões,

¹¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2021.

¹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2021.

¹¹² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002, p. 5.

¹¹³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002, p. 5.

como a de que o perigo tem a força destruidora de uma guerra, atingindo a todos e colapsando sistemas à procura de responsáveis, e assim chegamos a nos tornar uma sociedade de perigo mundial, chegando a necessidade de ir além do enfrentamento interno. A evolução da ciência traz visibilidade aos riscos e o medo se apresenta e provoca mudanças para contenção dos riscos, movimentando mercados e abrindo novos caminhos para o mercado de consumo¹¹⁴.

Em aproximadamente 200 anos, a industrialização transformou a sociedade e, nela implementou uma nova ordem. A economia eminentemente agrícola deu lugar a uma divisão global de Estados industrializados e não industrializados. Soma-se a isso os países recém-industrializados e em desenvolvimento, tudo fruto de mudanças sociais implementadas em uma velocidade extraordinariamente acelerada.

Hoje, o que ocorre em um lugar do mundo pode afetar diversas outras regiões instantaneamente, visto que o processo de globalização firmou uma realidade de interdependência nas relações sociais, deixando-as mais evidentes e alterando a formatação mundial¹¹⁵.

Como resultado dessa nova configuração mundial, impôs-se uma hegemonia de uns sobre os outros, resultando em impactos sociais e econômicos que levam os envolvidos a se sentirem suscetíveis e vulneráveis.

Os riscos que podem ser vistos no século XXI revelam, portanto, a necessidade de se mudar a forma de gerenciá-los, e a necessidade de se implementar uma mentalidade que compreenda a importância da coletividade e da ética da responsabilidade, além de assimilar que os grandes perigos dificultam, quando não impossibilitam, o cálculo do risco¹¹⁶.

O cenário nebuloso do século XXI, trazido pelas decisões e pelas posturas dos sistemas existentes, inevitavelmente cria riscos cada vez maiores à humanidade, por meio de instabilidades políticas, econômicas, sociais e jurídicas – algumas com base no fundamentalismo e no terrorismo – originadas pela luta do poder, fazendo eclodir conflitos no continente africano e no Oriente Médio, culminando, por exemplo, com as

¹¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida**. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2018, p. 29-30.

¹¹⁵ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Trad. Daniel Vieira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 48-69.

¹¹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Lisboa, Portugal: Edição 70, 2021.

novas grandes catástrofes em curso, como a guerra na Ucrânia e o recente ataque realizado pelo Hamas, em 2023, resultante em milhares de vítimas fatais a surpreender as autoridades israelenses.

Segundo Hannah Arendt, o desenvolvimento do poder de destruição dos Estados pode levar ao risco de extinção de todos os tipos de vida na Terra. Decorre daí a necessidade de se atribuir o imprescindível valor para conservar a vida em detrimento da política exercida de forma destrutiva. Em suas reflexões, Hannah Arendt ressalta a importância de a política ser exercida com base na pluralidade de homens para sua existência e para o trato entre os diferentes. Afinal, a liberdade que importa, afirma, está em “que cada homem se constitui em um novo começar”, assim como ele também é capaz de impor novos começos¹¹⁷.

A sociedade de risco mundial, ao expor antigos e novos riscos, se revela um instrumento imprescindível na construção da gestão desses riscos. Por isso, eles devem ser entendidos para além de fronteiras geográficas. A opção da sociedade por permanecer inerte por um tempo poderá trazer consequências futuras extremamente impactantes, as quais, inevitavelmente, vão exigir avanços nos diálogos mundiais, sobretudo no que diz respeito aos sistemas jurídicos envolvidos em âmbito global – pactos, acordos, tratados e convenções – para além do controle a ser exercido, em um primeiro momento, sobre os riscos já presentes dentro dos próprios Estados.

Como segundo passo para se compreender e viver na sociedade de risco, revela-se imprescindível respeitar a pluralidade. Em um sistema de complementaridade, é preciso criar novos espaços de ação para eliminar a estagnação do medo e dar voz aos atingidos, sem exceção¹¹⁸. Daí a necessidade de se refletir de maneira definitiva sobre uma nova política mundial, firmada numa criação de políticas sólidas, que realmente avaliem riscos e detalhes para uma configuração durável no tempo.

Da primeira teoria da sociedade de risco, a evoluir para uma sociedade mundial de risco, Ulrich Beck escreveu a já mencionada *A metamorfose do mundo*, sua obra inacabada. Para finalizar o raciocínio desta parte da tese, retoma-se deste texto do

¹¹⁷ ARENDT, Hannah. **O que é a política?** Fragmentos das obras póstumas compilados por Úrsula Ludz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.

¹¹⁸ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 48-69.

autor sua escrita sobre as transformações da sociedade para descrever situações antes inconcebíveis, como o muro de Berlim, os desastres nucleares, a violação de privacidade, o terrorismo (o ataque de 11 de setembro nos EUA), e as crises econômicas relativas à zona do euro. Ulrich Beck revela não entender o mundo e se mostra em busca de respostas para o que de fato leva a sociedade a se pautar pela motivação que conduz todo o seu pensamento: o risco¹¹⁹.

Nesta última obra, porque incompleta quando da sua morte, teve a colaboração da socióloga alemã Elisabeth Beck-Gernsheim. Nela, critica o nacionalismo na sua forma contemporânea (metodológica) e sugere ações globais pelas quais os riscos podem levar a uma visão antropológica diferente de o homem se colocar no mundo.

Ambos procuram chamar atenção para um movimento que narra o esvaimento de velhas certezas da sociedade moderna, por meio da metamorfose, a ser substituído por algo novo, diverso até da sociedade de risco, superando seus efeitos negativos para encontrar efeitos positivos dentre os males descritos até então.

Ressalta-se, portanto, uma legítima possibilidade de se construir uma nova forma de pensar e de viver, para além do Estado, visando a atingir o que Ulrich Beck denomina *visão cosmopolita* (“atinge a todos, ante a tudo que a sociedade mundial passa a experimentar e que exige o repensar de questões fundamentais de ordem social e política para uma nova visão de mundo que abra espaço para a construção de políticas igualitárias e cosmopolitas”)¹²⁰.

Trata-se de uma nova forma de se fazer presente no mundo, tendo em vista a expectativa global de se ver cumpridos princípios ligados diretamente à dignidade humana, a exemplo da igualdade, sobretudo, de respeito inequívoco aos direitos humanos, a partir de novas perspectivas, em um cenário que permita redistribuir males

¹¹⁹ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 8. Sobre esse momento, Ulrich Beck em sua obra inacabada traz: “A mudança põe em foco uma mudança característica da humanidade, a saber, a transformação permanente, enquanto os conceitos básicos e as certezas que os sustentam permanecem constantes. A metamorfose, em contraposição, desestabiliza essas certezas da sociedade moderna. Ela desloca o foco para ‘estar no mundo’ e ‘ver o mundo’ para eventos e processos não intencionais, que em geral passam despercebidos, que prevalecem além dos domínios da política e da democracia, como efeitos colaterais da modernização técnica e econômica radical”.

¹²⁰ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

e benefícios. Decorre desse contexto a necessidade de se repensar historicamente, a partir dessa nova sociedade, os papéis exercidos pelo direito penal e processual penal, dadas as inúmeras formas de viver pelos mais diferentes povos do mundo, em tempos remotos pautados na instabilidade e no risco constantemente presente.

Sublinha-se, no entanto, o elemento imprescindível a pautar toda e qualquer ação do homem nesse novo contexto: o papel inquestionável da necessária proteção à dignidade humana.

Independentemente das “metamorfoses” identificadas pelo autor nas sociedades em todo o mundo e, por consequência, das ações requeridas para enfrentar os desafios que as acompanham, é o princípio da dignidade humana o elemento, o supraprincípio que deverá nortear todo e qualquer direcionamento a ser tomado, sobretudo, pelo direito penal e processual penal, para enfrentar a criminalidade decorrente dessa sociedade de riscos descrita por Ulrich Beck nas obras aqui analisadas.

Dada a sua relevância, é sobre esse supraprincípio fundamental, fio condutor das relações humanas que buscam em primeiro plano a justiça e a paz no mundo, que se passa a discorrer.

1.3 Princípio da dignidade humana

O princípio fundamental da dignidade humana tem sua previsão destacada no preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Embora não destacado expressamente no art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²¹, que trata das garantias judiciais propriamente ditas, pela importância da sua existência e plena aplicabilidade no processo penal, pontua-se o princípio da dignidade humana, cuja proteção vem garantida no art. 5.2 da

¹²¹ Menciona-se, em primeiro lugar, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em seguida a Constituição Federal, por questão meramente cronológica de vigência, ainda que já tenha sido referido que a última possui relação de hierarquia superior à primeira em nosso sistema jurídico.

Convenção: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Ou, mais adiante, no art. 11.1, ao dispor: “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Igualmente, a dignidade humana vem descrita na CF/1988, nos princípios fundamentais inseridos no art. 1º, ao enunciar, em seu inciso III, a sua existência como essencial ao indivíduo. A importância da dignidade humana se justifica na medida em que sua garantia é condição essencial do ser humano, inerente à sua existência, uma vez que estabelece condições mínimas ao pleno desenvolvimento do indivíduo. Nesse contexto, Claudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi afirmam:

É valor supremo que assimila todos os denominados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e econômica, definindo-se por características de autonomia e especificidade inerentes ao próprio homem em razão de sua simples personalidade, sendo fonte de todos os direitos humanos; limite de interferência que o próprio ser permite ao outro, em seu inter-relacionamento social¹²².

No mesmo sentido, Andreia Sofia Esteves Gomes registra:

o princípio da dignidade da pessoa humana terá que ser contemplado como valor básico em qualquer ordem jurídica que se pretenda justa. Aliás, configurando-se como *standard* de proteção universal, obriga à adoção de convenções e medidas internacionais que estabeleçam normativos contra a sua violação e à formatação de um direito internacional adequado à sua proteção, não apenas do ponto de vista do ser humano individual e concretamente considerado, mas também na perspectiva das entidades colectivas, isto é, dos povos, etnias, [...] enfim, da humanidade¹²³.

¹²² PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41.

¹²³ GOMES, Andreia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24.

Mas, qual seria a importância do princípio da dignidade humana para o processo penal? Qual seria a sua relação com os direitos e as garantias do acusado no processo penal?

Atualmente, fala-se com frequência na necessidade da busca por mais efetividade na persecução penal, objetivo que, evidentemente, não pode se transfigurar em vulneração dos direitos e garantias individuais do acusado. Sólton Cícero Linhares¹²⁴ reforça que o “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”. Por isso, não se pode conceber um processo que deixe de observar as garantias constitucionais do réu, o que importa em reconhecer o processo penal como garantia do acusado, limitadora do poder de punir estatal. Diante disso,

a efetividade, para ser alcançada, depende de uma adequada concretização do princípio da dignidade humana. Essa concretização se produz mediante a invocação direta das normas que dele derivam ou ele próprio quando faltarem aquelas normas derivadas ou quando houver dúvida se uma norma representa adequada proteção à dignidade da pessoa humana¹²⁵.

Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da dignidade humana como um princípio regente¹²⁶, retrata a sua importância no processo penal quando considerados os desdobramentos dele decorrentes, como a presunção de inocência, já que não haveria dignidade humana em considerar alguém culpado sem a existência de condenação definitiva, reafirmando, então, sua supremacia, inclusive para se efetivar os demais princípios.

Com base nesse raciocínio, percebe-se que a efetivação da dignidade humana como supraprincípio condiciona todos os demais direitos e garantias individuais do acusado no processo penal, sem os quais o primeiro restaria violado.

¹²⁴ LINHARES, Sólton Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019, p. 1.751.

¹²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 540.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 45.

A dignidade humana exige que o acusado seja tratado como titular de direitos e garantias limitadores do poder estatal, que dão ao réu a proteção de regras processuais pré-estabelecidas, cuja aplicação tornam a ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, regras mínimas de um processo constitucionalmente válido.

Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes arremata:

Entre as três concepções sobre a dignidade humana, a individualista, a transpersonalista e a personalista, é esta que melhor se ajusta à nossa ideia de eficiência e de efetividade do processo penal, como manifestações de equilíbrio entre os interesses de persecução e do indivíduo. Segundo essa corrente, para que haja esse equilíbrio, deve ser respeitado o princípio em seu substrato essencial, por meio do qual ele preserva o indivíduo em seus aspectos humanos fundamentais. Assim, não se pode, no processo penal, tratar o acusado como simples objeto, mas como sujeito detentor de direitos, tanto na investigação, como no processo, ficando afastadas, ainda que não estivessem expressamente previstas na Constituição ou na legislação, medidas que o constrangessem, por meios físicos ou morais, a colaborar para a apuração dos fatos. Também não se pode, durante a execução da pena, restringir-lhe direitos essenciais não decorrentes da perda da liberdade e que denigam a sua condição humana. É neste sentido que o objeto do estudo interfere decisivamente no exame da dignidade humana. É essencial que se construam procedimentos que vejam o acusado como pessoa e que lhe garantam o exercício dos direitos do devido processo legal. É necessário que a busca da verdade seja feita com respeito ao acusado, sem uso de meios coativos ou ilegais na apuração dos fatos. É vital que se dê a ele defensor apto e preparado se, por condições financeiras, não possa contratar advogado¹²⁷.

1.4 Garantia de ser julgado por um juiz independente e imparcial

A garantia de ser julgado por um juiz independente e imparcial vem inscrita no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político, o qual estabelece:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

¹²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 540.

Da mesma forma, o art. 8, item 1¹²⁸, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assenta que o acusado tem direito de ser ouvido em prazo razoável, por um juiz independente e imparcial, para se defender de acusações contra ele formuladas. Trata-se de uma garantia vital para o acusado, pois lhe possibilita ter as acusações avaliadas por um juiz constituído, independente e imparcial, que avaliará a procedência e a validade das imputações, vinculando-se, para tanto, somente à lei e à CF/1988.

Esta garantia vem inserida em vários tratados e convenções internacionais¹²⁹, embora não conste expressamente da CF/1988, cujo texto prevê, no entanto, uma série de prerrogativas que asseguram a independência dos magistrados¹³⁰, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos¹³¹. Conforme explica Gustavo Henrique Badaró¹³², essa independência dos juízes é subdividida em interna e externa. A primeira é aquela firmada a partir da relação estabelecida entre os seus integrantes e os órgãos do Poder Judiciário, que possuem, entre si, vinculações processuais capazes de determinar uma superioridade hierárquica para reformar determinadas decisões, mas jamais um poder de compelir determinado juiz a se orientar e decidir segundo critérios alheios à sua convicção. Já a segunda, a independência externa, é estabelecida em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, cujas funções jamais poderão interferir na atuação dos juízes, preservando-se a competência constitucional reservada ao Poder Judiciário.

A característica da imparcialidade deve ser tida como essencial à própria definição do juiz, sem a qual perderia o sentido a existência e a razão de ser de um

¹²⁸ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

¹²⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 10 e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.1.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 48.

¹³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 48-49.

magistrado, assim entendido como a figura processual isenta e equidistante, previamente definida para mediar e decidir determinado conflito.

Segundo André Machado Maya¹³³, a imparcialidade deve ser vista “como uma nota essencial da função jurisdicional, compreendida a expressão nota como sendo o detalhe que caracteriza, que diferencia a atividade jurisdicional em face das demais atividades do Estado e dos próprios cidadãos”.

Ao final, acrescenta Gustavo Henrique Badaró:

Nesse conjunto de mecanismos para assegurar a imparcialidade se sobressai a garantia do juiz natural, seja pela previsão de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII), seja ao vedar a criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um juiz imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido seguindo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seus julgadores¹³⁴.

A garantia do juiz independente e imparcial, portanto, tem especial importância no processo penal, visto que assegura ao indivíduo ter suas acusações avaliadas sem pré-julgamentos pelo magistrado, que decidirá apenas com base na lei e na CF/1988. Trata-se de uma garantia vinculada não só ao julgamento, mas também à produção da prova no processo, o que a vincula a outros princípios relevantes aplicáveis ao processo penal, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

1.5 Garantia da presunção de inocência

A presunção de inocência vem inserida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2): “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

¹³³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 34.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu art. 8.2: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Igualmente, o art. 5º, LVII, da CF/1988, expressa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A literalidade de ambos os dispositivos remete à ideia de que somente após a formação da culpa, com o trânsito em julgado da condenação, após o exercício da defesa e o exame de todos os recursos a ela inerentes, será possível considerar alguém culpado. A inocência, portanto, é característica que se prende à própria existência do ser humano, que a adquire com o nascimento e com ela permanece por toda a vida, salvo em caso de condenação definitiva.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes,

A Constituição, nessa perspectiva sistêmica, não garante ao cidadão o direito à presunção de inocência apenas a partir do início da persecução penal, mas, assegura-lhe um ‘estado de inocência’ desde seu nascimento e até que, por decisão definitiva, venha a ser reconhecida sua culpa penal. É nesse contexto que a presunção de inocência é tida como ‘verdade interina provisória’. Não é presunção em sentido técnico-jurídico, mas situação jurídica afirmada por força constitucional e que não depende de um fato-base provado para dever ser obedecida por todos. Basta sua afirmação constitucional para que se atenha como pressuposto no exame judicial da culpa, e forma de tratamento do cidadão¹³⁵.

Portanto, a inocência, regra imanente ao indivíduo, só pode ser excepcionada em caso de sentença definitiva, proferida após o devido processo legal, que dá ao Estado o direito de declarar alguém culpado, portanto, não mais inocente para aquele determinado fato.

Essa referência, embora possa parecer dotar de certa obviedade, tem enorme importância atualmente, pois são crescentes as vozes defensoras da possibilidade de se impor a execução provisória da pena¹³⁶, as quais, recentemente, impulsionaram

¹³⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 357.

¹³⁶ PAULINO, Galtienio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, jul.-dez. 2017.

notável discussão nos tribunais pátrios, no tocante à possibilidade de prisão do acusado após condenação mantida em dois graus de jurisdição, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença penal.

Após intenso debate sobre o tema, o STF, por maioria de votos, conferiu interpretação ao art. 5º, LVII, da CF/1988, no sentido de

condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no art. 5º, LVII, da CF/1988, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória¹³⁷.

A matéria, quando submetida à apreciação do STF, teve enorme repercussão no meio jurídico, sobretudo porque, naquele momento, muitos tribunais começaram a adotar o entendimento mais restritivo em desfavor do acusado e a determinar o cumprimento de execuções provisórias de penas privativas de liberdade, mesmo na pendência de recursos interpostos aos tribunais superiores.

O entendimento do STF, de vincular o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da condenação, deve englobar a medida prevista no art. 91-A do CP/1940, a perda alargada, que só pode ter lugar após a imposição da condenação em caráter definitivo, observada a anterior e efetiva oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado.

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹³⁸, mesmo após uma decisão condenatória, a inocência só será desconstituída em relação ao fato concreto objeto do processo, permanecendo o *status* de inocente em relação a todo o restante, mantendo-se o “estado geral e natural de inocência” do indivíduo.

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, integra a natureza humana e merece absoluto respeito em homenagem ao princípio constitucional

¹³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 43 DF 4000886-80.2016.1.00.0000, Rel. Marco Aurélio, j. 07-11-2019, Tribunal Pleno, Public. 12-11-2020.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 264.

regente da dignidade da pessoa humana¹³⁹. A correlação entre ambos os princípios é enfatizada por José Eduardo de Souza Pimentel:

para que alguém seja condenado, deve haver prova consistente da autoria e culpabilidade. Não é do réu o ônus de provar a inocência. É o acusador que tem o dever de demonstração do fato criminoso e da responsabilidade do agente. Para a solução absolutória, no entanto, basta que o acusado lance dúvida plausível sobre o seu envolvimento no delito (*in dubio pro reo*)¹⁴⁰.

1.6 Garantias ao contraditório e à ampla defesa

As garantias ao contraditório e à ampla defesa podem ser situadas dentre as mais importantes garantias no processo penal concebido e desenvolvido em um Estado Democrático de Direito.

O tema objeto de estudo nesta tese gera inevitáveis reflexos no direito ao contraditório e à ampla defesa, o que traz importância distinta à seção relacionada a essas garantias, cujas concretizações se manifestam com a viabilização dos meios necessários, no processo, para o réu contraditar as acusações e se defender de maneira ampla e efetiva.

Inicialmente, entende-se necessário traçar uma diferenciação entre as garantias ao contraditório e à ampla defesa cujas menções, embora comumente empregadas de maneira conjunta, tratam de direitos distintos assegurados no curso do processo penal.

O contraditório consiste na possibilidade de as partes terem acesso às alegações da parte contrária e poderem rebatê-las, dentro da dialética estabelecida entre os polos opostos do processo. Neste aspecto, inicialmente, a garantia diz respeito às partes no processo, isto é, não se trata de um direito exclusivo da defesa, pois admite, em consequência, maior abrangência que a ampla defesa. Pode, por exemplo, ser reconhecido o direito da acusação de contrariar uma prova produzida

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 264.

¹⁴⁰ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 644.

pelo acusado, durante o processo. Ao juiz, é vedado deixar de dar a oportunidade a qualquer das partes de contrariar alegações ou provas produzidas pela parte contrária.

O direito à ampla defesa, por outro lado, é destinado exclusivamente à defesa propriamente dita, essa última vista como um dos pilares da tripartição de atores que compõem o processo (acusação, defesa e juiz). Neste sentido, é diferente do contraditório, por ter a sua vinculação exclusivamente ligada ao direito do réu de se defender.

Superada a distinção inicial, retorna-se ao ponto central, à análise das garantias ao contraditório e à ampla defesa, iniciando-se a abordagem pela primeira delas. O contraditório está previsto no art. 14, 3, itens “a” e “b”, do Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos, e no art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Embora sua proteção não esteja enunciada expressamente, há nítida intenção do documento internacional de se resguardar essa garantia (itens “a”, “b” e “f”¹⁴¹).

Os textos dos itens “a” e “b” remetem à necessidade indisfarçável de se conferir ao acusado o direito de conhecer as acusações ao exigir que ele tenha prévia e detalhada ciência dos fatos imputados e um tradutor, caso não conheça o idioma que rege o processo.

Essas previsões demonstram a intenção inequívoca de assegurar que o acusado saiba os motivos pelos quais está sendo acusado, o que lhe dará, a partir de então, a possibilidade de contraditar essas acusações.

Já a previsão do item “f” está mais vinculada à produção de provas, ao garantir ao acusado a possibilidade de contrariar testemunhas, perícias ou outras provas produzidas durante o processo. O mesmo item, inversamente, possibilita ao acusado o direito de “obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”, conferindo ao réu a possibilidade de sair de uma posição reativa e produzir ativamente provas em seu favor. Neste último

¹⁴¹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. “Art. 8. “a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos [...]”.

caso, revela-se a aplicação do direito ao contraditório conferido à acusação, a qual poderá, por seu turno, contraditar as provas apresentadas pela defesa.

A CF/1988 enuncia em seu art. 5º, LV, a necessidade de se garantir o direito ao contraditório¹⁴², sem, no entanto, se aprofundar quanto aos momentos nos quais este direito deve ser respeitado, como fez a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como garantia constitucional, esse direito norteia e orienta a interpretação infraconstitucional, considerada a sua posição no sistema normativo hierarquicamente superior às demais normas que detalham o regramento do processo penal brasileiro.

Segundo Ada Pellegrini Grinover,

Mesmo quando a Constituição garantia a observância do contraditório, na atividade instrutória (art. 153, § 15, da Constituição anterior), salientava-se que a participação na instrução devia ser entendida em seu sentido verdadeiro, não limitado à atividade probatória, mas estendido a tudo quanto servisse para preparar o espírito do juiz. Nesse enfoque, também as alegações das partes – inclusive as finais – integram a fase instrutória, e não a decisória. É expresso, nesse sentido, José Frederico Marques (Instituições de direito processual civil, 3. ed., Rio de Janeiro, 1969, v. 111., p. 277 e segs.), que distingue a instrução probatória da instrução em sentido lato, compreensiva dos debates. Na doutrina européia, o ponto é pacífico: ver, por todos, Chiavario (Processo e garanzie della persona, Milão, 2. ed., 1982, v. 11, p. 157 e segs.), que destaca, quer para o processo civil, quer para o penal, a essencialidade do contraditório no “momento estritamente argumentativo”, quando o princípio se traduz na exposição dialógica de razões e argumentos. Não é por outra razão que nossa Corte Suprema tem anulado processos criminais, por entender indispensável à defesa e ao contraditório as apresentações de alegações finais (assim, por exemplo, os Acórdãos insertos na RTJ, 78/435 e 758, na RTJ, 90/808, e na RTJ, 492/418). E mais: esse contraditório, assim amplamente entendido, há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual¹⁴³.

¹⁴² BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, s/d., p. 18.

Merece registro a amplitude dada ao contraditório em sua leitura contemporânea, cuja aplicabilidade tem sido reconhecida não só quanto aos fatos, mas também em relação às questões de direito¹⁴⁴.

Toda a preocupação em torno do princípio do contraditório, sobretudo a necessidade de informação e de reação, a obrigatoriedade de que o juiz submeta o material processual ao prévio conhecimento das partes, e tantas outras manifestações do princípio *audita et altera pars*, tradicionalmente aparecem ligadas ao material probatório, ou seja, ao contraditório na instrução processual. Além disso, normalmente, estão relacionadas às questões fáticas debatidas no processo. Recentemente, porém, a preocupação com a efetividade do contraditório mostrou que também deve incidir sobre as questões de direito, conferindo-se, portanto, maior amplitude a essa garantia¹⁴⁵.

Sob a ótica do direito de defesa, essa garantia está vinculada estritamente ao direito de o réu se defender. O texto da Convenção Americana, em seus itens “c”, “d” e “e”¹⁴⁶, demonstra não só a preocupação em garantir ao acusado o direito de se defender durante o processo, mas que essa defesa seja ampla e efetiva. De nada adiantaria a existência de um enunciado meramente formal para conferir ao acusado o direito de realizar a sua defesa, sem a existência de garantias mínimas que lhe assegurassem a possibilidade efetiva de exercer a garantia de forma ampla, por meio dos instrumentos necessários a esse desiderato.

Assim é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos enuncia a necessidade de se garantir o tempo adequado e os meios necessários para o exercício da defesa e o direito a um defensor, que pode ser escolhido pelo acusado ou concedido pelo Estado.

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 62.

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 35.

¹⁴⁶ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. “c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”;

Como afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Gomes Filho,

a Constituição assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF). Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto brota o exercício da defesa; mas essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório¹⁴⁷.

Em inúmeras previsões do Código de Processo Penal (CPP/1941), constata-se a proteção desse direito conferido ao acusado, por exemplo, no art. 396-A, § 2º¹⁴⁸, ao prever a apresentação de defesa pelo réu e, em caso de desatendimento dessa providência, a nomeação de um advogado para atuar em seu favor, exercendo essa providência defensiva.

Extrai-se daí que o réu não pode responder ao processo indefeso, sem que lhe sejam garantidos os meios necessários para esse exercício, inclusive, com o auxílio estatal – por exemplo, nomeando-se advogado público – a fim de viabilizar esse direito.

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementaridade. A defesa técnica, para ser ampla, como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o acusado escolher o defensor de sua confiança.
[...]

Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra,

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 76-77.

¹⁴⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 396-A, § 2º. “Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. [...] § 2º. Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

o Ministério Público composto por membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado, ou seja, por advogado.

Por isso, o Código de Processo Penal, expressamente no art. 261, afirma a necessidade de defensor: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

Pode o acusado constituir advogado de sua confiança para a defesa. Mas, se não o fizer, ser-lhe-á obrigatoriamente nomeado defensor pelo juiz (art. 263, primeira parte), que não pode renunciar à defesa (art. 265).

Ainda, com o mesmo objetivo de que se estabeleça o equilíbrio entre a acusação e a defesa e se dê a todos os acusados tratamento isonômico, garante-se ao acusado pobre a assistência judiciária gratuita (CF, art. 5º, LXXIV).

[...]

Além da defesa técnica ser necessária, é indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar. O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa¹⁴⁹.

1.7 Garantia ao duplo grau de jurisdição

Extrai-se do art. 14, 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e do art., 8, "h", da Convenção Americana¹⁵⁰, a necessidade de garantir ao acusado o direito de recorrer da decisão proferida em seu processo, podendo ver a mesma matéria revista por instância superior.

Embora a CF/1988 não assente expressamente o direito ao recurso para instância superior, nos moldes dos diplomas internacionais, consagra a essência dessa garantia em seu art. 5º, LV¹⁵¹, quando refere à necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa, nos processos judiciais e administrativos, "com todos os recursos a ele inerentes".

¹⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 257-258.

¹⁵⁰ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. "Art. 8. h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

¹⁵¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). "Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes";

A par dessa consideração, a CF/1988 apresenta extenso rol de recursos aos quais o processo deve ser submetido (art. 108¹⁵² da CF/1988), cuja redação não deixa dúvidas sobre o direito à revisão das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição.

Portanto, inobstante a falta de referência expressa ao princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a sistemática constitucional adere ao princípio em questão e consagra o direito de revisão das decisões proferidas. O duplo grau de jurisdição tem sua importância vinculada à necessidade de evitar a concentração do poder absoluto nas mãos de um só juiz, evitando-se, assim, a redução de erros decorrentes de uma única decisão.

Segundo Gustavo Henrique Badaró¹⁵³, a importância do duplo grau de jurisdição também é lembrada sob o argumento do “maior cuidado do julgador, ao proferir uma decisão, quando sabe que ela poderá ser reexaminada por outro órgão”. Trata-se, pois, de garantia que gera a redução de erros judiciais.

Por fim, sob a ótica do sistema jurídico brasileiro, ressalta-se que o duplo grau de jurisdição deverá ser exercido com a análise revisional colegiada da decisão proferida em primeira instância, o que confere proteção adicional para se evitar erros judiciários.

1.8 Garantia ao devido processo legal

A garantia ao devido processo legal decorre de previsão expressa na CF/1988, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF/1988).

A sua origem remonta à Magna Carta de 1215, cujo texto previa que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de

¹⁵² BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: [...] II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”.

¹⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 83.

seus pares ou pela lei da terra”. A expressão inicialmente utilizada (*law of the land*), com o tempo, foi alterada para *due process of law*, ou devido processo legal¹⁵⁴.

A garantia ao devido processo legal representa uma regra-matriz que, em seu escopo, abarca uma série de princípios, como a ampla defesa, o contraditório, a garantia ao juiz imparcial e a impossibilidade de implementação de tribunais de exceção. Diante disso, não haverá devido processo legal se não forem observados outros princípios por ele abarcados, o que o torna um princípio síntese¹⁵⁵.

O *due process of law* tem sido dividido pela doutrina em substantivo e processual. O devido processo legal substantivo condiciona a validade das leis e ações ou omissões do poder público. Já o devido processo legal processual garante o cumprimento das regras próprias do processo, como a ampla defesa e o contraditório¹⁵⁶.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

O devido processo legal, portanto, possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis porque o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes¹⁵⁷.

Embora não previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o devido processo legal abrange diversos outros princípios previstos na Convenção¹⁵⁸.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 69.

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 97.

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 97.

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 69.

¹⁵⁸ A CADH faz referência indireta ao acolhimento de tal direito, no art. 46: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será

1.9 Garantia ao *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* não está previsto expressamente na CF/1988, embora existam outras previsões que, indiretamente, garantam a sua aplicabilidade¹⁵⁹.

No texto do art. 14,7, do Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político, consta: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Já no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a regra vem expressa no art. 8.4: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

A garantia ao *ne bis in idem*, portanto, assegura que ninguém poderá ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato. Essa garantia tem a sua validade iniciada a partir do trânsito em julgado material da sentença, quando a coisa julgada começa a exercer uma função negativa, definida como *ne bis in idem*.

Neste sentido, Gustavo Henrique Badaró observa:

Quando a *res in iudicium deducta* passa em julgado, forma-se a *res iudicata*. E, formada a coisa julgada material, essa imutabilidade atingirá os efeitos que a decisão projeta sobre a relação material debatida. Assim, fala-se em função negativa da coisa julgada material,

necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste art. não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

¹⁵⁹ A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso é decorrência de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento. Este último encontra expressa previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 4) e ingressa em nosso cenário constitucional pela abertura concedida pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988. O primeiro é decorrência taxativa do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 245.

identificada com o *ne bis idem*, isto é, com o impedimento de um juiz julgar novamente o mesmo indivíduo pelo mesmo fato¹⁶⁰.

Este princípio ganha contornos relevantes quando confrontado com o tema principal deste estudo, principalmente, a partir dos efeitos gerados pela perda alargada sobre a esfera de direitos individuais do acusado.

Essa importância se revela evidente a partir da ponderação de Gustavo Henrique Badaró, de se existir uma relação entre os princípios do *ne bis idem* e da correlação entre a acusação e a sentença. Segundo o autor, decorreria da imutabilidade do objeto do processo durante toda a sua duração até a sentença. Com o trânsito em julgado da sentença, “o efeito negativo da coisa julgada representa uma continuação da imutabilidade do objeto do processo”¹⁶¹.

Em outras palavras, a mesma lógica processual extraída da norma, que impede a alteração do objeto do processo até a sentença, garante a necessária correlação entre um e outro, e se estende após o trânsito julgado da sentença, ao manter imutável o objeto do processo penal.

Essa constatação indica que a integração ou não da perda alargada à imputação poderá fazer com que os seus efeitos sejam ou não atingidos pela função negativa da coisa julgada material, o que será debatido mais adiante.

1.10 Garantia à reserva legal

A garantia à reserva legal está prevista no art. 5º, XXXIX, da CF/1988, como direito fundamental: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a previsão vem inserida no art. 15, 1:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se,

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 133.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 133.

depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

A garantia encontra respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo art. 9 prescreve:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

Ainda, o CP/1940, reforçando a sua importância, reitera em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Com algumas pequenas diferenças em suas redações, verifica-se inexistir dúvidas quanto à proteção oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à prévia existência de lei para alguém ser acusado de crime.

As redações da CF/1988 e do CP/1940, com maior ênfase, esclarecem que, além da existência de crime previsto, do tipo penal abstrato anterior disposto em lei, é necessário prever também sua respectiva pena, de maneira antecedente ao cometimento do delito.

A garantia à reserva legal ou legalidade prevê que nenhum fato será considerado crime sem lei que descreva o respectivo tipo penal e sua pena. Desta garantia surgem quatro desdobramentos: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullun crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullun crimen, nulla poena sine lege stricta*; e d) *nullun crimen, nulla poena sine lege certa*¹⁶².

O primeiro desdobramento, de suma importância para a compreensão do tema, diz respeito à necessidade da existência de *lex praevia* para o cumprimento dessa garantia constitucional. Importa dizer que a lei penal deverá ser sempre anterior ao cometimento do fato para ser aplicada em determinado caso concreto.

Andrei Zenkner Schmidt afirma, sobre a anterioridade, que:

¹⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

O ideal de segurança jurídica determina que a repressão penal somente seja lançada contra aquele que, em tese, tomou conhecimento da lei e, apesar disso, optou pela prática do delito. Nesse caso, toda conduta humana baseada no livre-arbítrio somente poderá ser passível de reprovação caso o agente desobedeça conscientemente a regra de conduta, e isso faz com que esta deva preceder a sua atuação. Por consequência, uma resposta adequada ao “como proibir”? depende da circunstância de ser a lei penal anterior à prática do fato. A isso, dá-se o nome de princípio da anterioridade, corolário necessário do princípio da legalidade¹⁶³.

A exigência de *lex scripta* resulta na constatação de que somente a lei é capaz de criar crimes e respectivas penas. Assim, proíbe-se o uso do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena. No entanto, considera-se que os costumes não estão abolidos completamente do direito penal. Há hipóteses em que a sua utilização como parâmetro para elucidar o conteúdo dos tipos, para operar causa de exclusão de ilicitude (causa supralegal), de atenuação de pena ou da culpa, constitui fonte do direito penal¹⁶⁴.

A necessidade de *lex stricta*, por sua vez, decorre do impedimento de se utilizar a analogia para fundamentar ou agravar a pena (*in malam partem*), visto que a interpretação da norma penal será sempre restritiva.

Segundo assevera Andrei Zenkner Schmidt:

Uma vez admitida a necessidade de conciliação entre o ideal da segurança jurídica e o Direito Penal securitizado, teremos uma primeira decorrência do princípio da legalidade, dirigida tanto para o momento da produção legislativa quanto para o da aplicação das leis penais, mas que, em ambos, reveste-se somente por uma lei em sentido formal, e por outro, que aos juízes somente seja dado o poder de aplicar sanções mediante uma interpretação restritiva da lei penal. O *nullun crimen, nulla poena sine lege stricta*, portanto, é um limitador formal tanto da atividade judicial, visto que, enquanto a proibição está adstrita à existência de um diploma legal formal, a repressão, ademais, está condicionada à aplicação restritiva do direito¹⁶⁵.

¹⁶³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 206-207.

¹⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

¹⁶⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 147.

Ainda, quanto ao fundamento constitucional que justifica a proibição das analogias *in malam partem*, Guilherme de Souza Nucci manifesta:

É certo que os princípios não são absolutos e devem harmonizar-se com outros. Eis o fundamento pelo qual em favor do réu (*in bonam partem*), mas não se deve aceitar a analogia em prejuízo do acusado (*in malam partem*). Por que se poderia tolerar uma forma de ranhura na legalidade, mas não outra? Há integração de princípios e metas constitucionais para a resposta a tal indagação. Em primeiro plano, ressalte-se a finalidade de existência dos direitos e garantias fundamentais, qual seja a de proteger o indivíduo contra os eventuais abusos e excessos do Estado. Logo, a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta, de 1215 – é a constituição de um escudo protetor contra a preponderância do soberano (ou simplesmente, Estado, na modernidade). Em segundo lugar, em processo penal, cultua-se a prevalência do interesse do réu, estampada nos princípios da presunção de inocência e da inviabilidade de exigência de autoacusação. Ora, considerando-se a legalidade uma proteção individual, além de se buscar, sempre, a prevalência do interesse do réu, a lacuna, quando existente em matéria penal, deve ser resolvida com o propósito de beneficiar o acusado – jamais prejudicá-lo¹⁶⁶.

Para que a norma possa exercer a sua função pedagógica, deve ser acessível a todos, não só aos juristas¹⁶⁷. Também conhecido como taxatividade, o quarto e último desdobramento da legalidade ou reserva legal, segundo Andrei Zenkner Schmidt, vem assim definido:

Enunciado básico do positivismo jurídico, prescreve o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* que a norma penal seja determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência, visto que, do contrário, não será dada a possibilidade de o povo tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da ilicitude penal, além do que o exato alcance da proibição penal acabaria sendo delimitado pelo Poder Judiciário, no momento em que a sentença fosse proferida. Pelo respeito ao *princípio da certeza do Direito*, portanto, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento¹⁶⁸.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 104.

¹⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

¹⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 236.

2 A PERDA ALARGADA

Após uma breve passagem pelas garantias constitucionais brasileiras e aquelas previstas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, inicia-se o exame do tema principal do estudo, isto é, em que medida as garantias do acusado no processo penal podem ser afetadas pela recém-introduzida perda alargada no sistema jurídico brasileiro, para, a partir de então, propor a aplicação do instituto a partir da CF/1988.

Adota-se como terminologia, prioritariamente, a expressão *perda alargada* para identificar o instituto objeto direto deste estudo, por se tratar de designação consagrada na doutrina e encontrada na Lei n. 05/2002, que prevê o mesmo instituto em Portugal, cujo texto inspirou a Lei n. 13.964/2019.

Sem prejuízo do posicionamento adotado, utiliza-se também a expressão *confisco*, em algumas passagens do estudo, como sinônimo da perda de bens, expressão aceita em alguns países nos quais a sua versão traduzida vem definida como *confiscation* (em inglês) ou *decomiso* (em espanhol).

A introdução do instituto tem raízes em proposições internacionais que concluíram pela necessidade de se buscar maior efetividade em relação às medidas de combate ao crime, sobretudo o organizado, o que redundou na adoção da perda alargada como tentativa de sufocamento financeiro das atividades ilícitas.

Também no Brasil, um dos projetos de lei que deu início à proposição legislativa (PL n. 10.372/2018¹⁶⁹) tinha como fundamento exclusivo atingir os bens ilícitos decorrentes de atividades praticadas pelo crime organizado. Sua redação inicial, elaborada por uma comissão de juristas formada para essa finalidade, propunha instituir a perda alargada na legislação brasileira a partir da incorporação do art. 17-A à Lei n. 12.850/2013, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas.

¹⁶⁹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.372/2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Autor José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG), Wladimir Costa (SD/PA) e outros. 06/06/2018. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 ago. 2023.

O PL n. 10.372/2018, neste sentido, continha no texto da sua justificção:

A constrição financeira das organizações criminosas é medida essencial para a eficaz persecução penal, retendo e decretando o perdimento dos bens e valores obtidos pela prática de infrações penais. Propostas de projeto de lei instituindo a “Perda alargada” e a “Ação Civil Pública de Perdimento de Bens” estão sendo encaminhadas nesse sentido.

Mais adiante, foi apresentado o PL n. 6.341/2019 (“Pacote Anticrime”)¹⁷⁰, elaborado sob a gestão do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, cujo texto possuía previsão materialmente mais abrangente, já que propunha aplicar a perda alargada em caso de condenação por qualquer crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, mas que condicionava a medida confiscatória ao requisito da existência de “elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa”.

Após a tramitação da matéria nas casas legislativas, houve a aprovação – com alterações – dos textos apresentados, o que redundou em uma maior abrangência do instituto, já que uma das proposições originárias tinha escopo mais restritivo em relação ao seu alcance material¹⁷¹, e o projeto anticrime, por sua vez, possuía o requisito condicionante explicitado acima, posteriormente retirado do texto final da lei que entrou em vigor.

Observa-se que, a redação do PL n. 10.372/2018 teria maior aderência à proposta de aplicação – da perda alargada no sistema jurídico brasileiro – que se pretende fazer neste estudo, visto que atenderia mais precisamente os objetivos traçados quando da criação do instituto, que sempre teve a sua idealização vinculada fortemente ao combate do crime organizado.

Além dos projetos de lei mencionados, outros, com iniciativas semelhantes, foram apresentados e aglutinados¹⁷² no processo legislativo, o que parece ter

¹⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.341/2019 (Pacote Anticrime)**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁷¹ BARIN, Erico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 194-195.

¹⁷² BARIN, Erico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 195.

determinado uma espécie de “fusão” de propostas que redundaram na redação final da lei aprovada. Nesse contexto, menciona-se o PL n. 4.850/2016, pela sua repercussão popular, o qual ficou conhecido como “10 medidas de combate à corrupção”, cuja redação também continha a previsão, em seu art. 4^o¹⁷³, de disposição sobre a perda alargada.

Embora os projetos de lei apresentados sobre perda alargada tenham adotado redações e alcances diversos, em todos eles, havia uma influência da legislação portuguesa nas suas organizações sistemáticas, a revelar uma inspiração dos seus autores a partir da legislação lusitana¹⁷⁴.

A legislação portuguesa, por sua vez, tem a sua motivação original vinculada a posicionamentos adotados pelo Parlamento Europeu manifestando a necessidade de serem criadas medidas, como a perda alargada, visando à restrição das movimentações financeiras ilícitas no mundo.

A circulação do dinheiro proveniente das atividades ilícitas no mundo possibilita não só o usufruto, propriamente dito, dos valores pelos membros da organização criminosa – o que estimula o infrator a permanecer praticando crimes em busca do dinheiro fácil – como possibilita o financiamento de novas atividades criminosas aos infratores que, cada vez mais, adquirem poderio econômico e custeiam grandes e sofisticadas estruturas para garantir a sua impunidade. Além disso, vislumbra-se um inequívoco senso de punição no perdimento desses valores, cuja permanência nas mãos dos infratores afrontaria o conhecido adágio de que “o crime não compensa”.

Assim, há justificável interesse das autoridades internacionais em se buscar novas estratégias de combate ao crime organizado, considerando a visível evolução e a alta sofisticação com que esse atua em níveis transnacionais, o que torna

¹⁷³ “Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.855/2019 (n. anterior: PL n. 4.850/2016)**. Iniciativa Popular. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁷⁴ BARIN, Erico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 187; 195.

prioritário o foco estratégico das autoridades pela busca dos ativos financeiros decorrentes de ilícitos.

Com este espírito, e acompanhando o movimento internacional, foi promulgada a Lei n. 13.964/2019, no tocante à inclusão do art. 91-A ao CP/1940, o qual criou a possibilidade de “ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”¹⁷⁵.

A medida introduzida pela nova legislação altera significativamente o sistema penal brasileiro, ao incluir, dentre as medidas impostas com a condenação criminal por qualquer crime com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, a possibilidade de se decretar a perda de bens alargada, uma vez constatada a incompatibilidade dos bens do acusado com seus rendimentos auferidos lícitamente.

Traça-se, diante disso, um breve paralelo entre a medida recém-adotada no Brasil e o confisco alargado previsto em Portugal, cujas disposições legais possuem enorme similaridade e, mais do que isso, considerando a importância de, nesse último país, a última geração da perda alargada ter sido incorporada ao direito interno após Diretiva editada pela União Europeia. Revela-se, portanto, a preocupação internacional, o que “rompe com a fórmula costumeira de produzir direito, ou seja, o entendimento tradicional da exclusividade dos Estados no estabelecimento da fonte do direito é rompido por força da globalização”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei n. 13.964/2019. “Art. 91-A do Código Penal (1940). Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. § 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. § 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada. § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não onham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

¹⁷⁶ LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019, p. 1.734.

Cada vez mais, é necessário compreender o crime como algo global, tendo em vista a proliferação das organizações criminosas e sua atuação em diversos setores da sociedade. Neste aspecto, enfatiza-se a criminalidade econômica, cuja atuação rompe fronteiras e atua em escala internacional¹⁷⁷.

Essa consideração é de suma importância, pois cria a necessidade de harmonização legislativa dos Estados Membros dos mais variados grupos ou organizações internacionais, de se buscar um entendimento uniforme de vontades, em vista de interesses comuns.

Fato é que, o fenômeno contemporâneo da globalização enfrenta inúmeros desafios em busca de um senso comum capaz de ser padronizado, ao menos na ciência do direito. Isto ocorre devido à diferença entre os sistemas jurídicos, a soberania das nações e a necessidade de se preservar as legislações internas, o que torna instigante e difícil o estudo comparativo de um mesmo instituto em diferentes países.

Neste sentido, sem a pretensão de esmiuçar o instituto jurídico da perda alargada em Portugal, toma-se como ponto de partida a experiência portuguesa no intuito de introduzir o problema jurídico que cerca a criação do mesmo instituto no Brasil, o que levará à análise das mudanças a serem produzidas no sistema penal brasileiro, principalmente, sua compatibilidade com a CF/1988.

2.1 A perda alargada no direito comparado

Segundo Roberto D'Oliveira Vieira, podem ser identificadas quatro gerações do confisco na legislação existente¹⁷⁸.

A primeira delas, adotada pelo Brasil no art. 91, II, do CP/1940, abrange os instrumentos, o produto e o proveito do crime¹⁷⁹. A segunda, na qual se inclui a perda

¹⁷⁷ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

¹⁷⁸ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Coletânea de artigos. v. 7, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁷⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de**

alargada, está presente na legislação de vários países europeus, dentre eles Portugal e Espanha, que adotam sistema no qual a perda é imposta a partir da incongruência do patrimônio com os rendimentos lícitos. Este modelo exige prévia condenação por determinados crimes e tem sido interpretado a partir de uma lógica de presunção construída segundo “o raciocínio de que o confiscado cometeu outros ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado”¹⁸⁰.

Uma terceira geração da perda se ocupa da sua imposição não associada a qualquer condenação criminal, da qual é exemplo o *non conviction based confiscation* (confisco sem condenação), adotado pela Itália e pelo Reino Unido¹⁸¹. Por fim, a quarta geração, derivada da expressão *unexplained wealth mechanisms*, abrange instrumentos criados para combater o enriquecimento ilícito através de medidas voltadas contra a pessoa do confiscado, em razão da avaliação de seu patrimônio¹⁸².

Nesta dissertação, são analisados dois exemplos da segunda geração da legislação da perda: as leis da Espanha e de Portugal, cujas características se assemelham com a perda alargada instituída pela Lei n. 13.964/2019, objeto deste estudo, trazendo, assim, mais especificidade e profundidade à discussão.

À legislação portuguesa será conferido maior destaque, dada a sua similaridade com a legislação brasileira, além de ter servido de inspiração para a Lei n. 13.964/2019¹⁸³.

Antes disso, necessário uma breve referência à legislação espanhola, inserida na segunda geração de leis que regem a matéria, cuja previsão traz o *decomiso*

dezembro de 2019. Coletânea de artigos. v. 7, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁸⁰ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Coletânea de artigos. v. 7, 2020, p. 397. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁸¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Coletânea de artigos. v. 7, 2020, p. 397. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁸² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. In: VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Coletânea de artigos. v. 7, 2020, p. 397. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁸³ BARIN, Erico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 187-195.

ampliado previsto no art. 127 bis da Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuja redação prevê:

*1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito [...]*¹⁸⁴.

O legislador espanhol optou por estabelecer um extenso catálogo de crimes que podem estar sujeitos ao *decomiso ampliado*, dentre os quais estão incluídos:

*i) Delitos de trata de seres humanos; ii) Delitos de tráfico de órganos; iii) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; iv) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264; v) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; vi) Delitos relativos a las insolvencias punibles; vii) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; viii) Delitos de corrupción en los negocios; ix) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298; x) Delitos de blanqueo de capitales; xi) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; xii) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; xiii) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; xiv) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; xv) Delitos de falsificación de moneda; xvi) Delitos de cohecho; xvii) Delitos de malversación; xviii) Delitos de terrorismo; e xix) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal*¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Tradução livre: “O juiz ou tribunal ordenará o confisco dos bens, efeitos e lucros pertencentes a uma pessoa condenada por algum dos seguintes delitos quando resolver, a partir de indícios objetivos fundados, que os bens ou efeitos provêm de uma atividade criminoso, e não se comprove sua origem lícita [...]”.

¹⁸⁵ Tradução livre: “i) Delitos de tráfico de seres humanos; ii) Delitos de tráfico de órgãos; iii) Delitos relativos à prostituição e à exploração sexual e corrupção de menores e delitos de abusos e agressões sexuais a menores de dezesseis anos; iv) Delitos informáticos referentes aos itens 2 e 3 do art. 197 e art. 264; v) Delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica nos casos de continuidade criminal e reincidência; vi) Delitos relativos a insolvências puníveis; vii) Delitos contra a propriedade intelectual ou industrial; viii) Delitos de corrupção nos negócios; ix) Delitos de receptação referentes ao item 2 do art. 298; x) Delitos de lavagem de dinheiro; xi) Delitos contra a Fazenda Pública e a Segurança Social; xii) Delitos contra os direitos dos trabalhadores dos arts. 311 a 313; xiii) Delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros; xiv) Delitos contra a Saúde Pública dos artigos 368 a 373; xv) Delitos de falsificação de moeda; xvi) Delitos de corrupção; xvii) Delitos de malversação do dinheiro público; xviii) Delitos de terrorismo; xix) Delitos cometidos no seio de uma organização ou grupo criminoso”.

Observa-se que, naquele país, a regra adotada também parte de um rol de delitos previamente definido, a partir dos quais se pode aplicar a perda alargada, uma vez constatada a “*desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada*”¹⁸⁶.

Chama a atenção o extenso rol de crimes que podem originar o pedido da perda na Espanha, alguns deles, inclusive, considerados no Brasil de menor importância, quando comparados aos delitos de terrorismo ou os cometidos por organizações criminosas.

Além disso, verifica-se um mesmo tratamento jurídico para diversos crimes previstos naquela legislação com gravidades muito distintas, por exemplo, quando comparados o crime contra a propriedade intelectual e o crime de terrorismo, cujas diferenças de penas¹⁸⁷ e bem jurídicos protegidos revelam um certo descompasso na aplicação da medida, o que poderia, em última análise, banalizar a aplicação do instituto.

Isidoro Blanco Cordero alerta para o fato de que “*la ubicación sistemática del comiso ampliado permite afirmar que se aplica no sólo respecto de los delitos dolosos, sino también respecto de los imprudentes (cuando la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año)*”¹⁸⁸.

Embora não seja foco desta pesquisa comentar com profundidade a legislação espanhola, verifica-se, em uma análise superficial, que a opção feita quanto ao rol de crimes abarcados no art. 127 *bis* parece conter certa desproporcionalidade quando analisada face aos objetivos do instituto da perda alargada, cuja missão originária tem como alvo a criminalidade organizada.

¹⁸⁶ Tradução livre: “desproporção entre o valor dos bens e seus efeitos e os rendimentos de origem lícita da pessoa condenada”.

¹⁸⁷ No Código Penal espanhol, o crime contra a propriedade intelectual pode ter pena de 6 meses a 4 anos em sua modalidade mais simples (art. 270) e o crime de terrorismo, por sua vez, 20 a 25 anos de prisão (art. 573, *bis*).

¹⁸⁸ CORDERO, Isidoro Blanco. El decomiso en el Código Penal y la transposición de la directiva 2014/42/EU sobre embargo y decomiso en la Unión Europea. In: TEIXEIRA, Adriano. **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 108. Tradução livre: “a localização sistemática do confisco ampliado permite-nos afirmar que se aplica não só aos delitos dolosos, mas também aos imprudentes (quando a lei preveja a imposição de uma pena privativa de liberdade superior a um ano”.

A constatação pontual feita no parágrafo anterior, acerca do vínculo existente entre a idealização da perda alargada e o combate ao crime organizado, cada vez mais ganhará relevância ao longo do presente trabalho, podendo se dizer que servirá como fundamento para as conclusões a serem adotadas.

Para a aplicação do *decomiso ampliado* na Espanha, a previsão legal considera a desproporção entre o valor dos bens do envolvido e os ingressos (de recursos financeiros) lícitos da pessoa condenada.

Ressalta-se, por fim, a previsão elencada no item 5¹⁸⁹ do art. 127 *bis* do Código Penal espanhol, que estabelece a impossibilidade de se impor o *decomiso ampliado* quando as atividades delitivas das quais provêm os bens estiverem prescritas ou quando o envolvido tiver sido absolvido dos crimes relacionados, o que revela uma evidente correlação entre os crimes do catálogo e a perda alargada a ser imputada. Isto é, se a condenação não se operar pela improcedência das acusações ou pela prescrição, impedirá a imposição do confisco ampliado.

2.2 A experiência portuguesa

Examina-se, com destaque, a experiência de Portugal sobre a perda alargada, antes de se verificar o mesmo instituto no Brasil, tendo em vista a enorme similaridade entre a legislação daquele país e a congênere norma legal brasileira. Reconhece-se, inclusive, a inspiração gerada pela norma portuguesa para a criação da norma brasileira, ao se identificar traços da primeira no texto legal aqui aprovado¹⁹⁰.

Em Portugal, foram enfrentadas discussões acerca da (in)constitucionalidade do instituto, contexto que confirma o que já foi pontuado neste trabalho: a adoção de um instituto similar criado a partir de experiências em países diversos e sistemas

¹⁸⁹ “*El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada*”. Tradução livre: “O confisco a que se refere este artigo não será acordado quando as atividades criminosas das que provenham os bens ou seus efeitos tiverem sido prescritas ou já tiverem sido objeto de um processo penal resolvido por sentença absolutória ou resolução de suspensão com efeitos de coisa julgada”.

¹⁹⁰ BARIN, Erico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 177-207.

jurídicos distintos pode trazer dificuldades de adaptação no sistema jurídico receptor¹⁹¹.

De qualquer forma, em atenção aos compromissos internacionais assumidos, a legislação penal portuguesa criou a possibilidade de imposição da perda alargada para alcançar os bens do condenado que não apresentam congruência com o patrimônio auferido com rendimentos lícitos, medida cuja finalidade originária está fundamentada na ideia de fazer cessar a fonte das receitas que sustenta e financia as atividades ilícitas, sobretudo aquelas praticadas por organizações criminosas.

A perda alargada tem especial relevância porque, além de abranger os bens obtidos com a prática direta do crime que é objeto do processo penal em questão, avança sobre outros bens do acusado, a partir da incongruência patrimonial verificada entre os bens existentes e os rendimentos lícitos do arguido.

Nota-se que, a previsão legal quanto à possibilidade de imposição da perda alargada remete ao texto legal vigente desde 2002 em Portugal (Lei n. 05/2002, art. 7º), o qual já estabelecia a perda dos bens, em favor do Estado, consistente na “diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”, o que denota uma preocupação com o tema há mais de duas décadas.

A lei portuguesa estabeleceu um catálogo fechado de crimes cuja incidência pode gerar a perda alargada: tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contrabando, lenocínio, tráfico de menores e falsificação de moedas. Além disso, há três requisitos para a decretação da perda: i) condenação por um dos crimes mencionados; ii) existência de patrimônio; e iii) incompatibilidade do patrimônio com a renda declarada¹⁹².

¹⁹¹ ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* Eis a questão. *In*: ZILLI, Marcos; MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta (org.). **Processo penal humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

¹⁹² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Coletânea de artigos. v. 7, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023, p. 402.

Em passado mais recente, seguindo a tendência legislativa adotada em momento anterior, Portugal transpôs a Diretiva n. 2014/42/UE, cujo texto representa uma resposta da comunidade europeia baseada no entendimento de que, para o combate eficaz da criminalidade organizada, as autoridades deverão desenvolver mecanismos para neutralizar os lucros ilícitos decorrentes dessas atividades ilícitas¹⁹³.

A Diretiva n. 2014/42/EU foi concebida, portanto, com a ideia de “viabilização de meios eficazes no enfrentamento dessas organizações criminosas”¹⁹⁴, cujo texto aprovado em 3 de abril de 2014, pelo Parlamento Europeu, assentou, em seu item 1:

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 detetar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a 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 criminosa¹⁹⁵.

Com esse espírito, aprovou-se em Portugal a Lei n. 30/2017, cujo conteúdo, dentre outras mudanças significativas, estabeleceu a possibilidade de arresto cautelar a qualquer tempo quando verificada a existência cumulativa de i) fundado receio de redução das garantias patrimoniais; e ii) fortes indícios da prática do crime.

A previsão de ordem cautelar, por indicar a possibilidade de antecipação do provimento em desfavor do acusado (antes de decisão condenatória transitada em julgado), tem recebido considerações críticas da doutrina acerca da sua adequação constitucional, dada a restrição imposta ao princípio da presunção de inocência¹⁹⁶.

¹⁹³ “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 a 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” (Item 1 da Diretiva 2014/42/EU, versão em língua portuguesa. Disponível em: EUR-Lex - 32014L0042 - EN - EUR-Lex (europa.eu)).

¹⁹⁴ LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019, p. 1.737.

¹⁹⁵ EUROPEAN UNION. Disponível em: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁹⁶ Assim, ao se considerar a efetividade da perda ampliada somente após uma condenação criminal definitiva, 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

O tema é relevante – embora este trabalho não se dedique a abordar a compatibilidade constitucional do instituto em Portugal – pois se verifica, nesta hipótese, a antecipação de provimento jurisdicional que tem potencial de restringir direitos e garantias individuais de índole constitucional, como o direito à propriedade, invertendo-se o ônus da prova quanto à licitude dos bens bloqueados.

Essa questão já foi objeto de análise em trabalho publicado recentemente¹⁹⁷, cujo olhar voltou-se para o ônus da prova na legislação brasileira, a partir de uma leitura constitucional do instituto neste país.

Merece registro, sobre o aspecto do ônus da prova, o apontamento de Manuel Monteiro Guedes Valente¹⁹⁸, ao alertar para o fato de que a perda, nos moldes da lei, poderá ser imposta por “presunção de ilicitude do patrimônio”, critério que não se mostra compatível com os princípios orientadores do direito penal. Outros autores em

emblemáticas, relacionadas à perda alargada e à presunção de inocência, 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. LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** (RJLB), ano 5, n. 2, 2019, p. 1.757.

¹⁹⁷ LEITE, Mauricio Silva; BRAGA, Matheus Andrade. Perda alargada – ônus da prova e presunção de inocência. **Jornal Jurid**, 2023. Disponível em: www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/perda-alargada-onus-da-prova-e-presuncao-de-inocencia. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁹⁸ “O regime da perda alargada obedece ao princípio do patrimônio maculado ou da ilicitude do patrimônio. Exige-se a prova de que o agente é detentor de uma vantagem incoerente e ilícita por existir uma diferença entre o patrimônio global e os rendimentos obtidos de forma ilícita. Quanto a este ponto dogmático da aplicação do regime, fala-se muito em inversão do ônus da prova. Mas uma das mais preocupantes questões é a seguinte: mesmo que exista essa diferença dentro do patrimônio, cuja proveniência não seja totalmente revestida de ilicitude ou de ilegalidade, desde que o agente condenado não consiga provar a licitude da sua origem, presume-se que a mesma é de proveniência ilícita desde que integrada no espaço dos últimos cinco anos anteriores à data da constituição como arguido no processo-crime. É uma presunção jurídica convertida em presunção fáctica e conseqüente veredicto fáctico-jurídico probatório. Do quadro normativo retira-se que o patrimônio cuja proveniência lícita não se consiga provar se presume de origem ilícita. É o próprio legislador que assume a presunção de ilicitude da proveniência do patrimônio, quando o Direito penal do facto ou do bem jurídico de um Estado de direito material social democrático nega a admissibilidade de presunções negativas em Direito Penal, antes exige prova concreta da convicção assumida em sede de processo-crime. Vence o brocado: Quem cabritos vende e cabras não tem, de algum lado lhe vem”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

Portugal também manifestam críticas quanto à possível violação constitucional decorrente da inversão do ônus da prova na legislação lusitana¹⁹⁹.

Inobstante a existência de posicionamentos doutrinários críticos ao texto legal²⁰⁰, pontua-se decisão do Tribunal da Relação do Porto²⁰¹, que concluiu pela validade do arresto preventivo, ao entender que é necessária a implementação de “mecanismos especiais que visam facilitar a investigação e a recolha de prova e de um mecanismo sancionatório, repressivo, que garanta a perda das vantagens obtidas com a atividade criminosa”.

Diante disso, o instituto da perda alargada em Portugal, notadamente após a transposição da Diretiva n. 2014/42/EU, embora tenha atendido aos objetivos quanto a maior efetividade no combate à criminalidade organizada, levanta vozes críticas em relação à sua posituação e constitucionalidade material.

O Tribunal Constitucional português, em mais de uma oportunidade²⁰², instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade material da norma, concluiu que o texto legal não viola a presunção de inocência ou o direito ao silêncio do arguido, conforme se verifica em trecho do Acórdão 101/2015 daquele Tribunal:

A Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Para tanto, define um regime especial de recolha de prova, quebra de sigilo profissional e perda de bens a favor do Estado (o sublinhado é nosso) que se aplica aos crimes constantes do elenco fixado no seu artigo 1º. Dentro desses crimes encontra-se, precisamente, o lenocínio [alínea i) do n. 1 do artigo 1º da Lei n. 5/2002]. No que ao regime especial de perda de bens a favor do Estado diz respeito, releva a seguinte disposição

¹⁹⁹ DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O combate aos lucros do crime** – o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n. 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito, Porto 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Dissertação.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

²⁰⁰ LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** (RJLB), ano 5, n. 2, 2019, n. 2-1; DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O combate aos lucros do crime** – o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n. 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito, Porto 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Dissertação.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

²⁰¹ PORTUGAL. **Recurso Penal**, processo 2808/13.8TAVNG-E. P1, número convencional JTRP000, Relatora Elsa Paixão, Tribunal da Relação do Porto, 11-04-2019.

²⁰² PORTUGAL. **Acórdãos 101/2015 e 392/2015 do Tribunal Constitucional Português**. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 16 out. 2023.

do n. 1 do artigo 7º: Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Sustenta o recorrente que é inconstitucional esta norma, por entender que a «presunção» que nela se estabelece implica a «consignação da inversão o ónus da prova ou da presunção de inocência», em violação das garantias de processo criminal que são consagradas no artigo 32º da CRP. Não tem razão o recorrente a verdade, a presunção contida no art. 7º, n. 1, da Lei n. 5/2002, apenas opera após a condenação, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no art. 32º, n. 2, da CRP. Além disso, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais, exceto quando o legislador dispuser em contrário (art. 350º, n. 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.

Assim não há senão concluir pela improcedência do recurso.

2.3 A Lei n. 13.964/2019

O Brasil aprovou a Lei n. 13.964/2019, cujo texto tratou da alteração do Código Penal e de Processo Penal, além de normas penais esparsas, como a Lei n. 12.850/2013, que regula o combate às organizações criminosas.

Inicialmente, o projeto foi cercado de polêmicas, uma vez que a convalidação em ambas as Casas legislativas²⁰³ foi seguida de inúmeros vetos presidenciais, mutilando, assim, parte dos seus dispositivos.

Após aprovação da lei, seus efeitos foram parcialmente suspensos por decisão liminar do Presidente do STF, no tocante, por exemplo, à instituição do juiz de garantias, questão recentemente dirimida pelo Poder Judiciário²⁰⁴.

²⁰³ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.

²⁰⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI n. 6.298. “O Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: 1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; 2. Por maioria, declarar a constitucionalidade do *caput* do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12

Embora ainda não haja o trânsito em julgado da decisão que examinou o tema, por maioria de votos, o STF julgou constitucional a previsão inserida no art. 3º-A da Lei n. 13.964/2019, para validar a instituição do juiz de garantias. Entre os temas que ganharam vigência imediata na Lei n. 13.964/2019 está a inserção do art. 91-A ao CP/1940, cuja previsão, objeto da presente reflexão, prevê a perda alargada, assim estabelecida:

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

Registra-se que o projeto de lei que deu início à discussão no Congresso propunha a aplicação da perda alargada apenas aos crimes praticados por organizações criminosas; por sua vez, o projeto intitulado anticrime propunha, como condição para se aplicar a mesma medida, a existência de habitualidade, reiteração, conduta profissional ou praticada por organização criminosa. No entanto, após o trâmite legislativo, o instituto foi ampliado e passou a ter aplicação geral, alcançando todos os crimes com penas máximas superiores a 6 (seis) anos de reclusão. O requisito condicionante, portanto, fora excluído.

A nova previsão legal confiscatória, embora dotada de peculiar importância, dada a profunda alteração produzida na persecução penal brasileira, ainda é tratada com timidez pela doutrina e pela jurisprudência, o que pode ser fruto do pouco tempo de utilização prática no processo penal brasileiro. Sua aplicação tem vigência muito anterior em países europeus, como Portugal e Espanha, nos quais já há balizas mais sedimentadas e maior discussão acerca da sua validade e constitucionalidade.

O presente estudo analisará a inserção do instituto no sistema jurídico penal brasileiro, sob o aspecto da sua conformação constitucional, para apresentar proposta

(doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça”.

capaz de tornar a sua aplicação compatível com os direitos e as garantias individuais do acusado no processo penal brasileiro.

Para tanto, inicia-se por uma breve digressão às normas legais já existentes até a promulgação da Lei n. 13.964/2019, as quais abordavam perdas patrimoniais no direito penal brasileiro. Trata-se de uma referência de suma importância, pois nunca se deu tanto protagonismo às medidas penais patrimoniais no Brasil como na atualidade, o que coincide com a profusão de operações policiais deflagradas em investigações de crimes financeiros complexos, das quais o exemplo mais conhecido é a Operação Lava Jato, cuja existência ganhou fama internacional.

A partir do *standard* de atuação da Operação Lava Jato, passa-se a verificar um processo penal com balizas distintas daquelas até então existentes, a ponto de a sua importância e resultados iniciarem um processo de profunda alteração jurisprudencial nas medidas cautelares em geral, nas quais se inserem as medidas assecuratórias, assim intituladas aquelas de cunho patrimonial previstas no processo penal.

Não se olvide que a alteração do posicionamento dos Tribunais brasileiros fez parte de um fenômeno de busca por uma maior efetividade na aplicação da norma penal, o que culminou em posicionamentos mais rigorosos em desfavor dos acusados, em muitos casos, incompatíveis com a CF/1988.

Esse fenômeno, verificado no direito penal e processual penal brasileiro, tem sido justificado a partir de uma nova interpretação das normas que, baseada numa leitura mais globalizada, passou a fixar precedentes privilegiando a busca pela efetividade, enfatizando especialmente a recuperação de ativos financeiros²⁰⁵.

Embora não se pretenda negar a importância da criação de novos métodos de persecução visando à obtenção de respostas diferentes e mais efetivas para a recente modalidade de delinquência, cuja atuação hoje conta com avançados meios tecnológicos, o que favorece o desenvolvimento da criminalidade organizada²⁰⁶, já se

²⁰⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Resp 1637352/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20 set. 2018.

²⁰⁶ “[...] *La criminalidad asociada a los medios informáticos y a internet (la llamada ciberdelincuencia) es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los*

percebe, em sentido contrário, um movimento iniciado a partir de decisões judiciais proferidas pelo STF²⁰⁷, reconhecendo a invalidade de atos praticados no âmbito das grandes operações policiais que se avolumaram nos últimos anos, o que pode provocar uma espécie de reajuste da jurisprudência brasileira.

Algumas dessas decisões se concentram em analisar as medidas de indisponibilidades determinadas sobre os bens dos acusados – em parte proferidas de maneira cautelar²⁰⁸, antes da sentença penal condenatória – o que, ainda hoje, revela certa instabilidade jurisprudencial quanto à interpretação das disposições legais que já tinham vigência na redação anterior do CP/1940 e do CPC/1941, além das leis esparsas acerca da matéria.

Todavia, atualmente, a breve referência à oscilação jurisprudencial quanto às medidas cautelares serve apenas para contextualizar o cenário jurídico no qual se insere o objeto da presente tese, cujo enfoque está concentrado na perda dos bens determinada após a decisão condenatória, matéria que, por suas peculiaridades, também desperta questionamentos no ordenamento jurídico brasileiro.

O CP/1940, há muito já tratava da possibilidade de se impor medidas de ordem pecuniária ao réu no processo penal, autorizando ao final do processo, em caso de condenação, a reversão da propriedade dos instrumentos do crime ou do produto ou proveito do crime em favor do Estado²⁰⁹. No entanto, apenas com a entrada em vigor da Lei n. 12.694/2012 é que significativas alterações foram incorporadas ao

Estados).” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2008, p. 14-15. Tradução livre: “[...] A criminalidade associada aos meios informáticos e à Internet (o chamado crime cibernético) é, seguramente, o melhor exemplo de tal evolução. Nesta medida, a ligação entre o progresso técnico e o desenvolvimento das formas de crime organizado, que operam no âmbito internacional, é inegável e constitui claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e Estados)”.

²⁰⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 193.726, Rel. Min Edson Fachin, 23-06- 2021; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, HC 157.627, Rel. Min. Edson Fachin, 17-03- 2010.

²⁰⁸ BRASIL. **Tribunal Regional da 1ª Região**. Apelação Criminal n.1031557-07.2020.4.01.3400, Rel. Des. Ney Bello, s/d.

²⁰⁹ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

CP/1940²¹⁰ e passaram a autorizar a perda dos bens de maneira subsidiária e por equivalência.

Em atenção aos critérios adotados pela Convenção de Palermo, pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas²¹¹ (cujos textos foram promulgados por decreto presidencial no Brasil), incorporou-se modalidade de perda de bens subsidiária, nos moldes definidos pelo legislador, cuja aplicação passou a ter lugar quando o produto ou proveito do crime não fosse localizado ou estivesse no exterior, possibilitando, assim, sua substituição por outro de mais fácil alcance pelas autoridades.

Além disso, a mesma perda passou a ser imposta por equivalência (art. 91, § 1º, do CP/1940), por incidir sobre valor equivalente ao considerado como produto ou proveito da infração objeto da condenação, quando este último bem não foi localizado.

Naquele momento, deu-se um passo em direção à busca de alternativas para se aprimorar as perdas patrimoniais, ao se admitir novos critérios de efetivação dos efeitos pecuniários decorrentes da condenação criminal, mantendo-se, todavia, a estrutura tradicional de vinculação do valor atingido com o montante financeiro ilícito estabelecido na sentença penal imposta.

A relevância da modificação tornou possível o alcance de outros bens do condenado em processo criminal, que não aqueles diretamente relacionados à infração que gerou a perda, o que já revelou uma tendência de mudanças na legislação penal sobre a matéria, como a que de fato veio posteriormente.

Com a promulgação da Lei n. 13.886/2019, instituiu-se, pela primeira vez, a perda alargada, cuja redação inseriu o art. 63-F à Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) para prever:

Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens

²¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.694/2012. “[...] § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda”.

²¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18. ed. Niterói/RJ Impetus, 2016, p. 786-787.

correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no *caput* deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa [...].

Como se vê, a norma deu o primeiro passo em direção às previsões internacionais que estabelecem a perda alargada no mundo, com a criação de medida confiscatória baseada na incompatibilidade entre os bens do acusado e aqueles obtidos com rendimentos lícitos. No entanto, sua aplicação restringiu-se aos crimes previstos na Lei de Drogas, além de exigir a demonstração de prática criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou sua vinculação com organizações criminosas.

Os critérios adotados tiveram como parâmetro três aspectos, diferentes e cumulativos, para se impor a perda alargada na Lei de Drogas: 1) a condenação por infrações penais previstas na Lei de Drogas, com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão; 2) a existência de bens incompatíveis com o rendimento lícito; e 3) a existência de elementos probatórios indicativos da prática de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação com organização criminosa.

Com isso, ficarão sujeitas à medida de perda alargada as práticas mais graves previstas na Lei n. 11.343/2006, como o tráfico (art. 33), o fabrico (art. 34), a associação para o tráfico (art. 35) e o financiamento dessas atividades (art. 36), exigindo-se, ainda, a presença de habitualidade, reiteração, conduta profissional ou vinculação com organização criminosa.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, cuja redação introduziu o art. 91-A ao CP/1940, instalou-se um novo cenário jurídico. Houve, de fato, um rompimento dos parâmetros históricos acerca da matéria no Código Penal, uma vez que se criou medida confiscatória baseada na discrepância entre os bens do condenado e os rendimentos lícitos auferidos no período analisado, sem referência expressa à necessidade de equivalência entre a perda aplicada e os valores considerados diretamente ligados à infração objeto da ação penal.

Ainda, a partir da norma mais recente, o legislador silenciou quanto à necessidade de a perda estar vinculada à conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, dispensando este requisito limitador da sua aplicação, nos moldes do estabelecido pela Lei de Drogas.

A perda alargada inserida no art. 91-A do CP/1940 está prevista da seguinte forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

A perda alargada recém-introduzida possui como requisitos para sua aplicação, diferentemente das perdas destinadas ao *producta sceleris* e *instrumenta sceleris* do art. 91, II, “a” e “b”, do CP/1940, a pré-existência de condenação por infrações penais às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, e a incompatibilidade entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento obtido licitamente.

A nova medida confiscatória tampouco se refere expressamente a qualquer relação de equivalência entre o valor objeto da perda e o produto ou proveito do crime, como ocorre na hipótese do art. 91, § 1º, do CP/1940. Criou-se, portanto, uma nova modalidade de perda, cujas características diferem de todas as medidas existentes, até então, na legislação penal.

No caso do art. 91-A do CP/1940, ainda, o legislador não manteve o requisito da demonstração da habitualidade, reiteração, conduta profissional ou praticada por meio de organização criminosa, como previsto na Lei de Drogas, o que influenciará na análise acerca da aplicação válida do instituto.

É precisamente quanto a esta última perda, inserida pela Lei n. 13.964/2019, que se dedica esta tese, por tratar-se de brusca e impactante alteração no sistema penal e processual penal, a qual merece considerações acerca do seu limite de aplicabilidade, para alcançar a indispensável constitucionalidade.

Isso porque, o texto legal, conforme concebido, ao menos, sugere a possibilidade de os efeitos jurídicos da perda alargada serem extraídos de decisão judicial condenatória, cujos ilícitos descritos na sentença não guardam referência com os bens destinados à perda, entendimento já manifestado pela doutrina²¹².

Este é o cerne enfrentado nesta tese, na qual se pretende concluir em quais casos a perda alargada poderá ser imposta e se propor critérios à sua aplicabilidade, principalmente em relação ao vínculo a ser estabelecido com a imputação trazida na denúncia, sem o que a sua aplicação ferirá garantias constitucionais do acusado no processo penal, também inseridas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2.4 Natureza jurídica da perda alargada

Há grande divergência na doutrina sobre a natureza jurídica da perda alargada. É possível encontrar posicionamentos que a definem como uma medida de natureza

²¹² VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Coletânea de artigos. v. 7, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023, p. 410.

penal²¹³, civil²¹⁴, administrativa, similar à uma medida de segurança²¹⁵, reparatoria²¹⁶, ou então, um regime especial de perda de bens²¹⁷.

Colhe-se, ainda, na doutrina nacional, alguns posicionamentos classificando o instituto como uma medida extrapenal específica, um efeito imediato e acessório da condenação, neste último caso, sem reflexões mais detalhadas a respeito do tema²¹⁸.

A definição é significativa para este estudo, pois, para além da discussão meramente teórica, a depender da conclusão adotada acerca da natureza jurídica do instituto, a perda alargada deverá observar maiores ou menores exigências prévias quanto ao processo legitimador de sua aplicabilidade²¹⁹.

Isso ocorre porque, quanto mais a perda alargada se aproximar de uma medida de natureza extrapenal, maior será a flexibilidade no tocante aos requisitos necessários para sua aplicação, e menores serão as exigências em relação ao *standard* probatório relacionado à demonstração da ilicitude dos bens. Em sentido inverso, quanto mais se caminha para o seu reconhecimento como uma sanção de caráter penal, com mais força se atrai a necessidade dos rigores exigíveis para o reconhecimento prévio da culpabilidade para a imposição da pena extraída da ilicitude dos bens e valores objeto da perda. Daí a necessidade de se averiguar sua natureza

²¹³ DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. **2º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 39; CORREA JUNIOR, Alceu. Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. **Revista do IBCrim**, São Paulo, 2006, p. 97; GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 1º e 7º a 12º). In: ALMEIDA, Sebastião *et al.* **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.351. Embora o posicionamento seja anterior à Lei n. 13.964/2019, refere-se à perda alargada portuguesa.

²¹⁴ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 17.

²¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal português**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 638; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado. **Julgar Online**. fev. 2017. Disponível em: <https://julgar.pt>. Acesso em: 31 ago. 2023, p.15.

²¹⁶ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169. O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019, portanto considera as medidas de perda de bens até então existentes.

²¹⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 53.

²¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: RT, 2020, p. 42; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal – parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 600.

²¹⁹ TEIXEIRA, Adriano. **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 13.

jurídica, e conhecer melhor os posicionamentos sobre o tema até se chegar a uma conclusão que conduza ao objeto central estudado.

Inicia-se a discussão delimitando o tema, vez que a legislação – principalmente em outros países – admite diversas formas de confisco, cujas características, fundamentos e alcance se dissociam do objeto deste estudo, que se restringe à perda alargada. Neste sentido, não será abordado o *non conviction based confiscation* (confisco não baseado em condenação), presente em vários países, como os Estados Unidos da América, Reino Unido, Itália, Irlanda e Noruega²²⁰, cuja imposição, como o nome indica, dispensa a existência de sentença condenatória penal, pois ocorre mesmo em caso de ausência de individualização do réu, afastando-se, pois, do objeto de estudo²²¹. Também não será analisado o *decomiso sin condena* espanhol, cuja aplicação prescinde de sentença condenatória criminal, pelos mesmos motivos apontados. A modalidade jurídica que interessa a esta pesquisa é a prevista no art. 91-A do CP/1940, caracterizada mediante a constatação da “diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”, cuja imposição exige condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão.

A previsão recém-introduzida no CP/1940, para que se dê a imposição da perda alargada, exige i) condenação por crime com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão; e ii) existência de bens em poder do condenado incompatíveis com seus rendimentos lícitos.

Segundo Marcelo Carita Correra, Gabriela de Castro Ianni e Claudio José Langroiva Pereira:

O que o artigo 91-A do Código Penal brasileiro busca é, diante da condenação, realizar um verdadeiro balanço do patrimônio do condenado e compará-lo com o rendimento lícito, de forma a presumir

²²⁰ SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 187.

²²¹ TEIXEIRA, Adriano. **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 13.

a ilicitude excedente. A norma faculta ao condenado desconstituir a perda ampliada, mediante a prova da origem ilícita dos bens²²².

Feita essa observação inicial, ainda assim, resta um longo e tortuoso caminho a ser percorrido para definir a natureza do instituto examinado, cujas especificidades trazem enormes entraves de compreensão e conceituação a serem enfrentadas.

A relevância de se percorrer este caminho e de se adotar determinada posição, delimitando a natureza jurídica do instituto, está justamente em fixar o alcance da norma e os requisitos para a sua válida aplicação²²³, conforme a CF/1988, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para isso, é necessário definir se a perda alargada tem natureza extrapenal, hipótese que traz maior flexibilidade em relação à prova necessária para formar a convicção do juiz, ou, se por outro lado, o mesmo instituto se caracteriza como sanção penal, vinculando sua aplicação à observância dos direitos e garantias constitucionais do acusado no processo penal, principalmente no que tange à formação da culpa que levaria à perda dos bens.

Ainda, cabe perquirir se não teria a perda alargada natureza especial, que lhe define como uma terceira modalidade na qual se misturam características penais e extrapenais num mesmo instituto.

Como se vê, ainda que se vislumbre no instituto da perda alargada uma característica penal²²⁴ dentre aquelas que compõem o instituto (vez que a legislação brasileira, no art. 91-A do CP/1940, prevê a perda de bens que são produto ou proveito de “infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão”), são encontrados posicionamentos atribuindo ao instituto natureza civil²²⁵,

²²² CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. Perda ampliada de bens e o devido processo legal. **Cadernos de Direito Actual**, n. 18. Num. Ordinário 2022, p. 180-205.

²²³ TEIXEIRA, Adriano. **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 13.

²²⁴ DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. **2º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 39; CORREA JUNIOR, Alceu. Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. **Revista do IBCrim**, São Paulo, 2006, p. 97; GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 1º e 7º a 12º). In: ALMEIDA, Sebastião *et al.* **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.351.

²²⁵ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 17.

administrativa, similar à medida de segurança²²⁶, reparatória²²⁷, de regime especial²²⁸, ou, ainda, medida extrapenal específica, um efeito imediato e acessório da condenação²²⁹.

Não existem muitos trabalhos produzidos na doutrina nacional analisando especificamente a natureza jurídica da perda alargada – os textos mais detalhados invocam o modelo das perdas de bens em geral, anterior à Lei n. 13.964/2019 – o que torna mais complexo o desafio de se examinar a previsão específica do art. 91-A do CP/1940, justamente pela sua recente vigência e poucos trabalhos dedicados ao tema.

Assim, inobstante a importância científica dos textos anteriores à vigência da Lei n. 13.964/2019, as conclusões neles contidas devem ser relativizadas, uma vez que a perda alargada possui características que a tornam distinta das demais perdas de bens verificadas até então na legislação brasileira. Por outro lado, a doutrina estrangeira procura encontrar a definição acerca da natureza jurídica da perda de bens a partir dos modelos existentes em seus próprios países, o que tornará a comparação com o modelo pátrio nem sempre compatível.

Superadas as considerações iniciais, procura-se entender os modelos propostos e sua compatibilidade com o objeto do estudo. Registram-se, inicialmente, alguns posicionamentos na doutrina nacional que definem a perda de bens como uma medida extrapenal específica, um efeito imediato e acessório da condenação²³⁰. O fundamento utilizado pelos autores, sem a realização de uma análise mais

²²⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal português**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 638; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado. **Julgar Online**. fev. 2017. Disponível em: <https://julgar.pt>. Acesso em: 31 ago. 2023, p. 15.

²²⁷ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169. O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019, portanto considera as medidas de perda de bens até então existentes.

²²⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 53.

²²⁹ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: RT, 2020, p. 42; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal – parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 600.

²³⁰ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: RT, 2020, p. 42; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal – parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 600.

aprofundada sobre o assunto, se restringe ao *nomen juris* adotado pelo CP/1940, o que não conduz a qualquer conclusão quanto às exigências materiais e processuais aplicáveis à espécie, a não ser a sua imposição automática em decorrência da condenação, o que não soluciona o ponto crucial de interesse nesta pesquisa, ou seja, a sua conformidade com as garantias constitucionais no sistema jurídico brasileiro.

Colhe-se, ainda, o posicionamento adotado por Sérgio Moro²³¹, afastando o caráter penal do instituto, mas qualificando sua natureza como reparatória. De maneira mais aprofundada, Tiago Cintra Essado²³² observa que a perda de bens também tem caráter extrapenal e que pode ser definido como instituto de natureza civil. Para tanto, o autor invoca argumentos de índole constitucional e a finalidade reparatória do instituto. Acompanham este entendimento, defendendo a natureza civil do instituto, outros autores²³³.

Dentre os principais argumentos utilizados pelos autores que atribuem natureza extrapenal ao instituto estão i) a perda de bens possui uma finalidade reparatória; ii) a

²³¹ “Não se pode falar em pena ou sanção de cunho punitivo se o confisco visa à reposição do *status quo* anterior ao crime, nem mais, nem menos. Seria ainda pouco apropriado afirmar que o autor do crime sofre uma pena ou sanção de cunho punitivo por ser privado de algo sobre o qual não teria direito algum. Tomando os exemplos acima, dificilmente poderia ser caracterizado como pena privar o criminoso do carro que subtraiu ilicitamente da vítima ou privar o traficante de drogas do patrimônio acumulado com sua atividade ilícita. Argumentos desta espécie autorizam a caracterização do confisco como sanção ou medida de cunho reparatório”. MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169. O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei 13.964/19, portanto leva em conta as medidas de perda de bens até então existentes.

²³² “Como se viu, o texto constitucional estabelece de forma nítida a distinção entre a perda como efeito da condenação (CF, art. 5º, XLV) e como pena (CF, art. 5º, XLVI). Esta distinção leva à conclusão de que o efeito da condenação pode ou não possuir natureza penal. Quando o constituinte tratou do perdimento de bens como efeito da condenação, o fez ao lado da reparação do dano, que é um efeito de natureza civil. E para ambas as situações permitiu que os efeitos sejam transmitidos aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido (CF, art. 5º, XLV, parte final). E essa ressalva vem logo após a fixação do caráter intransmissível da pena (CF, art. 5º, XLV, parte inicial). Ou seja, o constituinte deixou clara a vedação à transmissão dos efeitos da pena, evidenciando, porém, que o mesmo não deve ocorrer para a reparação do dano e para o perdimento dos bens. Percebe-se, com isso, que a distinção de tratamento constitucional justifica-se pela diversidade de natureza dos institutos. Logo, a pena é diferente da perda de bens. Para a primeira o limite é o próprio condenado; para a segunda, é possível alcançar os herdeiros, até o limite da herança.” ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/publico/TESE_INTEGRAL_TIAGO_CINTRA_ESSADO.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023. O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei 13.964/19, portanto leva em conta as medidas de perda de bens até então existentes.

²³³ Defendem a natureza civil do instituto João Conde Correia, Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues. VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 100-101.

perda de bens visa a recomposição de um *status quo ante*²³⁴, em razão da ilicitude que vincula a obtenção do bem em sua origem; e iii) a perda dos bens tem natureza preventiva ligada à necessidade de privação dos agentes delituosos, dos meios e recursos para a prática de novas atividades criminosas.

O primeiro argumento, ao qual se atribui finalidade reparatória à perda de bens, está fundado na ideia de que o bem obtido ilicitamente gerou um determinado dano que precisa ser reparado, e o seu confisco, justamente, visa concretizar essa reparação.

Segundo Tiago Cintra Essado²³⁵, nos crimes comuns, extraídos do direito penal clássico, quando se verifica uma conduta de natureza individual com vítimas determinadas, surge o direito à reparação do dano. Nos casos decorrentes da criminalidade organizada, por outro lado, as condutas praticadas têm potencial de provocar danos de caráter difuso, os quais geram a necessidade de reparação social dos efeitos danosos derivados deste tipo de crime organizado.

Neste sentido, a reparação nada mais é do que a recomposição do bem à vítima. Por esse motivo, não há que se falar em pena ao se aplicar a perda do bem para o agente delituoso, por se tratar de bem que não lhe pertence e sobre o qual não possui direito legítimo de reclamar a propriedade²³⁶.

Já o segundo argumento, afirma a necessidade de se reestabelecer uma situação anterior ao crime, já que a obtenção do bem se deu por meio ilícito, ou seja, contrário ao direito.

²³⁴ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei 13.964/2019, portanto, considera as medidas de perda de bens até então existentes.

²³⁵ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/publico/TESE_INTEGRAL_TIAGO_CINTRA_ESSADO.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023., p.22.

O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei 13.964/2019, portanto, considera as medidas de perda de bens até então existentes.

²³⁶ Sérgio Moro também adota este argumento. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169. O posicionamento mencionado é anterior à vigência da Lei 13.964/2019, portanto, leva em conta as medidas de perda de bens até então existentes.

Diante disso, afirma-se que a perda de bens simplesmente corrige essa distorção, caracterizada pela ilicitude ocorrida na origem do patrimônio atingido pelo confisco, classificado por Frank Saliger²³⁷ como um “distúrbio de propriedade”.

Tiago Cintra Essado²³⁸ acrescenta um argumento diferente e isolado no sentido de que a CF/1988 autoriza em seu art. 5º, XLV²³⁹, a perda de bens, como efeito da condenação, quando aplicada para reparar danos, o que se diferencia da figura jurídica no art. 5º, XLVI²⁴⁰, que trata da perda de bens como pena, daí o caráter civil reparatório da perda de bens²⁴¹.

Já Jorge de Figueiredo Dias²⁴² se refere à perda de bens como medida de cunho sancionatório, semelhante à medida de segurança. Em seu entendimento, haveria uma finalidade preventiva – de prática de futuros crimes – a demonstrar ao agente delituoso que, em caso de um ilícito penal, será instaurada uma “ordenação dos bens adequada ao direito”.

²³⁷ “característico do modelo civilista de confisco é a restituição de transferências ilegais de patrimônio, oriundas de ou realizadas para cometimento de crimes. Devido a essa função de restituição, o modelo civil é centrado no objeto (*ad rem*), não se vincula, a princípio, à culpabilidade e limita-se à perda do enriquecimento. A orientação desse modelo à reparação liga-o à ideia de justiça distributiva. Todavia, a função de eliminar distúrbios da ordem de propriedade liga-se a finalidades preventivas. Do ponto de vista processual, o confisco civil de propriedade ocorre tipicamente no processo civil, que permite presunções como critério probatório, bem como inversão do ônus da prova”. SALIGER, Frank. **Questões fundamentais do confisco de bens**. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 189. Embora o autor defina três possíveis modelos, civil, penal e administrativo, afirma haver boas razões para situar o confisco no campo penal.

²³⁸ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/publico/TESE_INTEGRAL_TIAGO_CINTRA_ESSADO.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023.

²³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, XLVI. A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”

²⁴¹ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/publico/TESE_INTEGRAL_TIAGO_CINTRA_ESSADO.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023.

²⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal português – parte geral II**. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p.638. Posicionamento adotado antes da vigência da perda alargada em Portugal, portanto, analisando a perda de bens existente à época.

Dentre os que defendem a natureza administrativa do instituto, Duarte Alberto Rodrigues Nunes²⁴³ observa que a medida também se assemelha a uma medida de segurança, cuja justificativa está na necessidade de se restabelecer a ordem jurídica, com a “ordenação dos bens adequada ao Direito”, além de impedir a utilização destes bens para a continuação da atividade criminosa. Para outros autores, a exemplo de Jorge Godinho, o instituto tem natureza puramente penal²⁴⁴:

[...] o confisco alargado com base na inversão do ônus da prova enferma do vício essencial de que tais finalidades político-criminais são meramente potenciais, ou seja, são levadas a cabo de forma assumidamente errática, já que se prescinde de prova da concreta origem ilícita das presumíveis vantagens – pois só com tal prova se pode em bom rigor afirmar que se trata de *vantagens* –, bem podendo suceder que o confisco incida sobre os bens de origem ilícita, representando uma errada administração da justiça. Desta forma, o que acima de tudo importa reter é a caracterização do confisco “alargado” como reacção penal *de suspeita*, ou seja, como um expediente destinado a ultrapassar dificuldades de prova²⁴⁵.

Destaca-se, ainda, a descrição do modelo penal de Frank Saliger:

Enquanto uma reacção repressiva a um delito passado, o confisco penal vincula-se a um sujeito (*ad personam*) e idealmente a uma condenação judicial. O confisco possui, portanto, elementos ligados à culpabilidade em sentido amplo, como, por exemplo, o requisito do dolo para a decretação da ordem confiscatória. O confisco pode perseguir todas as reconhecidas finalidades da pena, tanto repressivas quanto preventivas. Do ponto de vista processual, o confisco penal realiza-se no processo penal, sendo que a comprovação da presença dos pressupostos do confisco submete-se à livre apreciação do magistrado, que deve estar completamente convencido disso, para além de qualquer dúvida razoável²⁴⁶.

²⁴³ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado. **Julgar Online**. fev. 2017. Disponível em: <https://julgar.pt>. Acesso em: 31 ago. 2023, p. 15.

²⁴⁴ DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. **2º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 39; CORREA JUNIOR, Alceu. Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos económicos. **Revista do IBCCrim**, São Paulo, 2006, p. 97.

²⁴⁵ GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 1º e 7º a 12º). In: ALMEIDA, Sebastião *et al.* **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.351. Embora o posicionamento seja anterior à Lei 13.964/2019, refere-se à perda alargada portuguesa.

²⁴⁶ SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 190. Embora o autor não se posicione de maneira incisiva pelo

Por fim, o posicionamento que define a perda de bens alargada como um regime especial, conforme afirma Manuel Monteiro Guedes Valente:

É um regime especial sujeito a pressupostos/princípios concretos, específicos e previstos normativamente: ao (i) princípio do catálogo; ao (ii) princípio da culpa declarada, ou seja, o facto tem que ser típico, ilícito e culposo e punível; ao (iii) princípio do patrimônio maculado ou da ilicitude do patrimônio – o que implica a prova de que a vantagem ilícita se deve apurar em efetivo entre o patrimônio global e os rendimentos obtidos de forma lícita; e ao (iv) princípio da temporalidade no apuramento da vantagem ilícita – 5 anos antecedentes à data em que o visado foi constituído arguido no processo-crime em curso²⁴⁷.

Este último entendimento, embora forjado com base no instituto português, é o que melhor se adequa à perda alargada instituída no Brasil, pela Lei n. 13.684/2019. Nenhum dos modelos puros anteriormente propostos, de características exclusivamente penais ou extrapenais, atendem à perda alargada instituída no Brasil.

O instituto recém-inserido no ordenamento jurídico brasileiro, embora realmente contenha características do direito civil ligadas à ilicitude que contamina a origem do patrimônio, o que requer a correção desta distorção quanto à origem da propriedade (*in rem*), não afasta, com este motivo, a necessidade de a imposição da perda decorrer da prévia constatação quanto à existência de um crime, atraindo também sua natureza penal.

Além disso, não se pode negar que a sua apuração – e imposição ao final do processo – terá como fio condutor o processo penal, cujas regras aplicáveis, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, não podem ser flexibilizadas no Estado Democrático de Direito.

Igualmente, a característica de medida de prevenção não induz à conclusão de que a perda de bens tem natureza puramente civil ou administrativa, afastando-lhe o

entendimento de que o confisco tem natureza penal, conclui haver boas razões para situá-lo no direito penal.

²⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 53.

caráter de pena, como afirma Sérgio Moro²⁴⁸. Isso porque, uma das finalidades da pena é justamente a prevenção (geral e especial), o que leva à conclusão de que o argumento é insuficiente para determinar a natureza civil do instituto.

Neste sentido, Francesco Viganó observa:

[...] reconhecer uma finalidade preventiva à medida ainda não nos diz nada sobre sua natureza: como todos aprendem nas primeiras aulas de direito penal, a pena também serve para prevenir o cometimento de novos crimes por parte do réu (prevenção especial) e por terceiros (prevenção geral). O que distingue as penas das medidas dotadas de natureza preventiva *stricto sensu*, como as medidas assecuratórias (*misure di sicurezza*, no original) é antes, a presença – entre os elementos constitutivos destas últimas – de pressupostos essenciais de periculosidade do sujeito ao qual tais medidas devem ser aplicadas, mais precisamente a possibilidade/probabilidade de que o sujeito em questão cometa crimes futuramente: possibilidade ou probabilidade que as medidas de natureza preventiva pretendem precisamente neutralizar²⁴⁹.

Também deve ser afastada a ideia defendida por alguns autores, de que a natureza civil do instituto se dá em razão da sua finalidade reparatória, uma vez que tal constatação é infirmada pela própria redação do artigo 91-A, do CP/1940, que classifica o patrimônio sujeito à perda alargada como produto ou proveito do crime, o que o distingue dos bens destinados à reparação dos danos decorrentes do ilícito penal.

Isso porque, a reparação de danos pode atingir bens do condenado que não são diretamente ligados ao crime, por exemplo, quando tem lugar a hipótese do art. 387, IV, do CPP/1940²⁵⁰, cuja obrigação não se confunde com os efeitos decorrentes dos artigos 91 e 91-A, do CP/1940, já que, neste último caso, as medidas são destinadas aos bens ilícitos, exclusivamente.

Assim, se a sentença condenatória fixar danos em sede criminal, a execução da obrigação dela decorrente se dará na esfera civil, conforme determina o artigo 63

²⁴⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.169.

²⁴⁹ VIGANÓ, Francesco. Reflexões sobre o estatuto constitucional e convencional do confisco “de prevenção” no ordenamento italiano. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 160.

²⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

do CPP/1940²⁵¹ e o artigo 516, III, do Código de Processo Civil²⁵², cujo cumprimento poderá atingir quaisquer bens hábeis à satisfação da reparação, que não ficará restrita aos bens que são produto ou proveito do ilícito, podendo, inclusive, ser transmitida aos sucessores²⁵³. Diferentemente, quando se tratar de produto ou proveito de crime, como ocorre no caso do confisco alargado, o juízo criminal determinará a perda dos bens específicos diretamente na ação penal, nos moldes do artigo 91-A, do CP/1940, o que afasta, desta última medida, a natureza reparatória.

Por outra ótica, o entendimento manifestado por Sérgio Fernando Moro²⁵⁴ de que o patrimônio sujeito à perda possui ilicitude em sua aquisição, o que torna necessária a reposição do *status quo* anterior ao crime, apenas reafirma a necessidade de que seja demonstrada a proveniência criminosa do bem para que se determine a perda sobre ele. A perda alargada incide diretamente sobre a órbita dos direitos e das garantias fundamentais do acusado, sobretudo o direito à propriedade, o que exige a observância do devido processo legal²⁵⁵.

Neste sentido, Marcelo Carita Correra, Gabriela de Castro Ianni e Claudio José Langroiva Pereira afirmam:

É preciso reconhecer que, por meio do instituto do confisco e da perda de bens, a intervenção estatal se dá com a invasão da esfera privada do indivíduo. O Estado, sob o fundamento de vício na forma de aquisição, busca desconstituir o título de propriedade. Contudo, tratando-se de um direito fundamental, o processo deve respeito ao devido processo legal (*due process of law*), sendo vedada qualquer forma de presunção²⁵⁶.

²⁵¹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

²⁵² Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

²⁵³ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

²⁵⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.169.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

²⁵⁶ CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. Perda ampliada de bens e o devido processo legal. **Cadernos de Direito Actual** n. 18. Num. Ordinário 2022, p. 180-205.

Segundo Sólon Cícero Linhares, na perda alargada, o patrimônio, assim como a liberdade, ambos são direitos fundamentais a serem protegidos pelo Estado, logo, não podem ser vulnerados por movimentos tendenciosos²⁵⁷.

Ao se reconhecer que a perda alargada tem como requisito para a sua aplicação a existência de prévia condenação por crimes com penas máximas previstas superiores a 6 (seis) anos de reclusão, chega-se ao questionamento proposto por Frank Saliger²⁵⁸: “como um juízo pode obter um convencimento positivo acerca da origem criminosa de um bem se o delito anterior permanece desconhecido?”. A dúvida do autor leva à conclusão de que a perda alargada não se adapta adequadamente aos modelos anteriores propostos, mas deve obedecer a um critério novo, que responda aos questionamentos próprios de sua característica especial.

Diversamente das figuras presentes no art. 91, II, do CP/1940, que pretendem atingir o produto, o proveito e os instrumentos do crime, cuja apuração, acerca da imputação que gera a perda, ocorre nos limites da denúncia que inaugura a ação penal, sem qualquer alteração do campo fático em relação à perda, no caso do art. 91-A (perda alargada), acrescenta-se uma nova condição fática, um requisito específico e independente para se impor a perda dos bens, consistente na incompatibilidade patrimonial do acusado com sua renda lícita.

Esse novo requisito, além de exigir uma demonstração (fática) quanto à sua existência, acrescenta elementos à imputação relativos ao histórico patrimonial do acusado, dando novos contornos ao contexto acusatório.

Este adensamento de fatos decorrentes da incompatibilidade, no entanto, deve estar vinculado ao crime imputado – com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão – o que resulta na necessidade de que essa extensão fática também seja narrada incorporando a imputação, para que, em relação a essa alegação adicional, seja dada a oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado, tudo

²⁵⁷ LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 2, 2019, p. 1.736.

²⁵⁸ SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 202.

com o objetivo de evitar que o acusado sofra a imposição da perda sem se defender e contraditar o fato que justifica a medida de confisco.

A própria redação do art. 91-A afirma tratar-se de perda incidente sobre “produto ou proveito do crime”, quando se refere aos bens que serão objeto da perda, correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que é compatível com o seu rendimento lícito. Ou seja, aqui a origem ilícita é claramente decorrente do crime com pena de reclusão superior a 6 (seis) anos de reclusão, no entanto, identificado a partir da incongruência patrimonial, o que leva à necessidade de conjugação dos dois fatores – incompatibilidade patrimonial e vínculo com o delito – e a demonstração de correlação entre ambos.

A pouca expressividade do art. 91-A, § 3º, do CP/1940²⁵⁹, leva ao raciocínio de que o Ministério Público teria apenas a incumbência de indicar a diferença de valores apurada, relativa à incompatibilidade, interpretação que não atende satisfatoriamente às exigências constitucionais no tocante às garantias do acusado no processo. É necessário adensar estes fatos pertinentes à incompatibilidade (prevista no art. 91-A do CP/1940) à imputação, para demonstrar o vínculo entre a incongruência patrimonial apontada e as condutas delitivas objeto da ação penal. Somente a partir dessa composição, será possível construir uma acusação única objeto de apuração, em obediência aos direitos e garantias individuais do acusado, conforme previstos na CF/1988.

Já a previsão do art. 91-A, § 2º, do CP/1940²⁶⁰, embora possa denotar, em sua redação, uma aparente e indevida inversão do ônus da prova²⁶¹, não modifica o raciocínio sobre a questão, pois a demonstração da incompatibilidade patrimonial depende de uma apuração vinculada ao delito. Já a apuração do delito que lhe dá origem, por sua vez, só poderá ser realizada com a observância das garantias constitucionais aplicáveis, dentre elas, o ônus de provar reservado à acusação.

²⁵⁹ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 91-A, § 3º. A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada”.

²⁶⁰ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 91-A, § 2º. O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)”.

²⁶¹ LEITE, Mauricio Silva; BRAGA, Matheus Andrade. Perda alargada – ônus da prova e presunção de inocência. **Jornal Jurid**, 2023. Disponível em: www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/perda-alargada-onus-da-prova-e-presuncao-de-inocencia. Acesso em: 27 ago. 2023.

Por esses motivos, compreende-se a perda alargada como um regime especial, com requisitos próprios, diferente das demais medidas existentes no CP/1940, que foge aos modelos propostos, de natureza puramente civil, penal ou administrativa.

Conforme afirmam Rodrigo Sanchez Rios e Victor Cesar Rodrigues da Costa²⁶², é necessário repensar as formas tradicionais de confisco não só para se tornar mais efetivo o sistema penal, mas também para garantir o respeito e a obediência aos direitos e garantias do acusado previstos na CF/1988, como a ampla defesa e a presunção de inocência.

A constatação acima mostra ser a perda alargada uma medida diversa das demais previstas na legislação brasileira, cuja natureza deve ser analisada sem as amarras conceituais existentes até então. Decorre daí a compreensão de não se tratar a perda alargada, ainda, de uma medida extrapenal, com efeito automático a partir da condenação. Automatizar essa perda irá gerar reflexos constitucionais que inviabilizarão e aplicação válida do dispositivo, que, por necessitar desta vinculação específica com a imputação, assume uma faceta penal. Essa característica, de se tratar de medida imposta em consequência direta de ilícito penal, lhe caracteriza como expressão do *jus puniendi* estatal.

Embora existam na doutrina posicionamentos admitindo que a perda alargada decorre de uma presunção derivada quanto ao reconhecimento da prática de um crime anterior, o que lhe habilitaria pressupor que a incompatibilidade patrimonial também resulta de conduta criminosa, vê-se que este tipo de presunção acerca do cometimento de ato delituoso no ordenamento jurídico brasileiro não é admissível.

Por esses motivos, a perda alargada é um regime especial de perda de bens, que tem natureza híbrida (civil e penal), não automático, todavia, com preponderância de seu caráter sancionatório penal, uma vez que deve estar vinculado à prévia condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 anos de reclusão, bem como por incidir sobre bens – que são produto ou proveito de crime – correspondentes

²⁶² RIOS, Rodrigo Sanchez; COSTA, Victor Cesar Rodrigues da. Confisco alargado. A ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/19 (“Lei Anticrime”). In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 30.

à diferença do valor do patrimônio do condenado e aquele que é compatível com suas rendas lícitas.

3 A PERDA ALARGADA E SUA APLICAÇÃO VÁLIDA

A perda alargada, como visto, é um instituto caracterizado por um regime especial híbrido, de natureza civil e penal, cuja configuração depende de prévia condenação por determinado crime.

Passa-se, então, a verificar sua (in)compatibilidade com a CF/1988, com o Pacto de Direitos Civis e Políticos e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os dois últimos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de normas supralegais. Registra-se que, a introdução da perda alargada na legislação brasileira tem fundamento em uma inspiração internacional, principalmente portuguesa, a qual, por sua vez, concretiza as recomendações da Diretiva n. 2014/42/EU, cujas diretrizes recomendam a adoção de medidas de alargamento das perdas de bens, principalmente em casos envolvendo organizações criminosas²⁶³.

O legislador brasileiro, atento ao quadro de ineficiência da persecução penal, principalmente em relação ao combate à criminalidade organizada, propôs e teve aprovada a Lei n. 13.964/2019, cuja redação inseriu a perda alargada no CP/1940.

Repisa-se que, as proposições originárias que inauguraram o processo legislativo tinham previsões expressas, posteriormente retiradas, de que a perda alargada seria imposta em caso de condenação na qual fosse verificada a existência de conduta praticada com habitualidade, reiteração, profissionalismo ou vinculação com organização criminosa, ponto de relevância para este estudo.

Nos moldes da lei aprovada, o primeiro ponto a afetar a discussão está em procurar entender quais seriam os requisitos exigíveis para se impor a perda alargada no Brasil. Sabe-se, de plano, que a redação da norma legal deve possuir conformidade constitucional para ter validade no ordenamento jurídico, que se define por um Estado Democrático de Direito.

²⁶³ Diretiva n. 2014/42/EU. “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 detetar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a 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”.

Segundo o art. 91-A do CP/1940, poderá ser decretada a perda dos bens, como produto ou proveito do crime, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: i) condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão; e ii) existência de incompatibilidade entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

De imediato, para analisar os requisitos estabelecidos para a imposição desta medida de perda de bens, necessário um retorno à justificação do instituto, constante da Diretiva n. 2014/42/EU, cuja fundamentação entendeu a medida como algo excepcional, sobretudo quando considerada “para combater eficazmente a atividade criminosa organizada”²⁶⁴, o que leva ao raciocínio de que a perda alargada não foi concebida para ser aplicada de maneira geral e indiscriminada.

Neste sentido, ao se verificar o sentido da sua criação e, até mesmo, a contundência contida em sua aplicação, constata-se que sua natureza escapa ao objeto dos crimes comuns, para os quais já há outras medidas previstas, com suficiente eficácia para coibi-los.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) já se manifestou sobre o confisco e sua compatibilidade constitucional, no entanto, sempre considerando a proporcionalidade entre a perda dos bens e a gravidade dos delitos em análise, sobretudo quando envolve práticas relacionadas ao crime organizado:

Like the Government and the Commission, the Court observes that the confiscation – also provided for in section 2 ter of the 1965 Act – pursued an aim that was in the general interest, namely it sought to ensure that the use of the property in question did not procure for the applicant, or the criminal organisation to which he was suspected of belonging, advantages to the detriment of the community. The Court is fully aware of the difficulties encountered by

²⁶⁴ Diretiva n. 2014/42/EU. “Os grupos criminosos desenvolvem uma grande diversidade de atividades criminosas. Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada». A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única”.

the Italian State in the fight against the Mafia. As a result of its unlawful activities, in particular drug-trafficking, and its international connections, this "organisation" has an enormous turnover that is subsequently invested, inter alia, in the real property sector. Confiscation, which is designed to block these movements of suspect capital, is an effective and necessary weapon in the combat against this cancer. It therefore appears proportionate to the aim pursued, all the more so because it in fact entails no additional restriction in relation to seizure. Finally, the preventive purpose of confiscation justifies its immediate application notwithstanding any appeal. In conclusion, the respondent State did not overstep the margin of appreciation left to it under the second paragraph of Article 1 (P1-1)²⁶⁵.

Para Sólón Cícero Linhares²⁶⁶, a medida de perda alargada deve ficar reservada aos casos nos quais o Estado tem dificuldades de rastrear os valores, seja em razão da complexidade dos delitos, seja em razão da artimanha dos criminosos, devendo ser limitada aos crimes praticados pelo “aparato organizado”.

A partir dessa premissa, quanto à necessidade de se impor a perda alargada somente em casos excepcionais, mais graves, o legislador brasileiro falhou ao retirar do projeto de lei originário requisito que impunha a necessidade de prática do crime de maneira habitual, reiterada, profissional ou por meio de organização criminosa. Essa previsão atenderia com maior precisão a origem do instituto na Europa e traria maior garantia à sua eficácia, já que seriam concentrados esforços nas condutas com maior potencial lesivo.

Com efeito, Érico Fernando Barin observa:

²⁶⁵ Tradução livre: “Tal como o Governo e a Comissão, o magistrado observa que o confisco – também previsto na seção 2 da Lei de 1965 – perseguiu um objetivo que era de interesse geral, ou seja, procurou garantir que a utilização do bem em questão não proporcionasse ao requerente, ou à organização criminosa a qual suspeitava-se de pertencer, vantagens em detrimento da coletividade. O magistrado está plenamente consciente das dificuldades encontradas pelo Estado Italiano na luta contra a Máfia, como resultado de suas atividades ilícitas, em particular o tráfico de drogas, e de suas ligações internacionais. Essa “organização” tem um enorme volume de negócios que é subsequentemente investido no setor imobiliário, dentre outros. O confisco, que se destina a bloquear estes movimentos de capitais suspeitos, é uma arma eficaz e necessária no combate a esse cancro. Parece, portanto, proporcional ao objetivo perseguido, tanto mais que não implica, de fato, a qualquer restrição adicional em relação à apreensão. Finalmente, a finalidade preventiva do confisco justifica sua aplicação imediata, independentemente de qualquer recurso. Concluindo, o Estado reclamado não ultrapassou a margem de apreciação que lhe foi deixada nos termos do segundo parágrafo do Artigo 1 (P1-1)”. Application no. 12954/87. Case of Raimondo v. Italy. Strasbourg, 22 February 1994. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Acesso em: 17 nov. 2023.

²⁶⁶ LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019, p. 1.738.

[...] aspectos como a *mens legis*, o viés finalístico e a limitação estrutural devem ser tomados como moduladores do novo artigo 91-A. A *mens legis*, a despeito da transformação que a perda ampliada sofreu durante sua tramitação no parlamento, ainda remete ao “combate ao crime organizado, tráfico de drogas e armas, milícia privada, crimes cometidos com violência ou grave ameaça e hediondos”. O viés finalístico também soa inequívoco: infrações penais graves que geram vantagens (preferencialmente econômicas, mas não exclusivamente), especialmente as vincadas a ações de organizações criminosas. Não bastasse a limitação estrutural dos órgãos de investigação do Brasil, sobretudo frente ao assustador tamanho da “criminalidade comum”, é impeditivo peremptório à cogitação da banalização da perda ampliada a toda e qualquer infração penal que gere vantagem e que comine pena máxima superior a seis anos de reclusão²⁶⁷.

Como se vê, teria maior proporcionalidade e eficácia a criação de um instituto voltado exclusivamente para práticas delitivas associadas ao crime organizado, visto que este modelo jurídico atenderia com maior precisão as diretrizes internacionais e traria melhor adaptação da norma ao ordenamento jurídico brasileiro.

O legislador optou, no entanto, por apenas estabelecer a vinculação do cabimento da perda alargada às condenações “por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão”, indistintamente.

Diversamente de Portugal, cujo ordenamento fixou rol taxativo de crimes sujeitos à medida de perda alargada, no Brasil, optou-se por um rol aberto de crimes, desprezando a forma pela qual estes foram praticados, mantendo como único critério de seleção a pena aplicável para os delitos.

A previsão, conforme aprovada, reserva a incidência da perda alargada às infrações penais consideradas pelo legislador de maior gravidade. Todavia, ainda assim, sob o ponto de vista da proporcionalidade, entende-se inadequado o critério adotado, que se prende, exclusivamente, à pena. Embora se entenda que a sanção penal possa ser reconhecida como critério definidor da gravidade maior ou menor do delito, a medida de perda alargada deveria ter sido reservada aos crimes praticados por meio de organização criminosa, ou, então, aqueles definidos como infrações de

²⁶⁷ BARIN, Érico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 199.

*lifestyle*²⁶⁸, ocorridos de forma profissional, habitual ou reiterada ou com vinculação à organização criminosa.

Os delitos praticados pelo crime organizado, além de melhor se adaptarem à concepção original do instituto confiscatório em comento (o qual sempre visou ao melhor aparelhamento da persecução penal nos casos envolvendo organizações criminosas), tem uma maior identificação com o sentido da norma que trata dos bens sujeitos à perda alargada, já que, nestes casos, há na aquisição do patrimônio contaminado um sentido de permanência ou continuidade temporal, pois os bens são obtidos em decorrência de atividade profissional exclusivamente ilícita.

Em sentido inverso, os casos envolvendo conduta criminosa praticada de maneira pontual ou isolada, não revelam compatibilidade com a perda alargada, que atingirá, de forma desproporcional, todo o patrimônio do condenado, assim definido “de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente”.

Portanto, para que houvesse maior coerência entre a incompatibilidade patrimonial decorrente da perda alargada e a conduta ilícita que a justifica, a manutenção do requisito da habitualidade, profissionalismo, reiteração ou prática de conduta por organização criminosa deveria ter sido mantida.

Quanto ao segundo requisito, a existência da incompatibilidade patrimonial nos bens do condenado e sua renda lícita, igualmente, há questões que desafiam aspectos constitucionais. Isso porque, com essa opção, o legislador quis estabelecer um critério de apuração do patrimônio ilícito, a partir de uma avaliação do patrimônio detido pelo envolvido e a sua capacidade objetiva de amealhar os valores a partir da atividade profissional desenvolvida licitamente.

Segundo o legislador, a indicação de eventual incompatibilidade deve ser feita pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia, o que sinaliza oportunidade de se realizar um escrutínio dessa condição apontada pelo Ministério Público durante a instrução.

²⁶⁸ SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

No entanto, a redação do art. 91-A, § 3º, do CP/1940, mostra uma simplicidade preocupante ao afirmar que a perda de bens, resultante da incompatibilidade, deve ser requerida pelo Ministério Público na denúncia mediante a “indicação da diferença apurada”.

Essa demonstração que gera a perda alargada, cujos efeitos atingem a esfera de direitos e garantias do acusado, ainda que pela via patrimonial, embora a lei não afirme expressamente, deve se submeter ao devido processo legal, abrindo-se a oportunidade de defesa e contraditório, sem os quais a perda afrontará o art. 5º, LIV e LV, da CF/1988²⁶⁹.

Para isso, nos moldes da proposta apresentada nesta tese, o cabimento da perda dependerá da sua inclusão fática na denúncia, vinculada ao crime que lhe dá sustentação, com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, para receber o devido tratamento constitucional aplicável ao processo penal brasileiro.

Como se lê no art. 91-A do CP/1940, a perda alargada incidirá sobre bens considerados “como produto ou proveito do crime”, dos bens correspondentes entre a diferença do patrimônio possuído pelo condenado e aquele obtido lícitamente. A verificação desta origem criminosa, que classifica os bens como produto ou proveito do crime, deve se submeter às balizas constitucionais.

3.1 A perda alargada e a garantia da correlação entre a acusação e a sentença

A compatibilidade da perda alargada com o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma leitura constitucional do instituto, requer uma análise da sua conformação com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Embora essa correlação não decorra de um mandamento constitucional direto, sua violação

²⁶⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

acarreta desrespeito ao princípio do contraditório e, a depender do caso, violação ao direito de defesa²⁷⁰.

Registra-se que, o contraditório se aplica a ambas as partes e, como tal, pode desrespeitar um direito da acusação ou da defesa. Já o direito à ampla defesa, só se aplicará ao réu, o que torna a sua inobservância constatável apenas se a questão tratar exclusivamente de um direito do acusado²⁷¹, ambos corolários do devido processo legal.

O tema ganha protagonismo nesta pesquisa ao se constatar que a perda alargada possui requisitos cuja incidência dependerá de um adensamento dos fatos, próprios e específicos, caracterizadores da incompatibilidade patrimonial, ao conteúdo da imputação, sem o que haverá sentença, cujo conteúdo gerará reflexos sobre o patrimônio do condenado sem a observância do devido processo legal.

O ponto crucial da abordagem está na constatação de um necessário adensamento de fatos que gerem a incongruência patrimonial, pelo Ministério Público, ao conteúdo da imputação descrita na denúncia, em caso de pretensão de imposição da perda alargada (art. 91-A do CP/1940).

Inicia-se, para a análise pretendida, trazendo o conceito de fato adotado por Gustavo Badaró, no seu sentido processual penal:

O fato processual penal é um acontecimento histórico concreto, um fato naturalístico. Diversamente, o fato na concepção do direito penal é uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação.

Com isso não se quer dizer, contudo, que o fato imputado, necessariamente, existiu ou ocorreu. O fato está sendo imputado, atribuído a alguém, mas não se sabe, ainda, se ele existiu ou não. Tal certeza somente será alcançada no momento da sentença. Assim, embora possa parecer contraditório, o fato processual, isto é, o fato imputado, que constitui o objeto do processo, não deixa de ser algo hipotético, no sentido de que não se tem certeza, ou melhor, tem-se, apenas, uma suspeita de aquele acontecimento concreto, aquele suceder histórico, efetivamente ocorreu. O fato processual é um

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 126.

²⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 40.

concreto acontecimento histórico tido por existente, mas que pode efetivamente não ter existido²⁷².

Segundo o autor, o fato processual penal se define por algo concreto, um acontecimento pretérito, que irá constituir o objeto do processo.

Neste sentido, relevante definir se é possível, e em que medida, alterar o fato no momento da sentença, sem que isso represente uma mudança do objeto do processo, por exigências decorrentes da correlação entre acusação e sentença. Embora o autor trate da matéria empregando maior ênfase às alterações ocorridas no curso do processo, notadamente, em relação às hipóteses dos arts. 383 e 384 do CPC/1941, a aderência da discussão com a tese reside na definição da obrigatoriedade de se incluir os fatos que consubstanciam a incompatibilidade patrimonial na imputação, para serem respeitadas as garantias ao contraditório e o direito de defesa do acusado, ou seja, o devido processo legal. E, em última análise, a necessidade da sentença, com imposição da perda alargada, ter como objeto de análise o conteúdo de processo contendo a matéria controvertida (entre acusação e defesa) que versa sobre a incongruência dos bens do acusado.

As teorias que tratam da relevância das alterações no curso do processo, face à correlação de acusação e sentença e seu desdobramento em relação ao devido processo legal, com suporte na qualidade das modificações produzidas, apresentam distinções que ora afirmam ser possível alterar fatos acidentais, permanecendo imutável o fato essencial, ora procuram responder ao dilema com suporte na imutabilidade dos elementos do delito²⁷³.

No entanto, as soluções apresentadas não oferecem elementos suficientes para se chegar a uma resposta convincente sobre o tema da perda alargada, cuja característica mostra-se única e de difícil agrupamento aos conceitos, até então, analisados.

Como ponto de partida, um aspecto que pode gerar dúvidas está na constatação da característica atípica do fato que leva à perda alargada

²⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 101.

²⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 102.

(incompatibilidade patrimonial) a ser adensado à imputação. Isto decorre da inexistência de um tipo penal incriminador específico para o enriquecimento ilícito (ou sem causa) na legislação brasileira, o que torna a incompatibilidade patrimonial, em si, um fato não subsumível à norma penal.

Diante disso, a partir da definição de imputação²⁷⁴, que se perfaz com a conjugação de fato, norma e adequação do fato à norma, conclui-se que a incompatibilidade patrimonial não caracteriza, isoladamente, uma imputação propriamente dita.

A natureza atípica do fato, acima constatada, poderia induzir ao raciocínio de que a incompatibilidade patrimonial não possui relevância suficiente para situar-se ao lado dos demais componentes do objeto do processo, cuja característica os torna imutáveis. A falta de integração dos fatos que levam à incompatibilidade patrimonial com as elementares típicas do delito imputado, contudo, não afasta a necessidade de se agregar estes fatos ao conteúdo da imputação. Antes, torna a afirmação quanto à necessidade de adensamento dos fatos que caracterizam a incompatibilidade dos bens, ao objeto do processo, ainda mais sólida.

E a resposta está no fato de que a perda alargada, diversamente das demais perdas do art. 91 do CP/1940, possui conteúdo fático específico imprescindível para a sua configuração, consistente na incompatibilidade patrimonial dos bens do condenado, face ao patrimônio obtido com seus rendimentos lícitos.

Essa característica torna a sua configuração não amoldada aos métodos de imposição de perda de bens derivados das outras modalidades existentes no sistema jurídico, justamente pela impossibilidade de ser constatada mediante mero processo automático do juiz, a partir da configuração do crime que gera a sua imposição.

No caso da modalidade prevista no art. 91-A do CP/1940, a medida enseja instrução acerca dos fatos que potencialmente podem gerar a perda, com conteúdo fático que deve ser objeto de escrutínio a partir do devido processo legal, garantidos os direitos à defesa e ao contraditório, por afetar direitos individuais do acusado, dentre eles, o direito à propriedade.

²⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p.77.

Diferentemente das demais perdas de bens existentes na legislação, cujo reconhecimento apenas depende da existência do crime descrito na denúncia e sua vinculação com o patrimônio contaminado, no caso da perda alargada haverá a necessidade de se demonstrar a incongruência dos bens quando comparados com os rendimentos lícitos auferidos pelo acusado durante determinado período, o que lhe agrega uma condição fática adicional a exigir que a sua imposição tenha lugar somente após a demonstração do requisito especial que lhe justifica.

Assim, se a incompatibilidade patrimonial não possui adequação típica para justificar a medida de perda de bens de maneira autônoma e isolada, embora também possua natureza de sanção penal, a sua única possibilidade jurídica de processamento na ação penal será a partir da conjugação com o tipo penal descrito na denúncia, com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão. É dizer, a porção fática no tocante à incongruência patrimonial deve estar vinculada à imputação do tipo que lhe dá suporte, que lhe fornece o requisito legal da origem contaminada.

Qualquer raciocínio em sentido diverso levaria à imposição da perda alargada, se processada de maneira autônoma e isolada, sem que antes fossem observadas as garantias à ampla defesa e ao contraditório, isto é, conduziria à imposição de uma sanção penal violadora da CF/1988.

Ao analisar o tema da identidade no processo penal, Gustavo Henrique Badaró afirma:

Todavia, o problema da identidade do objeto do processo e da mutação do fato imputado, como já visto, deve ser resolvido à luz do fato processual, um acontecimento concreto que se imputa a alguém, e não do fato penal abstrato. O fato que pode ser alterado, pela descoberta de “elemento ou circunstância”, é o fato processual, e não o fato penal-material. A alteração do fato processual, ou a descoberta de algo que, à luz do tipo penal, pode ser considerado elemento ou circunstância, será processualmente relevante toda vez que o juiz não puder conhecer de tal elemento ou circunstância na sentença, sem que isso resulte em prejuízo para o exercício da acusação ou da defesa. O que dita a relevância processual do fato, isto é, do elemento ou circunstância que aflorou na instrução, é o respeito ao princípio do contraditório. O fato processual é um acontecer único e incindível, composto de uma série de dados que não podem ser alterados, quaisquer que sejam. Essas são as premissas corretas para se compreender o conceito da expressão “elemento ou circunstância”.

Para fins processuais penais, “elemento ou circunstância” é qualquer aspecto do fato processual que apresente relevância para o julgamento²⁷⁵.

Segundo o art. 91-A do CP/1940, ainda, a perda alargada incidirá sobre o “produto ou proveito do crime”, dos bens correspondentes entre a diferença do patrimônio possuído pelo condenado e aquele obtido de maneira lícita. Para se verificar a origem criminosa, é necessário vincular a incompatibilidade dos bens à imputação descrita na denúncia.

Ademais, diversamente da providência descrita no art. 63 do CPP/1941, que prevê a execução de sentença criminal no juízo cível, a perda alargada exige verdadeira apuração, dentro do processo penal, quanto à existência do fato (incompatibilidade patrimonial em razão de prática de crime) e suas consequências jurídicas, o que reforça a necessidade de sua verificação ser adensada à imputação.

Por outro lado, cada vez mais se consolida a ideia de que o contraditório se estende a todas as questões que podem gerar efeitos ao acusado ao final do processo. Daí que, a prevenção quanto ao surgimento de eventuais surpresas para o réu na sentença, destacadas da denúncia, é o caminho constitucional mais seguro a ser trilhado.

Sob outra ótica, Gustavo Badaró²⁷⁶ afirma: “a preocupação com a efetividade do contraditório mostrou que deve ele incidir também sobre questões de direito, e não havia razão para a exclusão de tais matérias”.

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 também demonstrou essa ampliação do espectro da acusação, ao prever de maneira mais elástica quais alterações estariam sujeitas às regras decorrentes da *mutatio libeli*, dentre elas, a reabertura do prazo para se produzir provas pela defesa.

A redação anterior do art. 384 do CPC/1941 previa:

Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na

²⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 165-166.

²⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 35.

queixa, baixará o processo a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias/fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Após a reforma, a redação dada pela Lei n. 11.719/2008 passou a prever que:

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

O legislador retirou do dispositivo, após a reforma, a expressão “circunstância elementar”, substituindo-a por “elemento ou circunstância da infração penal”, mostrando, assim, ter empregado maior amplitude ao conceito, elastecendo as hipóteses em que devem ser prestigiados o contraditório e a ampla defesa.

Inegavelmente, o requerimento de aplicação da medida prevista no art. 91-A do CP/1940 gerará consequências jurídicas mais graves ao acusado, em razão da sua sanção compreender não só as penas específicas previstas para o tipo penal imputado, mas também a sanção decorrente da perda alargada, o que torna o adensamento da porção fática caracterizadora desta última imprescindível para garantir-se à defesa o direito de contraditar a sua incidência no caso concreto.

Diante disso, o conteúdo fático, inerente à incompatibilidade patrimonial do acusado, deve ser incorporado à narrativa acusatória e, mais do que isso, se vincular à imputação, para efetivamente serem observadas as garantias ao contraditório e à ampla defesa.

Em suma, a descrição das elementares típicas do delito originário sem a incorporação da incompatibilidade patrimonial e sua vinculação com a imputação impossibilita falar-se em perda alargada. Ainda, *contrario sensu*, não é possível processar esta última de maneira autônoma e desvinculada da imputação, cuja conduta origina a incompatibilidade patrimonial.

Raciocínio em sentido diverso levará a perda alargada – aqui entendida com caráter, também, de sanção penal – a se tornar uma pena sem prévia ação penal, o

que equivale a dizer, sem devido processo legal, sem defesa e sem contraditório. Diante disso, nega-se validade constitucional, ao menos no ordenamento brasileiro, ao raciocínio de que a perda alargada ocorre por presunção de existência de um ilícito diverso do objeto da ação penal.

Isso porque, para além das garantias ao contraditório e ampla defesa, a consequência jurídica decorrente da perda alargada – perda da propriedade privada – só pode ter lugar após o cumprimento do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988²⁷⁷). Além disso, os bens sobre os quais incidirá a perda alargada são classificados como produto ou proveito do crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão. Significa dizer que a incompatibilidade patrimonial deve ter vinculação obrigatória com o crime imputado na denúncia.

Isto é, o fato consubstanciado na incompatibilidade patrimonial deve ser incorporado ao fato típico descrito na denúncia, para que juntos formem um fato único objeto da ação penal. Diante disso, para se respeitar o princípio da correlação entre acusação e sentença, é necessário verificar a identidade entre o fato imputado (a soma do fato típico e o adensamento da incompatibilidade patrimonial) e o fato apreciado na sentença.

Neste sentido, Gustavo Badaró aborda a identidade no processo penal:

[...] identidade do objeto do processo quer dizer identidade entre as duas representações do fato, uma feita na imputação e a outra na sentença. Essa identidade, porém, não é lógica, mas jurídica, não requerendo uma absoluta coincidência e igualdade de ambas as representações.

Outro aspecto da identidade do objeto do processo é a necessidade de que a sentença julgue toda a imputação. O juiz não pode considerar um fato novo ou um fato diverso do fato imputado, mas também não pode deixar de julgar todo o fato imputado. A sentença não pode ser ultra ou extra petita, mas também não se admite sentença citra petita. Isso não quer dizer que, se um determinado aspecto fático não restou provado, o juiz não possa proferir sentença condenatória baseada em outros elementos imputados e provados²⁷⁸.

²⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 105.

Sem a observância de identidade entre as representações do fato, o fato da imputação e o fato considerado na sentença, observa-se falta de correlação entre a acusação e a sentença, a qual gera como consequência a nulidade absoluta dos atos praticados, por violação do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se, portanto, que a perda alargada possui conteúdo fático próprio, consistente na aquisição ou na manutenção de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos obtidos pelo acusado, no entanto, com característica especial, pois vinculada à prática de um tipo penal com pena prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão. Por este motivo, a existência de circunstância fática diversa (incompatibilidade patrimonial) e a necessidade de vinculação com um dos crimes indicados no art. 91-A do CP/1940 exigem o adensamento do conteúdo fático relativo à incongruência patrimonial ao conteúdo da imputação do tipo penal para se alcançar a identidade entre o fato imputado e a sentença proferida na ação penal, assegurando, assim, a indispensável correlação entre acusação e sentença.

3.2 A perda alargada e a presunção de inocência

A possível violação da presunção de inocência com a imposição da perda alargada é tema que tem merecido destacada atenção da doutrina portuguesa²⁷⁹. No Brasil, a importância da discussão igualmente se justifica em razão da presunção de inocência ser considerada uma das garantias com maior destaque sob a perspectiva dos direitos humanos, a ostentar forte protagonismo na CF/1988, que categoriza este direito como direito fundamental a qualquer cidadão²⁸⁰.

²⁷⁹ JORGE, João Jaime Cardeira. A perda alargada e sua (in) constitucionalidade. **Galileu** – Revista de Direito e Economia, v. XXII, Lisboa, 2022, p. 81-91; GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 1º e 7º a 12º). In: ALMEIDA, Sebastião *et al.* **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.359; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração, p. 35-71. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

²⁸⁰ CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. Perda ampliada de bens e o devido processo legal. **Cadernos de Direito Actual** n. 18. Num. Ordinário 2022, p. 189.

A presunção de inocência é uma garantia que nasce com todo ser humano e, com ele permanece, podendo ser dele retirada somente em caso de condenação transitada em julgado, ainda assim, apenas em relação ao fato específico objeto da condenação²⁸¹.

Ao discorrerem sobre o tema, Marcelo Carita Correra, Gabriela de Castro Ianni e Claudio José Langroiva Pereira observam:

Feitas essas considerações, cumpre enfrentar a violação à principiologia da presunção de inocência, decorrente da disposição do artigo 91-A do Código Penal brasileiro, quando possibilita o decreto de perda de bens frente à diferença entre o patrimônio real do condenado e aquele presumidamente compatível com seu rendimento lícito. Isso porque, o conteúdo da norma em análise confere margem a: (i) presunção (no sentido de suposição e prejuízo) de origem criminosa de patrimônio e (ii) inversão do ônus da prova da imputação de ilicitude patrimonial, atribuindo a condenado a delibação da licitude. Ocorre que o regramento probatório decorrente da presunção de inocência não permite impor ao cidadão provas de não culpabilidade (*lato sensu*), como de licitude de origem patrimonial, nem mesmo autoriza presunções de ilicitude, quando não exista correspondência do patrimônio com rendimentos oficiais, uma vez que seu estado natural é o de inocente²⁸².

O conflito estabelecido entre a presunção de inocência e a perda alargada está contido na ideia²⁸³ de que esta última derivaria de uma presunção de ilicitude dos bens incompatíveis com o rendimento lícito do acusado, em razão da prática de um crime, não relacionado com a incongruência dos bens, reconhecido por sentença condenatória.

Em outras palavras, o reconhecimento de um dos crimes catalogados na lei – lembrando-se que em Portugal e na Espanha há um rol de crimes previamente especificado e que, no Brasil, de maneira diversa, estão englobados todos os crimes

²⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

²⁸² CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. Perda ampliada de bens e o devido processo legal. **Cadernos de Direito Actual** n. 18. Num. Ordinário 2022, p. 190.

²⁸³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 57.

com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão – já habilitaria o juiz decretar a perda alargada por entender que a prática deste crime objeto da ação penal traz a presunção de que o patrimônio “a descoberto” também provém de crime, em razão da verificada incompatibilidade patrimonial.

Esta fórmula jurídica de aplicação da perda alargada, por presunção, não pode, todavia, prevalecer sobre a garantia do *in dubio pro reo*, em decorrência do mandamento constitucional inserido no art. 5º, LVII, da CF/1988.

Ainda, por conter a perda alargada também caráter de sanção penal, seu reconhecimento depende da sua inclusão fática na denúncia, além de exigir a sua vinculação com o tipo que teria gerado a origem criminosa do patrimônio.

Observa-se que, não basta a descrição da incongruência patrimonial na peça acusatória e dos motivos que levam o Ministério Público a atribuir a ilicitude aos bens, mas deve haver correlação direta entre essa incompatibilidade e o crime (conduta típica) imputado.

Assim, não se admite, no processo penal brasileiro, seja a incongruência atribuída ao acusado com base em presunção de ilicitude patrimonial extraída de um crime, cuja vinculação não se estabeleceu com os bens em questão. Isso ocorre porque, a perda alargada aplicada com base em presunção não obedece ao rigor necessário para reconhecer materialmente a ilicitude que geraria a perda. Raciocínio em sentido diverso faria com que fosse admitida uma espécie de condenação sem processo, ou mesmo, uma pena sem a respectiva ação penal.

Também não se afasta o problema apontado com a mera existência autônoma e desvinculada da ação penal que apura o crime previsto no art. 91-A do CP/1940, com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão. Isso porque, os fatos imputados para este último delito – na hipótese de a perda ser imposta por presunção – não estariam relacionados à incompatibilidade patrimonial, o que transformaria o fato gerador da perda, a incongruência do patrimônio, em fruto exclusivo de uma incabível operação de suposição pelo juiz com repercussão em direito constitucional do acusado.

Essa presunção de ilicitude, dada a natureza (também) de sanção penal assentada em relação à perda alargada, tornaria a medida de confisco do art. 91-A do

CP/1940 violadora da presunção de inocência do acusado. Isso porque, na hipótese traçada, ter-se-ia uma sanção de perda dos bens, extraída a partir de uma alegada incompatibilidade patrimonial, sem apuração e posterior condenação pelo crime que lhe é correspondente e lhe justifica.

Lembra-se que, a eventual superveniência de condenação por qualquer dos crimes do art. 91-A do CP/1940, com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, não resolveria, neste caso, o problema apresentado, justamente por não se extrair correlação entre o fato típico imputado e a incongruência dos bens que gerou a perda.

Conforme afirma Manuel Monteiro Guedes Valente,

Se agregarmos a presunção de origem ilícita à demonstração da ilicitude da origem do bem, não podemos afirmar que não estamos a violar o princípio da presunção de inocência em favor de uma presunção de ilicitude da proveniência do bem assente numa presunção de ilicitude do facto germinador da *pecunia*, base da aquisição do bem, e numa presunção de culpa da sua conduta. Esta assunção legal viola o princípio da presunção de inocência desde logo porque o legislador apôs-lhe o carimbo de criminoso através de uma presunção ilícita do património incongruente²⁸⁴.

Um ponto ainda merece destaque, sem prejuízo do exposto: a imposição da perda alargada só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da condenação criminal, momento em que se torna definitivo o juízo de convicção acerca da culpabilidade no processo penal.

A alteração legislativa que inseriu a perda alargada no art. 91-A, diversamente do ocorrido nas demais modalidades de perda previstas no art. 91, § 1º e § 2º, do CP/1940, não abarcou a possibilidade de antecipação da nova medida à sentença condenatória, deixando de remeter a matéria às medidas cautelares previstas no CPP/1941, como fez nas demais situações já previstas.

Considerando que as hipóteses dos arts. 91 e 91-A do CP/1940 tratam de modalidades distintas de perda, no caso da última – perda alargada – houve uma

²⁸⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração, p. 35-71. In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 61.

opção do legislador em não a abranger naquelas passíveis de antecipação por medida cautelar. Portanto, a partir de abordagem diversa daquela eleita pelo legislador português, no Brasil, não se prevê a adoção da medida alargada em caráter cautelar, antes da sentença condenatória definitiva, uma opção acertada e que melhor se adequa à interpretação sistemática do processo penal brasileiro conforme a CF/1988.

A exigência de sentença definitiva para se aplicar a perda alargada atende ao art. 5º, LIV, da CF/1988 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), o que mostra, neste aspecto específico, a compatibilidade da nova norma com o texto constitucional.

Extrai-se, portanto, do conteúdo da nova norma e da interpretação da norma constitucional que a imposição da perda alargada tem os seus efeitos vinculados à existência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fenômeno processual que confere caráter definitivo à decisão judicial, a partir do qual se permite atribuir *status* de culpado ao réu no processo penal (art. 5º, LVII, da CF/1988)²⁸⁵.

Essa referência, embora possa parecer dotada de certa obviedade, é extremamente importante atualmente, pois são crescentes as vozes que defendem a possibilidade de se impor a execução provisória da pena²⁸⁶. Recentemente, essas mesmas vozes impulsionaram uma notável discussão nos tribunais pátrios, no tocante à possibilidade de prisão do acusado após condenação mantida em dois graus de jurisdição, ou seja, antes do trânsito em julgado da ação penal respectiva.

A matéria, na época em que submetida à apreciação do STF, ganhou enorme repercussão no meio jurídico, principalmente porque, naquele momento, havia muitos tribunais que, ao adotarem o entendimento mais desfavorável ao acusado, começaram a determinar o cumprimento de execuções provisórias de penas privativas de liberdade, mesmo na pendência de recursos interpostos aos tribunais superiores.

O entendimento adotado pelo STF, qual seja, de vincular o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da condenação, deve englobar a medida prevista no art. 91-A do CP/1940, a perda alargada, que somente poderá ter lugar

²⁸⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁸⁶ PAULINO, Galtienio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, jul.-dez. 2017.

após a imposição da condenação em caráter definitivo, observada a anterior e efetiva oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado.

Diante disso, conclui-se que o art. 91-A do CP/1940 criou a modalidade de perda alargada, cuja configuração depende da existência de crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, além da existência de incompatibilidade patrimonial entre os bens do acusado e seus rendimentos lícitos.

Não se admite, portanto, a imposição da perda alargada com base em presunção de ilicitude dos bens, os quais, para serem confiscados, devem ser especificamente originários de conduta típica penal. Para tanto, a perda alargada deve ter sua narrativa fática, acerca da incompatibilidade patrimonial, agregada à denúncia. Exige-se vinculação direta entre a incongruência dos bens e o fato típico imputado, o que fará a descrição da discrepância do patrimônio se integrar à conduta delituosa narrada na peça acusatória, sob pena de o acusado sofrer sanção penal sem o processo e conseqüente condenação, o que violará a sua presunção de inocência.

A perda alargada, obedecidas todas as condições expostas, só poderá ser concretizada após o trânsito em julgado da sentença criminal.

3.3 A perda alargada e o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório

As considerações acima conduzem ao desdobramento do tema e sua necessária repercussão no devido processo legal, ampla defesa e contraditório, garantias fundamentais no processo penal brasileiro.

A garantia ao devido processo legal é uma das mais antigas de que se tem notícia, possuindo raízes vinculadas à Magna Carta de 1215. Esta garantia representa uma regra matriz que engloba diversas garantias, como a ampla defesa e o contraditório. Diante disso, não há devido processo legal se não houver a observância de outras garantias por ele abarcadas. Neste sentido, a ampla defesa e o contraditório possuem função garantidora do devido processo legal, como elementos de um todo, o que torna a aplicação daquelas garantias essencial para o reconhecimento deste.

A necessidade de se observar essas garantias, além de ser prevista no art. 5º, LIV e LV, da CF/1988, possui respaldo no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8), o que impõe seja a perda alargada aplicada em consonância, também, com os diplomas internacionais aos quais o Brasil aderiu.

Nesta pesquisa, discorda-se da fórmula jurídica segundo a qual a perda alargada seria imposta a partir de método de presunção de ilicitude realizado pelo juiz, sem qualquer vinculação com o fato típico descrito na denúncia. Aqui, a discordância manifestada ganha contornos mais realçados, visto que a não vinculação da medida confiscatória com o fato típico imputado gerará um prejuízo direto para a ampla defesa e o contraditório, conseqüentemente, para o devido processo legal.

Isso porque, o seu tratamento jurídico como medida puramente civil, certamente lhe traria mais flexibilidade quanto ao processo de constatação de incompatibilidade patrimonial, inclusive no que se refere ao convencimento do juiz para determinar a medida. Como exemplo, vários autores afirmam que a sua aplicação dar-se-ia por presunção de ilicitude, o que afastaria a necessidade de vinculação do patrimônio com o fato típico concreto descrito na denúncia.

Essa construção, todavia, é infirmada pela conclusão já realizada nesta tese de que a perda alargada tem natureza especial, a conferir-lhe caráter híbrido, uma mistura de medida civil e penal. E esta última característica, que lhe confere um caráter sancionatório penal, leva à exigência, para a aplicação da medida confiscatória, da prévia observância às garantias fundamentais inerentes ao processo penal, dentre as quais a ampla defesa e o contraditório.

A partir disso, não se concebe a aplicação da perda alargada sem a sua incorporação fática ao conteúdo da imputação, além disso, sem a sua vinculação com a conduta típica imputada, sob pena de violação direta às garantias em comento.

Somente a partir da integração e da vinculação do fato gerador da perda alargada – aquisição ou manutenção de bens incompatíveis com os ganhos lícitos – ao conteúdo da imputação, é que o acusado poderá utilizar os meios processuais previstos para afastar as acusações, contraditando-as, produzindo provas, enfim, contrapondo a pretensão acusatória em sua inteireza.

Raciocínio diverso, com a perda alargada aplicada de maneira autônoma e isolada, sem vinculação com o fato típico, tornaria a medida confiscatória algo automático e vazio, cuja existência teria lugar por método de presunção do juiz desvinculado do ato ilícito, um confisco por ilicitude, sem a prova da origem ilícita.

A referência legal inserida no art. 91-A, § 3º, do CP/1940²⁸⁷, tampouco, resolve o problema apontado. Sua redação apenas marca o momento em que o Ministério Público deve levar a incompatibilidade patrimonial aos autos.

Merece críticas, aliás, a simplicidade de sua redação, por induzir ao raciocínio de que o Ministério Público teria apenas a incumbência de indicar a diferença de valores apurada, relativa à incompatibilidade, interpretação que não atende satisfatoriamente às exigências constitucionais no tocante às garantias do acusado no processo. Isto porque, é necessário incluir os fatos pertinentes à incompatibilidade (art. 91-A) na imputação, demonstrando o vínculo entre a incongruência patrimonial apontada e as condutas delitivas que são objeto da ação penal, para que, a partir dessa aglutinação dos fatos seja possível construir uma acusação única objeto de apuração, que obedeça aos direitos e as garantias individuais do acusado, conforme previstos na CF/1988.

Já a previsão do art. 91-A, § 2º, do CP/1940²⁸⁸, embora possa denotar uma aparente e indevida inversão do ônus da prova²⁸⁹, não modifica o raciocínio aqui delineado, pois a alegação da incompatibilidade patrimonial depende de sua apuração ser vinculada à imputação, constituindo o objeto de um processo cuja prova quanto à existência do fato deverá ser produzida pela acusação.

Assim, a perda alargada, para não ferir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, deve ter os fatos que lhe dão origem integrados e vinculados ao fato típico, para que o acusado tenha a oportunidade de se defender e contraditar as

²⁸⁷ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 91-A, § 3º. A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)”.

²⁸⁸ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 91-A, § 2º. O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)”.

²⁸⁹ LEITE, Mauricio Silva; BRAGA, Matheus Andrade. Perda alargada – ônus da prova e presunção de inocência. **Jornal Jurid**, 2023. Disponível em: www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/perda-alargada-onus-da-prova-e-presuncao-de-inocencia. Acesso em: 27 ago. 2023.

acusações, conforme as regras inerentes ao devido processo legal, em cumprimento ao art. 5º, LIV e LV, da CF/1988.

3.4 A perda alargada e a garantia à reserva legal

A garantia à reserva legal também merece registro pela relevância diante do estudo aqui desenvolvido. Suas balizas, impostas pela CF/1988, devem ser confrontadas com a perda alargada, a partir da prescrição do direito fundamental previsto em seu art. 5º, XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

Garantia similar vem inserida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo art. 9 prescreve:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

O CP/1940, ao demonstrar a importância dessa garantia, também prevê em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Com algumas pequenas diferenças em suas redações, observa-se que inexistem dúvidas quanto à proteção oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro no tocante à prévia existência de lei para alguém ser acusado de crime.

As redações da CF/1988 e do CP/1940, com maior ênfase, esclarecem que, além da existência de crime previsto (tipo penal abstrato previamente inserido por lei), é necessário, ainda, que esteja prevista a sua pena, também antes do cometimento do delito.

Como exemplo histórico da relativização do princípio da reserva legal, menciona-se o Tribunal de Nuremberg, cuja instalação, como um tribunal de exceção, teve as tipificações propostas para as acusações – em alguns casos com previsão de

pena de morte –implementadas *pos facto*, o que até hoje gera severas críticas sobre a sua validade jurídica²⁹⁰.

Na contemporaneidade, todavia, principalmente em países como o Brasil, conduzidos como um Estado Democrático de Direito, não se vislumbra a possibilidade de qualquer tipo de punição de natureza penal sem a existência de lei prévia e pena prevista anteriormente.

Quanto ao objeto da pesquisa desta tese, a figura do art. 91-A do CP/1940, cuja redação autoriza impor a perda alargada, ficou aqui definida como medida especial híbrida, cuja natureza também é de sanção penal. Seu texto, no entanto, para impor a perda alargada, submete a incompatibilidade patrimonial, entre os bens encontrados em poder do acusado e aqueles auferíveis a partir de suas atividades lícitas, à coexistência do requisito consistente na condenação por crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão.

Alguns posicionamentos²⁹¹ defendem que a imposição da perda alargada não se relaciona diretamente com o fato típico gerador do reconhecimento do crime previsto no art. 91-A do CP/1940 (com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão), o que faria a incidência da perda ser possível apenas por presunção de ilicitude.

Este raciocínio parte da seguinte lógica: se alguém cometeu o delito A, e, além disso, possui bens incongruentes com o seu patrimônio, provavelmente cometeu o delito B e obteve o patrimônio ilícito dessa maneira, o que autoriza seja imposta a perda alargada a partir desta inferência baseada na presunção do juiz.

Nesta tese, já foi manifestada a discordância em relação a essa lógica jurídica descrita a partir de motivos que levam à impossibilidade constitucional de imposição da perda alargada por presunção. Todavia, acrescenta-se outro motivo para essa impossibilidade, também de ordem constitucional: a inexistência de tipo penal que preveja o crime de enriquecimento ilícito, ou sem causa, no Brasil.

²⁹⁰ SILVA, Tatiana Fonseca da. O julgamento de Nuremberg e sua relação com os direitos fundamentais e com o direito internacional: uma análise necessária. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**, ano 2014, ed. 13, maio 2014, p. 60.

²⁹¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 93-94.

O tema do enriquecimento ilícito não é novo. Projeto de lei específico já foi apresentado para tratar da “declaração da propriedade ou posse de bens, direitos e valores adquiridos por atividade ilícita”, o qual possibilitaria, se aprovado, a propositura de ação civil pública tendente à recuperação desses valores²⁹².

Todavia, a despeito da iniciativa legislativa, que tinha natureza civil, não há no Brasil tipo penal prevendo o enriquecimento ilícito, o que torna a medida de perda alargada desamparada de norma penal expressa a tipificar a incompatibilidade patrimonial descrita no art. 91-A do CP/1940.

O cenário descrito permite reiterar conclusão já alcançada, mas, desta vez, por motivos diferentes dos já apresentados. Visto que no sistema jurídico brasileiro não existe tipo penal específico a prever a criminalização da conduta descrita no art. 91-A do CP/1940, consistente na aquisição ou manutenção de patrimônio incompatível com os ganhos lícitos, a perda alargada, consequência jurídica sancionatória penal decorrente deste fato específico, se aplicada de maneira autônoma e isolada, irá ofender a reserva legal. Em suma, não haverá, neste caso, norma penal prévia capaz de habilitar a sanção decorrente da conduta fruto da incompatibilidade patrimonial. A sanção penal de perda alargada não terá lastro, cairá no vazio.

Diante disso, conclui-se que a imposição da perda alargada depende de vinculação com o tipo penal que é requisito do art. 91-A, crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, para que, a partir disso, seja possível a sua aplicação no processo penal.

Sem a descrição da incompatibilidade patrimonial na peça acusatória, capaz de demonstrar a vinculação do patrimônio incongruente com a imputação típica, a aplicação da perda violará a reserva legal.

²⁹² RIOS, Rodrigo Sanchez; COSTA, Victor Cesar Rodrigues da. Confisco alargado. A ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/19 (“Lei Anticrime”). In: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

3.5 A perda alargada e o *ne bis in idem*

A garantia ao *ne bis in idem*, embora não expressa na CF/1988, tem sua aplicação indiretamente ligada a outros dispositivos da CF/1988²⁹³. Diversamente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a regra consta explicitamente no art. 8.4 (“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”).

Assim, o princípio do *ne bis in idem*, seja por previsão constitucional que lhe assegura, indiretamente, vigência no sistema jurídico brasileiro, seja por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que possui no Brasil *status* de norma supralegal, tem a sua aplicação assegurada no ordenamento pátrio.

Segundo a garantia ao *ne bis in idem*, ninguém poderá ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato. Sua aplicação tem início com o trânsito em julgado material da sentença, quando a coisa julgada começa a exercer uma função negativa, definida como *ne bis in idem*.

Segundo Gustavo Henrique Badaró, há uma relação entre o princípio do *ne bis in idem* e o princípio da correlação entre acusação e sentença decorrente da imutabilidade do objeto do processo durante sua duração até a sentença. Uma vez transitada em julgado a sentença, “o efeito negativo da coisa julgada representa uma continuação da imutabilidade do objeto do processo”²⁹⁴.

A partir do argumento do autor – de um vínculo existente entre o princípio do *ne bis in idem* e a correlação entre acusação e sentença – passa-se a analisar a repercussão jurídica que ela poderia trazer para a perda alargada, assim entendida como medida especial híbrida, civil e penal, que impõe a perda dos bens ao acusado no processo penal.

²⁹³ “A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso é decorrência de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento. Este último encontra expressa previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 4) e ingressa em nosso cenário constitucional pela abertura concedida pelo art. 5º, § 2º, da CF. O primeiro é decorrência taxativa do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 245.

²⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 133.

Viu-se que a perda alargada é imposta a partir da condenação por crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, a partir da constatação de incompatibilidade patrimonial, quando comparada com os ganhos lícitos do condenado.

Ainda, manifestou-se o entendimento de que a sua aplicação não pode ser feita a partir de um juízo de suposição do juiz. Sua imposição deve ser determinada a partir da concreta vinculação com fato típico descrito na denúncia, para se preencher o requisito da origem contaminada (art. 91-A do CP/1940).

A construção jurídica acima permite concluir que a necessária vinculação entre o fato contido na perda alargada – aquisição ou manutenção de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos – e o fato típico contido na acusação de crime compatível com os descritos no art. 91-A do CP/1940, também poderá ter repercussões no campo dos direitos individuais do acusado, sob a perspectiva da garantia ao *ne bis in idem*.

Isso porque, o eventual processamento da perda alargada de maneira autônoma, sem vinculação com a imputação típica do crime – com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão – fará com que os fatos que dão origem a perda de bens, relativos à aquisição ou à manutenção de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos – não adquiram o trânsito em julgado material.

Nota-se que, em caso de aventado processamento autônomo e desvinculado da imputação, abre-se espaço para que a perda alargada seja imposta apenas como efeito automático de condenação, por fato alheio e diverso da incompatibilidade patrimonial, consistente na conduta típica narrada na denúncia. Nessa hipótese, a partir da separação entre a imputação e os fatos que configuram a incongruência dos bens, estes últimos jamais alcançarão o trânsito em julgado material.

Como visto, a proposta de processamento autônomo da perda alargada, sem a necessária vinculação com a imputação, leva à imposição do instituto por presunção, isto é, sem fato típico a ela atrelado. E se não houver fato típico, não haverá o trânsito em julgado material da conduta.

Para além dos problemas apontados (por exemplo, a perda alargada traduzir-se em sanção penal sem fato típico a ela ligado, com a sua aplicação isolada, por

presunção), será criado mais um obstáculo jurídico, pois o fato gerador da incompatibilidade patrimonial não transitará em julgado com a sentença, por não integrar o objeto do processo.

Segundo Gustavo Henrique Badaró,

Para efeito de confronto de duas ou mais ações, visando à caracterização do *bis in idem*, o que será considerado é o fato principal, conforme determina o art. 110, § 2º, do CPP. Já para correlacionar o conteúdo da acusação com o conteúdo da sentença, deve ser analisado o fato imputado, incluído todo “elemento ou circunstância da infração penal” contido na denúncia ou queixa, segundo preceitua o art. 384, *caput*, daquele diploma legal²⁹⁵.

Assim, reafirma-se, agora por outros motivos, que o processamento da perda alargada deve ocorrer em conjunto com a imputação típica descrita na denúncia. Além disso, sua porção fática, que suporta a alegação de incompatibilidade patrimonial, deve ter vínculo direto com a conduta típica narrada pela acusação.

Como exemplo prático do raciocínio jurídico exposto, imagine-se que determinado acusado, hipoteticamente, tenha a imposição da perda alargada imposta de maneira desvinculada do tipo penal descrito pela acusação, por presunção da prática de ilícito em 2020, uma vez que no referido ano obteve patrimônio sem origem comprovadamente suportada por seus ganhos legítimos. Nessa situação, a imposição da perda alargada de maneira solta e desvinculada do fato típico, determinada por presunção, não trará nenhum empecilho jurídico para que essa mesma incompatibilidade patrimonial gere um novo processo, por exemplo, por imputação de lavagem de dinheiro. Nesta segunda (e duplicada) imputação, não apenas haverá risco de condenação criminal pelo mesmo fato – ou seja, nova sanção, diferente da anterior sanção de perda de bens – mas também, em tese, poderá haver nova (e redundante) medida patrimonial, por exemplo, de perda de bens ou reparação de danos, decorrente daquele primeiro e único fato ocorrido em 2020, o que violará a garantia ao *ne bis idem*.

²⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 137.

Observa-se, portanto, que a perda alargada não pode ser imposta por presunção da prática de ilícito penal, mas sua aplicação deve ser precedida de adensamento dos fatos a ela inerentes – aquisição ou manutenção de bens incompatíveis com os ganhos lícitos – ao conteúdo da imputação. Além disso, deve haver específica vinculação entre a porção fática geradora da perda e a conduta típica.

A imposição da perda alargada de maneira isolada e desvinculada da conduta típica, por presunção, faz com que os fatos dela decorrentes não sofram o trânsito em julgado material, por não integrarem o objeto do processo, o que gerará a possibilidade de novo processo para apurar os mesmos fatos (incompatibilidade patrimonial), violando, assim, a garantia do *ne bis idem*.

A garantia ao *ne bis in idem* tem aplicação no sistema jurídico brasileiro por força da CF/1988, que assegura a sua vigência indiretamente, e por previsão específica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com *status* de norma supralegal no ordenamento pátrio, o que impede que qualquer pessoa seja julgada mais de uma vez pelos mesmos fatos.

3.6 A perda alargada e a isonomia

A Lei n. 13.964/2019, objeto direto desta pesquisa, entrou em vigor em 24 de dezembro de 2019, quando fez inserir no CP/1940 o art. 91-A, cuja redação prevê a perda alargada. Em uma de suas proposições originárias, do PL n. 10.372/2018²⁹⁶, a perda alargada, com alcance mais restrito, tinha como fundamento exclusivo atingir bens ilícitos decorrentes de atividades praticadas pelo crime organizado. Sua redação inicial, elaborada por uma comissão de juristas constituída para essa finalidade, propunha a instituição da perda alargada na legislação brasileira a partir da

²⁹⁶ BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.372/2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Autor José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG), Wladimir Costa (SD/PA) e outros. 06 jun. 2018. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 ago. 2023.

incorporação do art. 17-A à Lei n. 12.850/2013, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas.

Nesse sentido, o PL n. 10.372/2018 continha no texto da sua justificação:

A constrição financeira das organizações criminosas é medida essencial para a eficaz persecução penal, retendo e decretando o perdimento dos bens e valores obtidos pela prática de infrações penais. Propostas de projeto de lei instituindo a “Perda alargada” e a “Ação Civil Pública de Perdimento de Bens” estão sendo encaminhadas nesse sentido.

Todavia, com a tramitação do Projeto de Lei e a aprovação (com alterações) do seu texto, deu-se maior abrangência à norma que instituiu a perda alargada, já que a proposição originária tinha escopo mais restritivo quanto ao seu alcance material²⁹⁷.

Tempos atrás, antes da aprovação da Lei, em 17-10-2019, entrou em vigor a Lei n. 13.886/2019, com conteúdo semelhante, que alterou disposições da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), inserindo o art. 63-F, nesta última norma, assim redigido:

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

§ 1º A decretação da perda prevista no *caput* deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa [...].

Observa-se que a norma fez inserir exatamente a perda alargada, aproximadamente três meses antes no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, com previsão de aplicação específica para os crimes previstos na Lei n. 11.343/2006. Como se vê do art. 63-F, condicionou-se a imposição da perda alargada “à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou sua vinculação a organização criminosa”. Isto é, em relação aos crimes de drogas, o legislador quis exigir, para a imposição da perda

²⁹⁷ BARIN, Érico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020, p. 194-195.

alargada, requisitos que associassem a conduta a algo profissionalizado ou habitual, aproximando mais a norma das condutas praticadas por organizações criminosas.

Essa exigência se alinha melhor às recomendações internacionais sobre o tema, uma vez que a adoção da perda alargada integra a estratégia implementada com o intuito de imprimir maior eficácia à persecução penal, sobretudo, nos casos envolvendo o crime organizado.

Neste sentido, Sólon Cicero Linhares²⁹⁸ aponta como uma opção factível “a inclusão de um requisito que demonstrasse ter o arguido adquirido a propriedade, objeto de discussão, através de práticas delituosas com ganho de capital, de forma organizada, com divisão de tarefas, isto é, sempre no marco de uma organização criminosa”.

Ocorre que, como se vê na Lei n. 13.964/2019, que adicionou o art. 91-A ao CP/1940, cuja redação possibilita a aplicação geral à perda alargada para todos os crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, o requisito condicionante da habitualidade, reiteração, profissionalismo ou existência de conduta praticada por organização criminosa, foi excluído do dispositivo, o que ampliou a aplicação da norma.

Diante disso, no ordenamento pátrio, há duas normas com conteúdo muito semelhante, ambas prevendo a possibilidade de se impor a perda alargada, todavia, com requisitos diferentes: em um primeiro caso (norma geral inserida no CP/1940) mais amplo, e com menores restrições quanto à sua aplicação; em um segundo caso (norma especial da Lei de Drogas), com conteúdo mais restritivo para se impor a medida confiscatória. A situação gera um descompasso no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Lei de Drogas abrange delitos cuja gravidade e proteção ao bem jurídico possui maior importância que aquela advinda de diversos delitos previstos na lei geral, mesmo que estes últimos também tenham como requisito pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão.

Como exemplo, menciona-se o crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP/1940), cuja conduta pode ser considerada de menor gravidade quando praticada

²⁹⁸ LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019.

de forma isolada e pontual, ou então, quando se tratar de furto de pequeno valor. Nesta hipótese, mesmo que o delito possua pena compatível com aquela prevista no art. 91-A do CP/1940, poderia ensejar inclusive uma incompatibilidade entre a conduta típica e a imposição de uma medida confiscatória de tal gravidade, como ocorre com a perda alargada.

Já o crime de tráfico de drogas, por outro lado, é tratado, evidentemente, de maneira mais rigorosa pela própria CF/1988, quando estabelece as regras de extradição, excetuando a possibilidade de fazê-lo em caso de naturalizado que tenha comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...]” (art. 5º, LI, da CF/1988).

Essas constatações demonstram uma verdadeira incongruência em relação à perda alargada, no sentido de que crimes com maior gravidade, por exemplo, a conduta de financiar ou custear o tráfico de drogas (art. 36 da Lei n. 11.353/2006), que caracteriza o “empresário do tráfico”, terá maiores restrições ou dificuldades quanto à imposição da perda alargada, por exigir-se do condenado prática de conduta habitual, reiterada, profissional ou por organização criminosa, do que aquelas previstas no art. 91-A do CP/1940, como a do delito de furto, em sua modalidade qualificada, quando cometido de maneira isolada, ou então, com pequeno valor envolvido, cuja prática não exige a habitualidade, reiteração ou profissionalismo para imposição da medida confiscatória.

Importante lembrar que a figura prevista no art. 63-F, recém-introduzido na Lei n. 11.343/2006, prevalece em relação ao art. 91-A do CP/1940, para as condutas enquadradas na Lei de Drogas, visto tratar-se, a última, de lei especial, o que implica reconhecer a aplicação do princípio de conflito de normas em que a *lex specialis* prevalece sobre a *lex generalis*.

Diante disso, caso seja aplicada regra mais branda do ponto de vista do acusado, para crimes existentes na Lei de Drogas, quando comparada com a lei mais gravosa decorrente da norma geral do art. 91-A do CP/1940, haverá violação do princípio constitucional da isonomia, inserido no art. 5º da CF/1988. Tal ocorrerá, justamente porque os crimes de drogas, com enorme gravidade e maior importância do bem jurídico afetado, terão tratamento mais brando em relação a outras condutas

contidas na lei geral, com menor afetação da sociedade e com proteção de bens jurídicos menos importantes.

A perda alargada tem suas raízes vinculadas ao combate ao crime organizado, o que atrai, com maior razão, a fórmula jurídica adotada pela Lei n. 13.886/2019, que condiciona a imposição da perda de bens à existência de conduta habitual, reiterada, profissional ou por organização criminosa. Essa, inclusive, era a ideia inicial do Projeto de Lei que propunha incluir a perda alargada no sistema jurídico brasileiro, cuja objetivo originário lhe vincularia aos crimes praticados por organizações criminosas.

Assim, para que tenha aplicação válida e conforme a CF/1988, o instituto da perda alargada deverá conter exigência quanto à demonstração de habitualidade, reiteração, profissionalismo ou conduta praticada por meio de organização criminosa, sob pena de violação do princípio da isonomia previsto no art. 5º da CF/1988.

3.7 Proposta de aplicação válida da perda alargada no ordenamento jurídico brasileiro

Tendo em vista as considerações trazidas à tese, sobretudo ao se cotejar a perda alargada com o texto constitucional, verifica-se que a aplicação válida deste instituto, conforme a CF/1988, só será possível a partir i) do emprego de exigências processuais penais mínimas para o seu processamento; e; ii) de uma restrição quanto ao seu alcance material.

No que tange ao primeiro aspecto, relativo às exigências processuais mínimas para o processamento da medida, algumas considerações devem ser reiteradas, as quais também servirão como limites à aplicação válida da perda alargada, conforme a CF/1988.

Parte da doutrina propõe aplicar a perda alargada a partir de uma fórmula jurídica por meio da qual o juiz realiza uma operação de presunção quanto à ilicitude do patrimônio incompatível com os ganhos lícitos do agente delituoso que detém esses bens.

Segundo a solução apresentada, a condenação por crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão seria um requisito prévio desvinculado

da incongruência patrimonial. Ou seja, a conclusão acerca da ilicitude se daria a partir da lógica construída pelo juiz de que a existência do crime objeto da ação penal autorizaria presumir que a incompatibilidade dos bens existentes em poder do condenado também vem de outros ilícitos não apurados no mesmo processo.

Neste sentido, Roberto D'Oliveira Vieira observa:

A condenação por um dos crimes seria uma condição necessária para o Ministério Público demonstrar a existência de carreira criminosa anterior e, a partir daí o art. 7º, *caput*, autorizaria presumir que a desconformidade patrimonial decorreria do exercício de atividade criminosa. A prova seria atenuada, pois ela “não tem que ser concludente quando a da questão principal, consistindo na demonstração de indícios ou elementos que permitam tornar plausível (ou então muito provável) a existência de anteriores actos similares aos acusados²⁹⁹.”

Observa-se que, a fórmula jurídica apresentada pelo autor, cuja construção se alicerça em suposição acerca da existência do crime que teria gerado a incongruência patrimonial objeto da perda alargada, cai num “beco sem saída”, pois propõe modelo no qual haverá sentença determinando medida confiscatória com afetação de direito fundamental do envolvido – perda do direito de propriedade – sem a presença de qualquer vínculo entre o crime indicado como requisito legal no art. 91-A do CP/1940, e a perda de bens considerados produto ou proveito deste mesmo delito.

Em decorrência do formato de aplicação da perda alargada por presunção, haverá inevitável violação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório do acusado, cujo escrutínio da vida patrimonial será desvinculado de qualquer imputação, ou seja, fora do objeto da ação penal e dos rigores constitucionais que cercam a apuração dos fatos no processo penal brasileiro.

A perda alargada possui natureza especial híbrida, com característica civil e penal, o que lhe confere a necessidade de obediência aos requisitos próprios para a imposição do seu conteúdo sancionatório penal. Como medida de caráter especial, sem parâmetros na legislação brasileira, apresenta requisito fático específico consistente em se demonstrar aquisição ou manutenção de patrimônio incompatível com os ganhos lícitos, o qual, de forma cumulativa e vinculada à condenação por

²⁹⁹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 93-94.

crime com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, tem a sua aplicação autorizada.

Essa porção fática que caracteriza a perda alargada não pode ser imputada isoladamente, sem a necessária correlação com a imputação trazida na denúncia. A incompatibilidade patrimonial deve sofrer um adensamento dos fatos a ela inerentes com o conteúdo do fato típico, vinculando-se o patrimônio ilícito ao crime imputado.

No ordenamento pátrio, não existe tipo penal de enriquecimento ilícito – ou sem causa – o que torna a imputação isolada da perda alargada processualmente inviável à luz da legislação brasileira. Diante disso, propõe-se sua aplicação necessariamente correlacionada com a imputação típica da denúncia, incorporando-se e, mais do que isso, vinculando-se os fatos ensejadores da medida confiscatória ao conteúdo da imputação. Somente assim será possível garantir sua aplicação válida, conforme a CF/1988, pois serão assegurados ao acusado todos os direitos corolários do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa.

A proposta apresentada ainda se adequa ao princípio da correlação entre acusação e sentença, uma vez que os fatos ensejadores da perda alargada serão adensados à imputação, compondo, assim, o objeto do processo. Este último, irá gerar uma sentença cujo resultado redundará no trânsito em julgado material de todos os fatos, inclusive daqueles que justificaram o pedido de confisco.

Com isso, será proferida uma sentença que obedecerá aos princípios internacionais de direitos humanos, sobretudo o respeito ao *ne bis in idem*, vez que os fatos decorrentes da medida confiscatória estarão compreendidos no objeto do processo e alcançarão o trânsito em julgado material, impedindo novo processo a versar sobre os mesmos fatos.

3.8 Inconstitucionalidade do artigo 91-A do CP/1940

Proposta a aplicação processual válida do instituto da perda alargada no ordenamento jurídico brasileiro, a qual foi construída nesta tese a partir do afastamento do critério de presunção de ilicitude geradora da perda de bens, exigindo-se, a partir dos rigores da CF/1988, que os fatos justificadores da medida confiscatória

sejam vinculados ao contexto acusatório e formem uma imputação única, sujeita ao devido processo legal e aos demais princípios dele decorrentes, relevante verificar-se a adequação constitucional do mesmo instituto, sob o seu ângulo material.

O enfoque material da análise do instituto se justifica por haver, na legislação brasileira, duas normas prevendo a aplicação da perda alargada: i) a Lei n. 11.343/2006, que autoriza a medida para os crimes previstos na Lei de Drogas; e ii) o CP/1940, o qual prevê a mesma perda de bens para os demais crimes previstos no ordenamento pátrio.

Embora com redações muito semelhantes, a norma legal primeva, que autoriza a imposição da perda de bens nos crimes da Lei de Drogas, possui requisito condicionante que requer “existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa” para a sua aplicação. Já a o CP/1940, aplicável a todos os demais delitos, não possui essa condicionante.

A diferença de redação apresentada pelas normas que regem a matéria mostra que a norma geral, do CP/1940, para a imposição da perda alargada, pode alcançar um número bem mais significativo de condutas, quando comparada com a Lei de Drogas, o que ocorre em razão de sua aplicação abarcar todos os delitos existentes na legislação penal com penas máximas de reclusão superiores a 6 (seis) anos, excetuados os crimes da Lei n. 11.343/2006, bem como porque não possui o critério restritivo previsto na última norma, no tocante à exigência, para que tenha lugar a medida confiscatória, de que a conduta seja praticada com habitualidade, reiteração, profissionalismo ou por organização criminosa.

Neste aspecto, quanto à possibilidade de aplicação material mais abrangente do contido no art. 91 do CP/1940, a norma carece de proporcionalidade e isonomia, o que exige uma restrição material do seu conteúdo. Isso ocorre porque, primeiramente, o art. 91-A do CP/1940 teve a sua idealização concebida a partir de normas internacionais cuja inegável finalidade era combater os crimes de maior gravidade, notadamente, aqueles praticados por organizações criminosas.

Sendo esta a gênese da norma, desde o seu nascedouro, cabe definir quais seriam os limites do seu alcance, principalmente considerando as balizas constitucionais próprias que definem e orientam o sistema jurídico pátrio.

Diante do analisado, não se revela constitucionalmente válida a criação de um instituto como a perda alargada, com tamanho potencial confiscatório estatal, sem que se tenha, de outro lado, um crime com – ao menos – igual importância e gravidade, para se justificar a medida que expropria os bens do condenado.

A abertura da norma do art. 91-A do CP/1940, que adota como requisito a condenação por quaisquer dos crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, não se revela proporcional e isonômica, visto que abrange delitos sem correspondência paritária com a gravidade da perda alargada, o que levará a situações concretas desproporcionais ou, até mesmo, sem qualquer relação com o espírito da medida confiscatória.

Alguns delitos possuem pena compatível com a “linha de corte” adotada pelo art. 91-A do CP/1940, mas sua característica elementar admite sejam praticados sem a existência de repercussão patrimonial para o envolvido, ou então, com ganhos ínfimos para o agente delituoso. É o que poderia ocorrer, em tese, na prática de diversos crimes previstos na legislação brasileira, por exemplo, o furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP/1940), quando cometido de maneira isolada ou restrito a um valor de pequena monta.

Assim, não parece ser o critério da gravidade, ínsita na pena, que melhor seleciona os delitos compatíveis com a perda alargada, mas, sim, a forma pela qual são praticados. Isso porque, a escolha das condutas sujeitas à essa modalidade confiscatória possui maior adequação com os crimes de *lifestyle*³⁰⁰, nos quais o agente delituoso tem a sua vida voltada para o crime.

Nestes casos, quando se verifica uma conduta criminosa profissional, a imposição da perda alargada se revela materialmente compatível, já que a apuração patrimonial incidirá sobre bens adquiridos em razão de atividade essencialmente ilícita.

³⁰⁰ SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

Nestes crimes profissionais, verifica-se, ainda, a característica de permanência da conduta ao longo do tempo, a qual melhor se ajusta com a apuração acerca da origem do patrimônio amealhado pelo envolvido ao longo dos anos, diversamente do ocorrido nos casos envolvendo conduta delituosa isolada e pontual.

Essa restrição do alcance material da perda alargada do art. 91-A do CP/1940 para abarcar somente os crimes profissionais, reiterados, habituais ou praticados por organizações criminosas, permitirá uma conformação constitucional do dispositivo, também sob o aspecto da necessária isonomia de tratamento em relação àquele dispensado pelo art. 63-F da Lei n. 11.343/2006, que adota a mesma medida confiscatória na Lei de Drogas.

Em ambos os casos, a partir de uma restrição da amplitude material do art. 91-A do CP/1940, haveria uma aplicação uniforme da perda alargada, a qual ficará reservada exclusivamente aos casos envolvendo crimes profissionais, reiterados, habituais ou praticados por organizações criminosas, o que traria isonomia e proporcionalidade ao ordenamento jurídico.

Em suma, a restrição material importaria na exclusão do espectro de incidência do art. 91-A do CP/1940, para efeito da aplicação da perda alargada, de todos os crimes em que não esteja presente o requisito profissionalismo, reiteração, habitualidade ou prática por organização criminosa.

A isonomia, neste sentido, estaria no afastamento do risco de aplicação de medida confiscatória mais gravosa ao acusado de crimes com menor importância, previstos na “linha de corte” do CP/1940, enquanto os acusados por condutas da Lei de Drogas teriam tratamento mais benéfico na aplicação da perda alargada, já que inserida a exigência de profissionalismo, reiteração, habitualidade ou prática por organização criminosa.

A proporcionalidade, por seu turno, estaria inserida na seleção dos delitos sujeitos a medida confiscatória, pois ficaria reservada aos delitos com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão nos quais há conduta criminosa profissional, reiterada, habitual ou praticada por meio de organização criminosa, afastando-se de sua incidência condutas de menor importância, seja pelo valor envolvido, seja porque

praticadas de maneira isolada ou pontual, as quais escapam ao sentido original da perda alargada.

Neste sentido, ao comentar o instituto na legislação portuguesa, Sólon Cicero Linhares propõe:

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 o intuito de buscar lucro por meio de práticas sistêmicas, com alto grau de lesão aos bens jurídicos tutelados³⁰¹.

Acrescente-se, por fim, o argumento de que com a implementação de um filtro de aplicação da perda alargada aos casos com maior gravidade, envolvendo delitos praticados de forma profissional, reiterada, habitual ou por meio de organização criminosa, certamente haverá uma maior eficácia na atuação estatal, uma vez que os esforços serão concentrados em crimes cuja gravidade impõe a atuação prioritária e diferenciada em relação aos demais delitos.

Portanto, propõe-se pela presente tese, a restrição material da perda alargada, somente aos delitos envolvendo conduta profissional, reiterada, habitual ou praticada por organizações criminosas.

Para que isso ocorra, a restrição aos limites de aplicação da perda alargada deve incidir sobre a Lei n. 13.964/2019, cujo texto excluiu o requisito previsto no art. 63-F da Lei n. 11.343/2006 (“existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa”), o que demanda, com base na CF/1988, o reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 91-A ao CP/1940.

Como visto, o processo legislativo que instituiu a Lei n. 13.964/2019 aglutinou projetos que continham maior compatibilidade com o art. 63-F da Lei n. 11.343/2006. Isso, porque, uma de suas proposições originárias (PL n. 10.372/2018³⁰²) previa a

³⁰¹ LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), ano 5, n. 2, 2019, p. 1.780.

³⁰² BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.372/2018**. Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de

aplicação da perda alargada sobre os bens decorrentes de atividades praticadas pelo crime organizado, o que ocorreria a partir da incorporação do art. 17-A à Lei n. 12.850/2013, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas. O projeto intitulado Pacote Anticrime, nos moldes da Lei de Drogas, exigia a vinculação da medida confiscatória às condutas praticadas com habitualidade, reiteração, conduta profissional ou praticada por organização criminosa.

Assim, houve clara opção do legislador por excluir da Lei n. 13.964/2019 o requisito restritivo acima, na redação do art. 91-A ao CP/1940, o que torna o critério legislativo contraditório com a postura anteriormente adotada na Lei n. 11.343/2006, em relação ao mesmo instituto da perda alargada.

Esse paradoxo apresentado em relação às diferentes posturas adotadas pelo Poder Legislativo faz com que o texto do art. 91-A ao CP/1940, nos moldes aprovados, seja eivado de inconstitucionalidade. O descompasso observado entre o rigor adotado no art. 91-A do CP/1940 e no art. 63-F da Lei de Drogas infringe o princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CF/1988), pois confere tratamento confiscatório mais brando aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, em relação a outros, com menor lesividade, inseridos nas demais leis penais.

O crime de tráfico de drogas, por exemplo, tem tratamento destacado na CF/1988, e é considerado inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLII, da CF/1988). Este delito, tratado com maior gravidade segundo os critérios constitucionais, permite a imposição da perda alargada somente em casos mais restritos nos quais o agente praticar o fato de maneira habitual, reiterada ou profissional, ou vinculado a organização criminosa.

É inconstitucional, por este motivo, qualquer iniciativa de se estabelecer em relação a outros delitos de menor ofensividade, tratamento mais rigoroso que aquele imposto aos delitos previstos na Lei de Drogas, em especial o crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consistente na prática de tráfico de drogas, seja pela pena

armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Autor José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG), Wladimir Costa (SD/PA) e outros. 06 jun. 2018. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 ago. 2023.

mais alta aplicável aos delitos previstos nesta última norma, seja pelo tratamento constitucional mais relevante concedido ao tráfico de entorpecentes.

A perda alargada, conforme discutido, tem suas raízes vinculadas ao combate ao crime organizado, o que atrai, com maior razão, a fórmula jurídica adotada pela Lei n. 13.886/2019, que condiciona a imposição da perda de bens à existência de conduta habitual, reiterada, profissional ou por organização criminosa.

Para situar, no entanto, o tema no qual se insere a solução aqui proposta, quanto ao reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940, é necessária uma breve revisão dos critérios adotados pela CF/1988 relacionados à matéria. Pouco antes da CF/1988, o modelo vigente à época permitia ao STF reconhecer inconstitucionalidade em apreciação de pedido realizado pelo Procurador Geral da República. Naquele período, conforme anotam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco:

Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se modelo híbrido ou misto de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a ideia de designação de um advogado da Constituição, defendida por Kelsen em 1928, não produziu alteração substancial em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como elemento accidental no âmbito de um sistema difuso predominante³⁰³.

No entanto, com a CF/1988 deu-se maior ênfase ao controle concentrado o qual passou a prever que, praticamente, todas as controvérsias a respeito do controle de constitucionalidade seriam submetidas ao controle do STF, inclusive com a possibilidade de se deferir medida liminar para suspender o dispositivo inquinado de inconstitucionalidade³⁰⁴.

Diante disso, além do controle difuso, que confere aos juízes e tribunais o poder de afastar a constitucionalidade de norma em concreto (arts. 97, 102, III, “a” e “d”, e

³⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.279.

³⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.279.

105, II, “a” e “b”, da CF/1988), atualmente são admitidas diversas ações com o objetivo de se exercer o controle de constitucionalidade concentrado pelo STF.

Frisa-se que a CF/1988 ampliou o rol de legitimados para propor ADI e ADC, o qual conta hoje com diversos habilitados a propor essas demandas, além do Procurador Geral da República³⁰⁵.

A inconstitucionalidade, para ser reconhecida segundo as regras constitucionais adotadas pela CF/1988, pode ocorrer, portanto, por controle difuso ou concentrado.

Ao analisar o tema, Alexandre de Moraes³⁰⁶ subdividiu o controle de constitucionalidade admitindo duas formas de manifestação deste exercício: uma delas preventiva e, a outra, repressiva. A primeira modalidade se manifestaria antes da vigência da norma, pela atuação das comissões de constituição e justiça (criadas nos moldes do art. 58 da CF/1988) ou, então, posteriormente, pelo veto jurídico, emanado do Chefe do Poder Executivo (art. 66, § 1º, da CF/1988). Já a segunda forma, a repressiva, funciona quando, mesmo depois de ter sido editada, a norma se revela contrária à CF/1988.

Dispensa-se considerações apenas à segunda modalidade de controle, definida como repressiva, por despertar maior interesse a este trabalho, visto que se propõe o reconhecimento da inconstitucionalidade de norma legal em vigor, a Lei n. 13.964/2019, especificamente quanto à inserção do art. 91-A ao CP/1940.

Segundo Alexandre de Moraes, o modelo repressivo de controle de constitucionalidade pode ser assim descrito:

³⁰⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) (Vide Lei n. 13.105, de 2015) (Vigência) I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); V – o Governador de Estado; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004). VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

³⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 812.

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna. Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá retirar normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade³⁰⁷.

Quanto às exceções mencionadas pelo autor, de controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo, não há que se dedicar maior atenção, por ausência de pertinência com o tema discutido nesta tese, vez que tratam das hipóteses previstas i) no art. 49, V, da CF/1988³⁰⁸ (sustação, pelo Congresso Nacional, dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa); ii) no art. 62 da CF/1988³⁰⁹, que

³⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 812.

³⁰⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...]”.

³⁰⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). I – relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001); b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001); c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001); d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). III – reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001); IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 4º O prazo a que se refere o § 3º

prevê a submissão, para o Congresso Nacional, das medidas provisórias editadas pelo Chefe do Poder Executivo, as quais poderão ser aprovadas ou rejeitadas.

No que diz respeito à forma de controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário, tema de maior interesse ao estudo, seu exercício pode ser difuso ou concentrado. O controle difuso, em linhas gerais, confere aos juízes ou tribunais o poder de declarar determinada norma contrária à CF/1988, a partir de dado caso concreto, conforme explica Alexandre de Moraes:

[...] a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros³¹⁰.

Com isso, a declaração de inconstitucionalidade, nessa modalidade, não gera efeito *erga omnes*, ficando restritos os seus efeitos somente ao caso no qual a lei foi julgada inconstitucional. Pode ocorrer, ainda, nessa mesma modalidade, no âmbito

contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) § 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001). § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001).

³¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 814.

de controle difuso de constitucionalidade, de o STF expedir ofício ao Senado Federal, para que, ao se valer do art. 52, X, da CF/1988, reconheça a norma inconstitucional. Neste caso, o reconhecimento incidental – e em concreto – pelo STF, em caso de convalidação da inconstitucionalidade pelo Senado Federal, ampliará os seus efeitos para torná-los *erga omnes*.

A outra modalidade extraída do texto constitucional é o modelo concentrado de constitucionalidade, criado por Hans Kelsen, que se limita em um único órgão constitucional, em oposição ao modelo do *judicial review* norte-americano, e visa ao controle de constitucionalidade da lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto³¹¹.

As ações previstas na CF/1988 que dão ensejo ao controle concentrado de constitucionalidade são: i) a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); ii) a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); iii) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); iv) a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a; e EC n. 03/1993); e v) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)³¹².

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade por controle concentrado, emanada do STF, tem efeito *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, retroativo:

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*)³¹³.

Todavia, a partir da Lei n. 9.868/1999, passou-se a prever a possibilidade, no seu art. 27³¹⁴, de o STF modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade,

³¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 830.

³¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 830.

³¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 857.

³¹⁴ “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois

para vincular os seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento, por questão de segurança jurídica.

No caso em estudo, a despeito da existência de modelos diversos de controle de constitucionalidade na CF/1988, já foi proposta ADIN 6.304, pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), a qual pretende obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940, por considerar que a perda de bens prevista na norma consubstancia pena travestida de efeito da condenação.

A ADIN proposta, ainda sem pauta definida para julgamento, aponta diversos motivos para afastar a possibilidade de imposição da perda de bens violadora da propriedade privada, principalmente, por entender que a sua determinação sem vinculação com qualquer crime, em exercício de presunção de ilicitude a ser efetuado pelo juiz em face de todos os bens do acusado, fere diversos dispositivos constitucionais.

A tese defendida neste trabalho, portanto, possui justificativas jurídicas diversas da ADIN mencionada para indicar a inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940, pois se fundamenta na maior amplitude conferida ao dispositivo, pelo legislador, quando comparado ao art. 63-F da Lei n. 11.343/2006, já que este último permite a aplicação da perda alargada somente quando comprovada a conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa.

Essa diferença de tratamento faz com que o art. 91-A do CP/1940 se torne inconstitucional por ferir o princípio da isonomia (art. 5º da CF/1988), em decorrência de criar regra que restringe direitos e garantias individuais (direito à propriedade) de forma mais rigorosa que aquela dispensada para condenados por crimes mais graves previstos na Lei de Drogas.

O crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é considerado de maior gravidade em relação a diversos delitos abrangidos pela norma inserida no art. 91-A do CP/1940 – é o que se extrai do art. 5º, XLIII, da CF/1988, o qual qualifica o primeiro

terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

como inafiançável e insuscetível de graça. Diante disso, conclui-se que o tratamento mais rigoroso aplicado aos delitos abrangidos pela perda alargada, inserida pela Lei n. 13.964/2019, é inconstitucional.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940, ainda, deve ser reconhecida em razão de lhe faltar proporcionalidade quanto à aplicação da perda alargada a determinados delitos sem correspondência com o sentido original da norma, e em razão de atribuir medida de extrema gravidade a delitos sem lesividade compatível com a medida confiscatória.

Como visto, a origem da perda alargada no Brasil sofreu influência da congênere norma portuguesa que, por sua vez, atendeu à orientação da Diretiva 2014/42/EU, concebida com a ideia de “viabilização de meios eficazes no enfrentamento das organizações criminosas”³¹⁵, cujo texto aprovado em 3 de abril de 2014, pelo Parlamento Europeu, assentou, em seu item 1:

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 detetar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a 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 criminosa³¹⁶.

Por outro lado, mostra-se desproporcional, ainda, por admitir em seu texto, a imposição da perda alargada a delitos praticados de maneira isolada ou pontual, ou, então, com baixo – ou inexistente – proveito patrimonial ao condenado, o que faz com que, na hipótese apresentada, a medida confiscatória torne-se inconstitucional.

A inconstitucionalidade derivada da afetação à isonomia e à proporcionalidade deve, portanto, ser reconhecida, para que o art. 91-A do CP/1940 tenha a sua aplicação afastada nos moldes em que aprovado o dispositivo, por afrontar diretamente a CF/1988.

³¹⁵ LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** (RJLB), ano 5, n. 2, 2019, p. 1.737.

³¹⁶ EUROPEAN UNION. Disponível em: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042. Acesso em: 27 ago. 2023.

A declaração de inconstitucionalidade, como visto, pode ocorrer pelo controle concentrado ou difuso, segundo a CF/1988, inclusive, em decorrência da apreciação de ADI 6.304 já distribuída perante o STF, visando a, justamente, reconhecer a inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940.

Ressalta-se que, haveria, ainda, a possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma legal pela interpretação conforme, segundo observa Alexandre de Moraes:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico³¹⁷.

No entanto, segundo o autor, para ter lugar a interpretação conforme, é necessária a possibilidade de haver diferentes interpretações ou significados a uma mesma norma, uns compatíveis com a CF/1988 e outros distintos, abrindo-se espaço para a intervenção do Poder Judiciário no emprego do significado mais compatível com o texto constitucional.

Ocorre que, a partir da inconstitucionalidade defendida nesta tese, para além de conferir-se interpretação conforme a CF/1988, ao intérprete caberia exercer atividade de complemento ao texto legal, resultante da inclusão, no art. 91-A do CP/1940, do requisito da prova de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou sua vinculação à organização criminosa, para impor a perda alargada. Essa adição ao texto legal, pela via interpretativa, ocasionaria indevida interferência na separação dos poderes, com a invasão, pelo Poder Judiciário, das funções reservadas ao Poder Legislativo na CF/1988. Segundo Alexandre de Moraes³¹⁸, não será possível a interpretação conforme quando

³¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 868.

³¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022, p. 868.

contrariar expresso texto de lei, pois o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Legislativo, ou seja, “atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal”.

CONCLUSÃO

Diante do caminho percorrido, esta tese habilita as seguintes conclusões:

- 1) O combate à criminalidade tem exigido das autoridades a adoção de medidas mais eficazes no âmbito da persecução penal, principalmente em razão da transposição delituosa das fronteiras observadas nos últimos anos, fenômeno que confere um caráter transnacional a determinados delitos, notadamente aqueles praticados por organizações criminosas.
- 2) A necessidade de uma maior harmonização das legislações penais dos países é exigência inerente ao fenômeno da globalização e da sociedade de risco, o que representa um grande desafio para as nações, tendo em vista as diferenças contidas em seus sistemas jurídicos internos e a necessidade de preservação de suas soberanias.
- 3) A criação de uma legislação em determinado país não possibilita, necessariamente, a sua introdução automática em país diverso, tendo em vista as eventuais diferenças entre sistemas jurídicos e a imposição de observância das regras constitucionais do país receptor da norma estrangeira.
- 4) A União Europeia, preocupada com o avanço da criminalidade internacional, sobretudo praticada pelas organizações criminosas, editou a Diretiva n. 2014/42/EU do Parlamento Europeu, cujo objetivo primordial visa a dificultar a circulação dos recursos ilícitos pelo mundo, buscando o sufocamento financeiro das atividades do crime organizado.
- 5) Diversos países da comunidade europeia adotaram legislações implementando medidas concretas recomendadas pela Diretiva n. 2014/42/EU, dentre elas, a criação da perda alargada, que resulta em confisco dos bens existentes em poder do atingido incompatíveis com os seus rendimentos lícitos.
- 6) Dentre os países que adotaram legislações tendentes a essa finalidade, destaca-se, nesta tese, Portugal, cuja legislação inspirou a legislação brasileira e que, por conter legislação prevendo a perda alargada vigente há anos, possui maior

sedimentação doutrinária e jurisprudencial acerca da compatibilização do instituto em seu sistema jurídico.

7) A perda alargada foi introduzida na legislação pátria pela Lei n. 13.886/2019, com aplicação restrita aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), na qual exigiu-se, para a aplicação da medida confiscatória i) prévia condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão; ii) existência de incompatibilidade entre os bens do condenado e aqueles compatíveis com seus rendimentos lícitos; e iii) existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação com organização criminosa.

8) A Lei n. 13.964/2019 inseriu o mesmo instituto no art. 91-A do CP/1940, generalizando a sua aplicação a todos os demais crimes não inseridos na Lei n. 11.343/2006, desde que haja i) prévia condenação por crimes com pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão; e ii) existência de incompatibilidade entre os bens do condenado e aqueles compatíveis com seus rendimentos lícitos. Excluiu-se, no processo legislativo, a exigência quanto à prova da conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação com organização criminosa.

9) A inserção do instituto da perda alargada no Brasil, para ter aplicação válida no processo penal, deve obedecer às balizas constitucionais do ordenamento jurídico pátrio e decorrentes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionados com força de normas supralegais por força de decisão do STF.

10) A CF/1988, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos garantem aos acusados no processo penal o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a reserva legal, o *ne bis in idem* e a isonomia, garantias cuja inobservância viola a dignidade humana, supraprincípio fundamental garantido a todos os seres humanos.

11) A perda alargada tem natureza especial híbrida, apresenta características civis e penais, e não pode ser comparada às demais medidas de perda de bens existentes no ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser aplicada de maneira automática

como efeito imediato da condenação, nos moldes das demais perdas de bens previstas no art. 91 do CP/1940.

12) Considerando o seu caráter sancionatório penal, deve obedecer aos direitos fundamentais inseridos no art. 5º da CF/1988, e os decorrentes do Pacto de Direitos Civis e Políticos, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

13) Como produto ou proveito do crime, nos termos da lei, além de exigir-se condenação por pena máxima prevista superior a 6 (seis) anos de reclusão, é necessária a demonstração cumulativa e vinculada de requisito com conteúdo fático próprio e específico, qual seja, a existência de aquisição ou manutenção de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos auferidos pelo condenado.

14) Não se admite a sua aplicação fundada em presunção quanto à ilicitude dos bens, os quais, para serem confiscados, devem ter específica demonstração de que são oriundos da conduta típica penal.

15) Exige-se a vinculação direta entre a incongruência dos bens e o fato típico imputado, fazendo-se com que a discrepância do patrimônio se integre com a conduta delituosa descrita na peça acusatória, sob pena de o acusado sofrer sanção penal de perda de bens sem o respectivo processo e conseqüente condenação, o que viola a presunção de inocência.

16) A incompatibilidade patrimonial deve integrar a imputação, de forma vinculada, aderindo ao objeto do processo, conferindo-se a oportunidade ao acusado de exercer o contraditório e a efetiva ampla defesa, corolários do devido processo legal, alcançando-se, ainda, a indispensável correlação entre a acusação e a sentença que, ao final, irá decidir sobre o pedido de perda dos bens (art. 91-A do CP/1940).

17) Não há na legislação brasileira tipo penal de enriquecimento ilícito ou sem causa, o que torna a sanção penal decorrente da perda alargada, em caso de imposição desvinculada do fato típico narrado na denúncia, violadora da garantia à reserva legal.

18) A incompatibilidade patrimonial que caracteriza a perda alargada deve integrar o objeto do processo para que os fatos dela decorrentes alcancem o trânsito em julgado material, evitando-se, assim, novas imputações decorrentes dos mesmos fatos, em observância à garantia do *ne bis in idem*.

19) A incompatibilidade patrimonial que gera a perda alargada possui características que se amoldam aos crimes de *lifestyle*, nos quais o acúmulo de riquezas decorre de um modo de vida voltado para o crime, notadamente, em casos envolvendo a criminalidade organizada. No ordenamento jurídico brasileiro, foi introduzida por inspiração da legislação portuguesa, por sua vez, fortemente vinculada à Diretiva n. 2014/42/EU do Parlamento Europeu, cujo conteúdo recomenda a adoção de medidas de perda de bens ampliadas, visando maior eficácia no combate à criminalidade, sobretudo, a praticada por intermédio de organizações criminosas. Por esses motivos, a aplicação do instituto deve ficar restrita aos casos de maior gravidade, quando verificada a conduta profissional, habitual, reiterada ou praticada por organização criminosa, visando à busca da proporcionalidade e à obediência aos demais princípios constitucionais citados.

20) O crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) possui maior gravidade quando comparado a diversos crimes previstos no rol de delitos abrangidos pelo art. 91-A do CP/1940. É, por isso, inafiançável e insuscetível de graça (art. 5º, XLIII, da CF/1988).

21) O art. 91-A do CP/1940 tem tratamento mais gravoso que aquele dispensado pelo art. 63-F da Lei n. 11.343/06, em razão do primeiro não conter a exigência do requisito, para a sua aplicação, da prova da conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação com organização criminosa. Este tratamento mais rigoroso torna o art. 91-A do CP/1940 inconstitucional por ferir a isonomia prevista na CF/1988, em relação à semelhante previsão aplicada aos crimes da Lei de Drogas.

22) A perda alargada deve ser aplicada somente em casos mais graves, obedecendo ao critério de proporcionalidade pela gravidade do delito correspondente. Com isso, a previsão do art. 91-A do CP/1940, por ter aplicação geral e irrestrita a todos os delitos com pena máxima superior a 6 anos de reclusão, possibilita alcançar delitos praticados de maneira pontual ou isolada, e condutas com pouca – ou inexistente – repercussão financeira, o que torna o dispositivo inconstitucional, por ferir a proporcionalidade.

23) A inconstitucionalidade do art. 91-A do CP/1940 poderá ser reconhecida por controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, mediante provocação do STF. Já foi proposta a ADIN 6304, no STF, embora com fundamentos diversos desta tese, para ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ARENDDT, Hannah. **O que é a política?** Fragmentos das obras póstumas compilados por Úrsula Ludz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.
- BARIN, Érico Fernando. A perda ampliada no Brasil. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020-dez. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2021.
- BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida**. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Lisboa, Portugal: Edição 70, LDA, 2021.
- BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.341/2019 (Pacote Anticrime)**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.855/2019 (n. anterior: PL n. 4.850/2016)**. Iniciativa Popular. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208060>
4. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 10.372/2018**. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Autor: José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG), Wladimir Costa (SD/PA) e outros. 06/06/2018. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466-343-1 SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05-06-2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 43 DF 4000886-80.2016.1.00.0000, Rel. Marco Aurélio, j. 07-11-2019, Tribunal Pleno, Public. 12-11-2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 72.131 RJ, Rel. Marco Aurélio, j. 23-11-1995, Tribunal Pleno, Public. 01-08-2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 466.343 SP, Rel. Cezar Peluso, j. 03-12-2008, Tribunal Pleno, Public. 05-06-2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 193.726, Rel. Edson Fachin, 23-06- 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, HC 157.627, Rel. Edson Fachin, 17-03- 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6305-DF. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Tribunal Regional da 1ª Região**. Apelação Criminal n. 1031557-07.2020.4.01.3400, Rel. Des. Ney Bello, s/d.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORDERO, Isidoro Blanco. El decomiso en el Código Penal y la transposición de la directiva 2014/42/EU sobre embargo y decomiso em la Unión Europea. *In*: TEIXEIRA, Adriano. **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

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

CORREA JUNIOR, Alceu. Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. **Revista do IBCCrim**, São Paulo, 2006.

CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. Perda ampliada de bens e o devido processo legal. **Cadernos de Direito Actual** n. 18. Num. Ordinário 2022, p. 180-205.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009. Edição especial 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173857>. Acesso em: 16 out. 2023.

CUNHA, José Manoel Damião. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º a 12, da Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira.) *In*: VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DANTAS, Bárbara; RIBEIRO, Luiz Claudio M. Devassa – origens e significados históricos. **Revista do Arquivo Público do Estado do Espírito Santo**, ano 6, n. 11, jan.-jun. 2022, Vitória/ES: Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/revapees/article/view/40752>. Acesso em: 31 ago. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: RT, 2020.

DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. **2º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal português**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O combate aos lucros do crime** – o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n. 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal). Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto Escola de Direito, Porto 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Dissertação.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/publico/TESE_INTEGRAL_TIAGO_CINTRA_ESSADO.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal português** – parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Daniel Vieira. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 1º e 7º a 12º). *In*: ALMEIDA, Sebastião *et al.* **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **TPI: Normas Internacionais Centrífugas (Supraconstitucionais?)**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 21 ago. 2009. Acesso em: 09 out. 2023.

GORDILLO, Agustín; GORDO, Guillermo; LOIANO, Adelina; ROSSI, Alejandro. **Derechos humanos**: doctrina, casos y materiales: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JORGE, João Jaime Carneira. A perda alargada e sua (in) constitucionalidade. **Galileu** – Revista de Direito e Economia, v. XXII, Lisboa, 2022.

LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e o processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEITE, Mauricio Silva; BRAGA, Matheus Andrade. Perda alargada – ônus da prova e presunção de inocência. **Jornal Jurid**, 2023. Disponível em: www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/perda-alargada-onus-da-prova-e-presuncao-de-inocencia. Acesso em: 27 ago. 2023.

LINHARES, Sólton Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 5, n. 2, 2019.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais** – esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa e Roberto Dutra Torres Junior. São Paulo: Vozes, 2016.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 184, p. 29-45, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194945>. Acesso em: 10 out. 2023.

MADEIRA, Guilherme Dezem. **Curso de processo penal**. São Paulo: RT, 2015.

MAIER, Julio Bustos Juan. **Derecho procesal penal**: fundamentos. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. 2. ed. Campinas/SP: Millenium, 2000.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: RT, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado. **Julgare Online**. fev. 2017. Disponível em: <https://julgar.pt>. Acesso em: 31 ago. 2023.

PAULINO, Galtienio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, jul.-dez. 2017.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

PORTUGAL. **Recurso Penal**, processo 2808/13.8TAVNG-E. P1, número convencional JTRP000, Relatora Elsa Paixão, Tribunal da Relação do Porto, 11-04-2019.

PORTUGAL. **Acórdãos 101/2015 e 392/2015 do Tribunal Constitucional Português**. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 16 out. 2023.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez; COSTA, Victor Cesar Rodrigues da. Confisco alargado. A ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/19 (“Lei Anticrime”). *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faire, 2008.

SILVA, Tatiana Fonseca da. O julgamento de Nuremberg e sua relação com os direitos fundamentais e com o direito internacional: uma análise necessária. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**, ano 2014, ed. 13, maio 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal – parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.

TEIXEIRA, Adriano. **A perda das vantagens do crime no direito penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em apuração. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado. Aportes de direito comparado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Coletânea de artigos. v. 7, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 27 ago. 2023.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**. Salvador: JusPodivm, 2019.

VIGANÓ, Francesco. Reflexões sobre o estatuto constitucional e convencional do confisco “de prevenção” no ordenamento italiano. *In*: TEIXEIRA, Adriano (org.). **Perda das vantagens do crime no direito penal**. Confisco alargado e confisco sem condenação. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

ZANIOLO, Guido Timoteo da Costa. **Direitos materialmente fundamentais, tratados internacionais de direitos humanos e controle jurisdicional de convencionalidade das leis no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6531>. Acesso em: 10 out. 2023.

ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* Eis a questão. *In*: ZILLI, Marcos; MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta (org.). **Processo penal humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS (Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e
recensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação
periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e
documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos –
Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa –
Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das
seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos
– Apresentação