

Perda ampliada de bens e o Devido Processo legal *Expanded confiscation and the Due Process of Law*

Marcelo Carita Correra¹

Gabriela de Castro Ianni²

Claudio José Langroiva Pereira³

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução – 2. A propriedade privada como direito natural - 2.1. Limites do direito à propriedade privada – 3. As vantagens do crime. 3.1. A perda alargada de bens (confisco ampliado) no direito comparado – 4 Princípios instrumentalizadores de um devido processo legal penal- 4.1. A presunção de inocência. 4.2. O direito ao silêncio. 4.3. Da tipicidade e do devido processo legal. 4.4. A corte europeia de direitos humanos e a presunção de inocência. 4.5. O modelo colombiano. 4.6. A insurgência no cenário brasileiro. 4.7. Tomada de posição – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo, produzido com base no método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, busca analisar uma relevante modificação legislativa, introduzida pelo chamado “pacote anticrime” (Lei Federal nº 13.964/2019). Trata-se do instituto da perda ampliada de bens previsto no artigo 91-A, do Código Penal Brasileiro, que, em breve síntese, presume como ilícito o patrimônio não compatível com os rendimentos de origem lícita do condenado. A modificação legislativa sintetiza a contraposição entre um direito penal liberal, de cunho predominantemente garantista, em face de um direito penal contemporâneo que, em nome da efetividade das normas e da necessidade de equacionar as demandas de uma sociedade de riscos, busca reduzir o âmbito de garantias individuais. A perda ampliada de bens, nos moldes delineados na legislação pátria (com fundamento em presunção de origem ilícita) não observa os requisitos acima expostos e, dessa forma, não pode permanecer no ordenamento jurídico. Por fim, é possível vislumbrar inspiração na legislação da França e da Colômbia, como forma de compatibilizar a perda de bens decorrentes de atividades criminosas com os princípios constitucionais do processo penal.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Propriedade Privada. Poder Estatal. Confisco. Perda alargada.

Abstract: This article, produced by the logical-deductive method and based on a bibliographic review by national and foreign authors, as well as on decisions by Brazilians and foreign courts, proposes to analyze a relevant legislative change,

¹ Doutorando em Direito Processual Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Especialista em Perícias Criminais pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Advogada Criminal.

³ Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”. Advogado criminal.

introduced by the so-called "anti-crime package" (Law Federal No. 13.964 / 2019). It is the institute of the extended confiscation of the advantages of criminal activity foreseen in article 91-A, of the Brazilian Penal Code, which assumes as illicit the patrimony that is not compatible with lawful income. The legislative modification synthesizes the contrast between a liberal criminal law in the face of a contemporary criminal law that, in the name of the effectiveness of the rules and the need to balance the demands of a risk society, seeks to reduce the scope of basic rights. The new institute does not meet the requirements set out above and, therefore, cannot remain in the national legal system. Finally, it is possible to create a new law in the same as France and Colombia did.

Keywords: Criminal Procedural Law. Private property. State Power. Confiscation. Extended loss.

1. Introdução

O tema desenvolvido no presente artigo, produzido com base no método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, refere-se ao instituto da perda ampliada de bens, que foi introduzido pelo chamado "pacote anticrime" (Lei Federal n.º 13.964/2019⁴), previsto no artigo 91-A, do Código Penal Brasileiro. O referido dispositivo legal, em apertada síntese, presume como ilícito o patrimônio não compatível com os rendimentos de origem lícita do agente, isto é, com os rendimentos oficialmente declarados às autoridades fiscais.

Cabe destacar que a perda ampliada de bens implica a realização de um balanço para verificar o patrimônio conhecido do agente e, mediante um encontro de contas com os rendimentos lícitos, apurar se há excedentes. Esse excedente é, de forma presumida, tido como produto e fruto de atividade criminosa e, dessa forma, sujeito a perda em favor do Estado.

O ponto fulcral do presente estudo é determinar se essa mudança legislativa, mesmo que motivada pela necessidade de combate à moderna criminalidade e pela necessidade de garantir a efetividade da norma penal, encontra respaldo no texto magno. Ou seja, é preciso verificar se a perda ampliada de bens se mostra em coadunância com o direito natural à propriedade, com a presunção de inocência e com o direito ao silêncio, todos protegidos de forma ímpar pelo constituinte brasileiro de 1988.

A norma legal em comento afeta, diretamente, o direito à propriedade privada. Permite que o Estado desconstitua o direito à propriedade de bens em função de atividade criminosa. Baseia-se na ideia defendida pelo *Law and economics* (interpretação econômica do direito) de que o agente do crime realiza verdadeira análise de custos e benefícios antes da prática do fato típico. Logo, a maneira mais eficaz de prevenção é estabelecer punição que retire qualquer vantagem do crime, especialmente as vantagens de natureza econômica.

É preciso ponderar que, embora a motivação da reforma legislativa encontre respaldo no ordenamento jurídico (proteger a sociedade mediante o aumento da eficácia das normas de direito penal), bem como adote premissa com respaldo em ensinamento científico relevante (interpretação econômica do direito), o fato é que essas modificações precisam da harmonização entre o ordenamento jurídico e os direitos e garantias fundamentais. Nesse ponto surge o primeiro questionamento: qual a possibilidade e os limites da redução da esfera da propriedade privada? Isto é, como compatibilizar essa redução com os princípios fundamentais do direito?

⁴BRASIL. *Lei 13.964/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17 jan. 2021.

Para desenvolvimento do tema, o primeiro instituto analisado é o direito à propriedade privada. Foi preciso definir a natureza jurídica desse direito e, sobretudo, sua função na limitação do poder estatal.

Foi possível fixar a premissa de que a propriedade privada é, ao fim e ao cabo, uma espécie de liberdade individual e limite objetivo do poder estatal. Contudo, o fato de ser constatado como direito natural não implica a conclusão de que se trata de direito absoluto. A redução do âmbito de incidência do direito à propriedade privada é possível, desde que seja feita de forma a permitir o convívio harmônico entre os diversos institutos jurídicos de mesma hierarquia.

Ato contínuo, foi realizado o estudo do direito comparado, especialmente dos países de direito continental, de forma a verificar como a legislação estrangeira regulamenta a perda ampliada de bens. Esse estudo é relevante, pois fornece elementos e precedentes essenciais para construir instrumental capaz de analisar a compatibilidade desse novo instituto jurídico com o ordenamento pátrio.

A parte final do artigo é dedicada ao cotejo do resultado da análise da perda ampliada de bens com os princípios constitucionais de direito processual penal e com a sistemática jurídica necessária para garantir a desconstituição do direito fundamental à propriedade privada.

Foi possível concluir que o artigo 91-A do Código Penal Brasileiro, especialmente pelo fato de adotar verdadeira presunção da origem ilícita do excedente patrimonial, não observa os princípios constitucionais da presunção de inocência e direito ao silêncio. Em síntese, não observa o devido processo legal (*due process of law*), sendo certo que a possibilidade do réu provar a origem lícita dos bens não afasta a ilegalidade apontada, na medida em não se pode aplicar presunções para reduzir direito fundamental (propriedade privada).

Por fim, há indicação de que os regimes adotados pela França⁵ e pela Colômbia⁶ para adequar a impossibilidade de manutenção de bens decorrentes de atividades criminosas são modelos mais adequados a um Estado Democrático de Direito, bem como respeitam o devido processo legal (*due process of law*) e deveriam servir de inspiração ao legislador pátrio para modificação da atual normativa.

2. A propriedade privada como Direito Natural

Antes de tratarmos da perda das vantagens do crime, é preciso tratar do direito à propriedade privada, sobretudo dos limites que o referido instituto jurídico impõe ao poder estatal. Afinal, um dos pilares de sustentação do Estado Liberal, inaugurado com a Revolução Francesa⁷, é a limitação do poder estatal em face dos direitos e bens dos cidadãos⁸.

Alessandra Barbosa⁹ trata sobre as origens do instituto pontuando que, desde a Grécia antiga, é admitida a propriedade privada, que se consolida ao final do século VII A.C. É na época de Justiniano que os vários aspectos da propriedade são concentrados *no ius utendi et abutendi re sua*, sendo que, no feudalismo que marca a Idade Média, sobrevém sua fragmentação, quando o titular do domínio direto cedia-lhe a um vassalo, que poderia explorá-lo como melhor lhe conviesse,

⁵FRANÇA. *Code Pénal*. Article 321-6, Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719, Acesso em 16 out. 2020.

⁶COLÔMBIA. *Lei 1708/2014*, Extinción de domínio, Disponível em <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#218>, Acesso em 16 out 2020.

⁷TOCQUEVILLE, A. de. *O Antigo Regime e a Revolução*, 2 ed. Tradução: Rosemary Costhek Abílio, Martins Fontes, São Paulo, 2016. P. 45.

⁸CUNHA JR., D. da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. JusPodivm, Salvador, 2013. P. 31/32.

⁹BARBOSA, A. "A propriedade em Locke". *Jus Navegandi*, n. 869, 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7601>>, Acesso em: 28 out. 2016. Passim.

em troca de uma contraprestação determinada. Antes de valor econômico, a propriedade era sinônimo de poder.

Neste sentido vale invocar o pensamento de Jean Bodin¹⁰, para quem a propriedade existe como direito natural do ser humano, nem mesmo aceitando que o Soberano, Imperador, Príncipe ou mesmo Papa, ou quem quer que exerça o poder absoluto, possa atentar legalmente contra o direito de propriedade, já que todos estão sujeitos às leis naturais e divinas. Que, nestas hipóteses, deveriam socorrer-se da força, das armas, já que contra este direito natural nada podem. Fustel de Coulanges¹¹ afirma que a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião:

Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião.

Conforme os ensinamentos acima transcritos, é possível afirmar que a propriedade privada é um direito que nasce concomitante ao surgimento do ser humano. É um direito natural que não pode ser segregado do rol mínimo de direitos inerentes à vida humana. John Locke¹² afirma que o resultado do trabalho produzido pelo homem cabe somente a ele, com exclusão de todos os demais:

Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade.

A Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 12 de junho de 1776, determina: "o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança"¹³.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao declarar os direitos naturais e imprescritíveis, estabelece: "esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão"¹⁴. Friedrich Hayek¹⁵ afirma:

O reconhecimento da propriedade é claramente o primeiro passo na delimitação da esfera privada, que nos protege

¹⁰BODIN, J. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel, Ícone Editora Ltda, São Paulo, 2011. P. 195 e seguintes.

¹¹FUSTEL DE COULANGES, N. D. *A Cidade Antiga*, Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, EDAMERIS, São Paulo, 1961. Posição 4521.

¹²LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil - Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*, 1ª Ed, Vozes, Petrópolis, 1994. P. 98.

¹³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 21 mar. 2017.

¹⁴FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, 26 de agosto de 1789, Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> >, Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁵HAYEK, F. *The Constitution of Liberty*, 1ª Ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1960. P. 140.

contra a coerção. [...] Nossa geração tem esquecido que o sistema de propriedade privada é a garantia mais importante de liberdade, não só para aqueles que possuem bens, mas também, para aqueles que não possuem (tradução nossa)¹⁶.

2.1. Limites do direito à propriedade privada

O direito à propriedade privada é um direito natural que não pode ser objeto de invasão pelo Estado ou por terceiros. Contudo, essa conclusão não significa que se trata de um direito absoluto. Somente podem ser reputadas como válidas as restrições a direitos fundamentais que passarem no teste da proporcionalidade¹⁷. Friedrich Muller¹⁸ afirma que nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada.

Portanto, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, a propriedade privada somente pode ser desconstituída em duas hipóteses: (i) para garantia do bem comum, sempre preservado o direito à compensação financeira e o princípio da proporcionalidade na ponderação dos direitos em conflito (conforme definido pela Suprema Corte Norte Americana no caso *Susette Kelo*¹⁹) e (ii) diante de vício na obtenção do direito à propriedade.

A rigor, essa última hipótese não se trata de limitar o direito à propriedade, mas sim de restaurar o justo equilíbrio do direito, na medida em que a aquisição da propriedade não se deu de forma legítima (princípio da vedação ao enriquecimento ilícito).

É preciso reconhecer que, por meio do instituto do confisco e da perda de bens, a intervenção estatal se dá com 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 respeitar ao devido processo legal (*due process of law*), sendo vedada qualquer forma de presunção.

A Constituição Brasileira de 1988 determina a desconstituição da propriedade privada, com exceção das hipóteses de não cumprimento da função social, nas seguintes situações: (i) expropriação de propriedades destinadas ao cultivo de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo – artigo 243, com redação da Emenda 81 de 2014, (ii) desapropriação por necessidade ou utilidade pública (artigo 5º, XXIV) e (iii) pena de perda de bens (artigo 5º, XLV e XLVI).

Além dessas hipóteses, a Constituição Brasileira permite, por interpretação sistemática, a desconstituição da propriedade quando sua aquisição não correspondeu ao direito, como na hipótese dos bens resultantes direta ou indiretamente da atividade criminosa. Essa conclusão se fundamenta até mesmo pelo princípio que impede o enriquecimento ilícito e a aquisição ilegítima de bens. Afinal, como afirma Frederico Marques²⁰, “o confisco, em tese, qualifica uma punição. É a *sanctio juris* provinda do enriquecimento ilícito”.

¹⁶The recognition of property is clearly the first step in delimiting the private sphere, which protects us against coercion ... Our generation has forgotten that the private property system is the most important guarantee of freedom, not only for those who possess goods, but also for those who do not have.

¹⁷SILVA, V. A. da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2014. P. 97.

¹⁸MULLER, F. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechts-dogmati*, 1ª Ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1969. P. 41.

¹⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States of America, Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005).

²⁰MARQUES, J. F. “Confisco de Bens por Enriquecimento Ilícito”, *Revista de Direito Público*, Ano III, vol 9, Rio de Janeiro, 1969. P. 98.

Estabelecida a possibilidade do Estado afetar a propriedade privada decorrente de atividade criminosa, cabe analisar os limites e procedimentos necessários para essa intervenção estatal.

É importante destacar que, na análise desenvolvida, o presente artigo não adotou o termo confisco ou confisco ampliado de bens para tratar do instituto jurídico veiculado pelo artigo 91-A do Código Penal Brasileiro. O termo a ser utilizado é a perda alargada de bens. Essa nomenclatura é importante, na medida que adotamos a premissa de que o confisco, em regra, é vedado pela Constituição Federal Brasileira, exceto nas limitadas hipóteses de seu artigo 243. Assim, com exceção das hipóteses expressamente determinadas, não há que se falar em qualquer possibilidade de confisco.

A Corte Constitucional brasileira enfrentou o tema concernente ao direito de propriedade de forma detalhada nos autos do Recurso Extraordinário 638491/PR²¹, ao afirmar que a evolução da interpretação do texto constitucional demanda o reconhecimento do conceito de neoconstitucionalismo, que: “[...] é um fenômeno de inegável importância, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua centralidade como núcleo axiológico conformador de toda a ordem jurídica, cujos valores, princípios e regras irradiam-se por todos os recantos da teia normativa”.

Nesse sentido, pode a Constituição Federal não apenas enunciar um determinado direito, mas também fazer incidir sobre ele uma norma que diminua o seu alcance inicial. Assim, na missão de dar a vida aos preceitos constitucionais, o próprio constituinte “pode estabelecer normatizações com definição de conteúdo suficientemente aferível a nível da Constituição e outras que necessitam de mediação do legislador para dar-lhes um conteúdo determinado²²”.

Sobre a perda ampliada de bens no direito comparado, que repercutiu fortemente no âmbito interno, destaca o mesmo precedente²³, que um de seus objetivos (inobstante os fins preventivos de obstar o investimento de ilícitos na prática de novos crimes) é “reduzir os riscos da concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas atividades empresariais²⁴”.

Em outras palavras, a presunção da origem ilícita do patrimônio e a consequente decretação de perda de bens constituem nítidos limites ao direito natural à propriedade, sendo de rigor analisar se estas limitações constituem uma legítima redução do âmbito do direito à propriedade privada.

3. As vantagens do crime

O legislador brasileiro, em alinhamento com as propostas do *Law and Economics* fixadas por Richard A. Posner²⁵ e Gary S. Becker²⁶, estabeleceu que a legislação pátria, como forma de prevenir a prática de ilícitos, deve determinar providências que retirem qualquer vantagem direta ou indireta da prática dos crimes. As sanções decorrentes da prática de crimes, especialmente dos delitos econômicos e patrimoniais, devem implicar um saldo negativo ao criminoso, de forma a desestimular a prática de atos ilícitos.

²¹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²²BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²³BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²⁴SIMÕES, E. D.; TRINDADE, J. L. F. “Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*, virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves”, *Revista Julgar on line*, 2009. Disponível em: www.julgar.pt. Acesso em 11 out. 2020. Passim.

²⁵POSNER, R. A. *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983. Passim.

²⁶BECKER, G. S. “Crime and Punishment: An Economic Approach”, IN: BECKER, G. S.; LANDES, W. M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, Chicago, 1974, P. 1-54. Passim.

Luigi Ferrajoli²⁷ afirma que:

a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um tributo, e não cumpriria nenhuma função dissuasória. Desde este ponto de vista, pode-se dizer que o elemento da medida está compreendido na definição da pena, dado que abaixo de um limite mínimo a pena transforma-se em tributo. É bom assinalar que esta argumentação vale principalmente para as penas pecuniárias: não só pela sua homogeneidade com os tributos, também consistentes em somas de dinheiro, senão igualmente pela relativa facilidade de valorar seu custo e por conseguinte a eventual insuficiência em relação ao proveito obtido com o delito.

No mesmo sentido destas premissas, o legislador ordinário modificou o Código Penal brasileiro²⁸ para ampliar as medidas destinadas a impedir a apropriação dos frutos diretos ou indiretos do crime, nos seguintes termos:

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.

[...]

É possível concluir que a perda de produto ou provento do crime de forma ampliada demanda: (i) condenação por infração penal com pena máxima superior a 6 (seis anos) e (ii) apuração da diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com seu rendimento lícito.

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 a ilicitude do excedente. A norma faculta ao condenado desconstituir a perda ampliada, mediante a prova da origem lícita dos bens.

A primeira resposta que se impõe, diante do cotejo do texto legal com o disposto na Constituição Federal brasileira, é a necessidade de limitação temporal do balanço patrimonial. Não se pode admitir, ao contrário da literalidade da norma penal, que todo e qualquer patrimônio do condenado seja objeto de análise. É preciso realizar um corte temporal a partir da data da prática do crime que gerou a condenação. Esse é o termo inicial do balanço patrimonial, sob pena de atingir valores que, obviamente, não tem relação com o fato típico e não foram objeto de discussão no processo.

²⁷FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. P. 367/368.

²⁸BRASIL. *Código Penal*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em 22 out. 2020.

Note-se que essa conclusão não encontra correspondência, por exemplo, com o disposto no *Artículo 127 sexies* do Código Penal Espanhol²⁹, que, na hipótese de confisco de bens originados de atividade prévia do condenado (*Artículo 127 quinquies*), elege como marco temporal o início do processo penal (e não a data da prática do crime). Em alguns casos a norma permite presumir, ainda, que todos os bens adquiridos nos seis anos anteriores ao início do processo decorrem da atividade ilícita (*Artículo 127 quinquies, 2, "a"*).

A posição do Código Penal Espanhol, se fosse adotada por via interpretativa em nosso país, se tornaria ainda mais problemática, na medida em que, no Brasil, a perda alargada de bens é um efeito da condenação. Vale dizer, demanda uma condenação penal e, assim, é efeito penal e não medida de natureza cível ou administrativa para desconstituir propriedade que, apesar de formalmente regular, não teria sido adquirida de forma legítima.

No Brasil, o destino da perda ampliada está umbilicalmente ligado ao mérito da ação penal. Dessa forma, admitir sua incidência sobre o patrimônio adquirido antes da prática do tipo penal que engendrou a condenação, com base exclusivamente na presunção de ilicitude da origem do patrimônio de uma pessoa relacionada a um processo penal implica violação à tipicidade e ao devido processo legal.

Afinal, a conjugação da tipicidade e do devido processo legal permite afirmar que, para a aplicação do preceito secundário, imperativo o perfeito enquadramento da conduta a um fato previamente descrito na norma penal.

Importante destacar que estas premissas afetam somente a denominada perda alargada de bens, na medida em que possui como pressuposto a presunção de ilicitude da aquisição do bem; não se refere à multa e à pena de perda de bens, já que estes institutos têm natureza de sanção penal e, dessa forma, podem afetar o patrimônio pretérito do agente (anterior ao crime objeto da condenação).

Assim, a perda ampliada, apesar de decorrente de condenação penal, não tem natureza de sanção penal autônoma, mas é efeito secundário ou acessório da condenação. Vale dizer, o que fundamenta a perda alargada não é a natureza de sanção penal (inexistente no caso), mas sim o vício na aquisição.

Essa diferença é de fundamental importância para que, diferentemente das normas que possuem característica de sanção penal, o princípio da irretroatividade da norma penal seja invocado no caso em comento, impossibilitando o acesso ao patrimônio adquirido em data anterior à prática do ilícito.

3.1. A perda alargada de bens (confisco ampliado) no direito comparado

Antes de alcançarmos a questão central objeto do presente estudo, é importante destacar que a inovação do Código Penal brasileiro, que determinou a perda alargada das vantagens decorrentes de atividade criminosa, não é inédita no ordenamento internacional.

No que tange aos países de direito continental ou codificado, sistema que o Brasil acolheu, cabe destacar a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia 2014/42/EU³⁰ que, em seu artigo 5º, estabeleceu o conceito de perda alargada, tendo como premissa a desproporção entre o valor dos bens em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada.

²⁹ESPAÑA. *Código Penal*, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 06 out. 2020.

³⁰UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/42/EU*, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>. Acesso em 04 out. 2020.

A legislação especial de Portugal, antes da promulgação da Diretiva acima exposta, já adotava o conceito de perda alargada no artigo 7º da Lei 05/2002 (medidas de combate ao crime organizado)³¹.

A constitucionalidade do referido dispositivo foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional de Portugal em, ao menos, duas oportunidades³², tendo sido afastados os argumentos relativos à violação do devido processo legal e da presunção de inocência. Outro país de tradição continental que merece menção é a Espanha.

A legislação da Espanha é explícita ao admitir a desproporção entre patrimônio constatado e renda lícita comprovada (balanço patrimonial) do condenado como elemento hábil para, presumindo a origem ilícita, determinar a perda dos valores excedentes.

A Itália, em seu Código Antimáfia (Decreto Legislativo 159 de 2011, com modificações da Lei 17 de 2017³³), no artigo 24, também acolhe a perda ampliada de bens com fundamento na ausência de prova da origem lícita dos bens e na desproporção em entre o valor dos bens apurados e os rendimentos lícitos do condenado.

Diante desta constatação do direito comparado de alguns países de direito continental, verifica-se um movimento cada vez maior na busca de implementar o conceito de *Law and Economics* e, especialmente no caso da Itália, combater as formas de financiamento do crime organizado e de seu poder sobre os mais diversos setores da economia formal.

Esse movimento, apesar de coadunado com as necessidades de uma sociedade que Ulrich Beck³⁴ passou a denominar de "sociedade de risco", não pode ser feito de forma ilimitada. É preciso compatibilizar o direito penal moderno³⁵, fruto desta sociedade de riscos, com os princípios constitucionais de processo penal que, ao fim e ao cabo, buscam limitar o poder estatal em face do cidadão.

Não se afirma, como premissa, que a perda alargada de bens é incompatível com o regime democrático; o que se busca é adequar sua aplicação com os direitos e garantias fundamentais.

4. Princípios instrumentalizadores de um processo legal penal

Ponto crucial para a análise das possibilidades e dos contornos da perda ampliada de bens são os princípios da presunção de inocência e o direito ao silêncio, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). São balizas irrenunciáveis do processo penal no Estado Democrático de Direito.

As considerações sobre o conteúdo e a força dos princípios da presunção de inocência, do direito ao silêncio, aliados ao devido processo legal, se fazem importantes, na medida em que a perda ampliada de bens não pode ser compreendida separadamente dos axiomas individuais fundamentais. Ao invés disso, somente é admissível respeitada a pauta principiológica constitucional.

³¹PORTUGAL. *Lei* 08/2002. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em 05 out. 2020.

³²PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*, Ac. Tribunal Constitucional nº101/2015, in DR, II Série de 26-03-2015 e Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, in Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html> e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em 05 out. 2020.

³³ITÁLIA. Decreto Legislativo 159 de 2011. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;159>. Acesso em 06 out. 2020.

³⁴BECK, U. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, 1 ed. Trad. Sebastião Nascimento, Editora 34, São Paulo, 2010. P. 24.

³⁵CARVALHO, S. de. *Anti-manual de Criminologia*, 2ª ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 88.

A presunção de inocência, antes de tudo, é norte que impõe prova extrema de dúvidas para um apenamento, importando igual necessidade de elementos probatórios para um decreto de perdimento que, por força do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, desautoriza obrigar o acusado a realização da prova da origem patrimonial, de sorte a permitir desincumbir o Ministério Público do ônus probatório da origem ilícita. Neste sentido, é o posicionamento de Pedro Caetano³⁶.

Depreende-se, dos contornos alinhavados, que a presunção de inocência e o direito ao silêncio são *standards* probatórios à consecução da perda ampliada de bens, a ser perseguida sob o manto do devido processo legal (*due process of law*).

4.1. A presunção de inocência

Nos termos do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira, imperativa a existência de sentença transitada em julgado, para a desconstituição do estado natural de inocência do indivíduo. No Estado Democrático de Direito brasileiro, até a preclusão recursal, todos são considerados inocentes, por força do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do mesmo artigo 5º (assegurando, ainda, o contraditório e a ampla defesa -artigo 5º, inciso LV).

Sua origem remonta ao direito romano e foi positivada no Estado Moderno na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com íntimo liame à tutela da liberdade³⁷.

Com viés democrático, prevista em diversas ordens de caráter internacional, a presunção de inocência está legitimada, antes de tudo, pela premência da tutela dos direitos humanos exurgidas em reação aos abusos e arbitrariedades perpetrados por regimes totalitários³⁸.

Assim é a inspiração da tutela antevista em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana³⁹, bem como pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (garantia judicial elencada no artigo 8, nº 2), em 1969⁴⁰.

Antônio Magalhães Gomes Filho⁴¹ ressalta que a escolha do constituinte brasileiro de 1988, em assegurar a presunção de inocência no rol de direitos e garantias fundamentais, representa a opção por uma concepção democrática do processo penal e do sistema punitivo, cujos valores centrais são a dignidade e a liberdade.

Além de princípio informador do ordenamento jurídico, a presunção de inocência consubstancia-se em garantia através da qual se assegura, como meio à privação da liberdade ou de bens, a jurisdição permeada por um processo justo (devido processo legal).

³⁶CAEIRO, P. "Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em Especial, os Procedimentos de Confisco e a Criminalização do Enriquecimento "Ilícito)", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 100, v. 21, 2013. p. 454-501. P. 455.

³⁷BEZERRA, R. T. *Limite do Princípio da Presunção de Inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades*, Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. P. 50.

³⁸ZAFFARONI, R. E. *Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*, 1 ed, Trad. Rodrigo Murad do Prado, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019. Passim.

³⁹FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf. Acesso em 22 out. 2020.

⁴⁰ESTADOS UNIDOS. *Convenção Americana dos Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 17 out. 2020.

⁴¹GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 316.

Na seara criminal, a restrição da liberdade (o *status libertatis*) deve ser pautada em um processo equilibrado, no qual um decreto condenatório não será proferido sem prova da culpabilidade, do que decorre (i) incumbir o ônus da prova ao responsável pela imputação fática-delituosa (nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro) e (ii) a necessidade de prova indubitosa para a condenação, sob pena de violação do *in dubio pro reo* (artigo 386, VII, do Código de Processo Penal brasileiro). Assegura-se, ainda, o *nemo tenetur se ipsum accusare* (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal).

De forma similar, à luz da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, a presunção de inocência é tida como garantia inerente e indispensável aos Estados Democráticos de Direito, funcionando como eixo reitor que orienta o ordenamento e a atividade estatal, através da qual se assegura o indivíduo de ingerências e arbitrariedades, condicionando igualmente a privação, seja da liberdade, seja dos bens, ao devido processo legal. Dois conteúdos imanentes compõem a manifestação da presunção de inocência no sistema de proteção interamericano, a saber: (i) regra de tratamento e (ii) regra probatória, conferindo-se ao réu tratamento de inocente, não lhe atribuindo o ônus probatório (que compete à acusação), cujo insucesso deve ser resolvido em favor do réu⁴².

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 ao 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 da 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 inocente.

Assim, um dos aspectos de maior relevância do dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal é a condição de não culpado do cidadão, vedadas, como afirma Antônio Magalhaes Gomes Filho⁴³, quaisquer formas de tratamento que impliquem equiparação à situação oposta.

Neste diapasão, importante trazer à colação de relevante decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade⁴⁴.

No entanto, é inequívoco que o regime de perda patrimonial instituído pela Lei 13.964/2019, prescinde da demonstração da efetiva ilicitude patrimonial, demandando apenas a indução decorrente da incompatibilidade patrimonial.

Fazendo face às mazelas da sociedade de risco, em linhas gerais, a lei determinou que, quedando-se inerte o condenado na comprovação de que seu patrimônio não resultou de atividades criminosas, autorizada está a presunção de origem ilícita e o decreto de perda.

⁴²PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019. P. 200.

⁴³GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 328.

⁴⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, HC 95.290/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 01 mar. 2011.

Merece destaque, ainda, o fato de que não há exigência de conexão entre o patrimônio a ser declarado perdido e a atividade ilícita gênese da condenação. Neste momento, impende obtemperar que a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) veda a privação patrimonial, sem o devido processo legal.

É essa a conexão entre a presunção de inocência e o devido processo legal. Quem pretende inverter o natural estado de inocência e de presunção de licitude da origem dos bens deve realizar prova do vício na aquisição (ilicitude), sob pena de condenações e perda de bens com fundamento em simples afirmações. Não é possível entender como respeitada a presunção de inocência, somente porque se confere ao acusado a possibilidade de combater a presunção de ilicitude.

A possibilidade de impugnar a presunção de ilicitude dos bens, nas hipóteses de confisco, nos termos do artigo 91-A, do Código Penal, não afasta a inversão do ônus probatório que se entrevê na perda alargada de bens, bem como não deixa de relativizar a garantia que deve ser reconhecida, conforme destaca Ricardo Alves Bento⁴⁵, como um dos princípios cardeais do exercício da pretensão punitiva contemporânea.

O processo penal orientado pela presunção de inocência deve buscar a verificação dos fatos imputados e não a inversão do ônus da prova e menos ainda dedicar-se à investigação sobre as alegações do acusado, decorrentes desta inversão. É certo que o processo penal se orienta pela verificação da imputação.

A relativização da garantia na previsão do artigo 91-A do Código Penal brasileiro, por seu turno, se torna manifesta quando afronta a condição de que, inobstante a tutela constitucional específica do silêncio do acusado, deve-se ter em relevo que, mesmo nas hipóteses em que o acusado não carrega prova alguma ao processo se, igualmente, deixar de fazê-lo a acusação, a inocência prevalece. Decorrencia lógica da presunção *iuris tantum* de inocência, com o que o ônus probatório recai totalmente sob a acusação, pois as presunções dispensam o encargo probatório de seus detentores⁴⁶.

Sopese-se que, por força do princípio do *in dubio pro reo*, a leitura constitucional que se impõe é de que, remanescendo dúvidas acerca da culpabilidade do acusado, a valoração deve ser em seu favor, sendo que, na visão de Luigi Ferrajoli⁴⁷, o princípio é equivalente a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, desautorizando o édito condenatório enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas.

Aqui é que se diz descompassado, da perda alargada, o *in dubio pro reo*, na medida em que a previsão legal do artigo 91-A do Código Penal autoriza o perdimento mesmo quando passíveis a licitude, desde que não tenha o acusado comprovado a origem lícita de seu patrimônio.

Sublinhe-se, ainda, vedadas as condenações por presunções na ordem democrática vigente, precisamente em decorrência da presunção de inocência, a prova no processo criminal deve ser clara, positiva, insuficientes a alta probabilidade ou a suspeita⁴⁸.

Consigna-se que Tribunal Constitucional português, nos autos do Acórdão n.º 476/2015⁴⁹, analisou a inversão do ônus da prova suscitada, o que importaria

⁴⁵BENTO, R. A. "O dogma constitucional da presunção de inocência". IN: SILVA, M. A. M. (coord.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 584.

⁴⁶GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 328.

⁴⁷FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. P. 121.

⁴⁸BRASIL, *Supremo Tribunal Federal, HC 88.875/AM*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.

⁴⁹NUNES, D. A. R. "Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional", *Julgar online*, fevereiro de 2017. P. 07.

em violação à presunção de inocência esculpida pelo artigo 32 da Constituição de Portugal⁵⁰.

O referido tribunal julgou constitucional o confisco alargado, bem como a não excessividade de se atribuir ao acusado o ônus de demonstração da licitude patrimonial, na medida em que a elisão da presunção realizar-se-ia através da demonstração de fatos que são do seu conhecimento pessoal, encontrando-se em melhores condições para investigar, explicar e p a concreta proveniência de seu patrimônio.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Zegarra Marín vs. Peru⁵¹, reputou como indevida inversão do ônus da prova e declarou violado o artigo 8.2 do seu Estatuto, por reconhecer que uma decisão penal interna se baseou na inexistência de provas contrárias à chamada dos corréus e na falta de elementos probatórios contundentes à demonstração da inocência em relação aos ilícitos imputados.

Diante do exposto, resta indispensável registrar que a atividade punitiva no Estado Democrático de Direito deve sempre estar atenta para não assumir respostas medievais e irracionais no combate à criminalidade, afastando a vocação protetiva do processo penal⁵².

4.2. O direito ao silêncio

Também chamado de vedação a autoincriminação, o direito ao silêncio está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Constitucional brasileira, como consagração da proibição do acusado ser obrigado a depor contra si mesmo⁵³.

Antônio Magalhães Gomes Filho⁵⁴ adverte que o silêncio não é a única dimensão da garantia em apreço, que tutela igualmente a não exigência, por parte do acusado, de cooperação para a obtenção de provas incriminadoras, v.g., fornecimento de material genético e a participação em reproduções simuladas. Emanação direta do direito ao silêncio é, também, o direito do acusado de não confessar e até mesmo de não falar a verdade, desde que não impute a terceiro falsamente uma infração penal.

A isto acrescenta-se que o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) proíbe que o silêncio do acusado seja interpretado em seu desfavor, como indício ou prova de responsabilidade penal. Neste sentido, o disposto no artigo 186, parágrafo único, o Código de Processo Penal brasileiro, ao prever expressamente que o silêncio no interrogatório não importará confissão, bem como não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O interrogatório configura meio de defesa (autodefesa) e não meio de prova na perspectiva processual penal constitucional. A condição de sujeito processual liberta o acusado de sua pretérita posição, própria do sistema inquisitivo, de objeto da investigação, cujo corpo se inseria em um cerimonial judiciário que deveria trazer à luz a verdade do crime⁵⁵.

⁵⁰PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 476/2015, Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202101132011/73938551/diploma/indice>. Acesso em 13 jan. 2021.

⁵¹ESTADOS UNIDOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em 16 out. 2020.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 13 ago. 1996.

⁵³CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018. P. 489.

⁵⁴GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 327.

⁵⁵FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da pena de prisão*, Trad. Lígia M. Pondé Vassalo, Vozes, Petrópolis, 1977. P. 35.

No Brasil, o direito ao silêncio constitui regra integrante dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana⁵⁶; garantia: “de expressiva importância político jurídica, que impõe limites ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado”⁵⁷, incluindo-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Acrescente-se que o desrespeito à garantia em comento permitiria tornar a confissão obrigação do indivíduo, permitindo ao Estado não somente sancioná-lo, bem como buscar meios invasivos para constrangê-lo a falar.

Nos Estados Unidos, o reconhecimento da vedação da autoincriminação como garantia fundamental é marcado pelo julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)⁵⁸. O precedente aborda e relaciona o direito ao silêncio, à assistência de advogado na fase inquisitorial e as confissões obtidas de forma fraudulenta ou através de coação, após o suspeito (Ernesto Miranda) confessar a prática de um crime, na delegacia de polícia de Phoenix, durante uma investigação pelos crimes de sequestro seguido de estupro. Na fase recursal, a irresignação centrou-se na falta de alerta ao suspeito do seu direito a permanecer em silêncio, bem como de ser assistido por um advogado, o que implicou a nulidade da prisão e confissão.

A manifestação inaugural da CEDH sobre o direito ao silêncio foi no caso *Funke v. França* (1992),⁵⁹ onde a recusa de Funke em atender intimação que lhe exigia apresentar documentação relativa às suas operações internacionais lhe gerou multa e processo criminal perante as cortes francesas. Demandada a analisar a violação ao direito ao silêncio na forma ao artigo 6º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal declarou *ex officio* a nulidade do procedimento pela vedação à imposição de autoincriminação.

Idêntico entendimento foi prolatado pela CEDH no caso *Saunders v. Reino Unido*, onde a legislação permite o acesso de inspetores a documentos fiscais e livros contábeis societários, que foram determinantes à condenação de Saunders em processo criminal que se instalou posteriormente ao procedimento fiscalizatório. Avaliou a CEDH, no referido precedente, que o direito de não contribuir para a autoincriminação resguarda o indivíduo da utilização de meios coercitivos ou opressivos para a obtenção de provas⁶⁰.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos incumbe-se de assegurar no artigo 8º, h, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado e, no artigo 8.3, determina que a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza, o que versa sobre a liberdade individual, visto caber ao Estado, nos dizeres de Flávia Piovesan⁶¹, a comprovação da culpabilidade do acusado por meio de um procedimento diligente no qual se presuma a inocência do sujeito, bem como respeite-se garantias de limitação do poder punitivo estatal.

⁵⁶CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018. P. 489.

⁵⁷BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.929-9/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, Julgamento: 22 out. 1991.

⁵⁸ESTADOS UNIDOS. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em 22 out. 2020.

⁵⁹UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos. Funke vs França* (1992), Disponível em: Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:\[%22001-57809%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:[%22001-57809%22%7D)}. Acesso em 07 out. 2020.

⁶⁰UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Saunders v. Reino Unido* (1996), Disponível em: Disponível em: http://seafarersrights.org/legal_database/saunders-v-united-kingdom-1996-echr-series-a-no-6/. Acesso em 07 out. 2020.

⁶¹PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019. P. 224.

Assim, o modelo acusatório democrático brasileiro não permite a busca desenfreada da verdade através do acusado, a ponto de transmutar-lhe em objeto processual, panorama inexorável à luz da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa brasileira, taxativamente reconhecido no inciso III, do artigo 1º, da Magna Carta.

4.3. Da tipicidade e do devido processo legal

Conforme anteriormente afirmado, é referencial para a aferição da conformidade constitucional da perda ampliada de bens, a conjugação da tipicidade e do devido processo legal, posto que, para a aplicação do preceito secundário do tipo penal, não se pode renunciar ao perfeito enquadramento da conduta fática a um fato previamente descrito na norma penal.

A perda alargada, consequência da condenação penal, é efeito secundário ou acessório da sentença condenatória como fato jurídico⁶². Como efeito da condenação, de natureza penal, a perda de bens pressupõe a prática de um fato típico e ilícito.

E, por força do disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa brasileira, ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal, garantindo-se que a imposição do devido processo legitima o ato de coação. Nesta seara, sem o devido processo, destinado a apuração e à prova da prática de um fato típico que haja engendrado o proveito ou provento ao acusado, erige-se a perda ampliada em desconformidade com a ordem constitucional, que se leia, com o devido processo legal.

A exemplo da imprescindibilidade da tipicidade dever ser dirimida à luz do devido processo legal, a redação do artigo 321-6, do Código Penal Francês⁶³ prevê especificamente o crime de não justificação de rendimentos:

Seção 2: Ofensas equiparadas ou semelhantes ao recebimento de bens roubados Artigo 321-6 O fato de não poder provar os recursos correspondentes ao seu estilo de vida ou de não poder provar a origem de um bem possuído, qualquer por manter relações habituais com uma ou mais pessoas que se comprometem com a prática de crimes ou contravenções puníveis com pelo menos cinco anos de prisão e obtendo-lhes um lucro direto ou indireto, ou são vítimas de um destes crimes é punível com três anos de prisão e multa de 75.000 euros. É punido com as mesmas penas facilitar a justificação de recursos fictícios a quem comete crimes ou infrações puníveis com pena mínima de cinco anos de prisão e proporcionar-lhes lucro direto ou indireto (tradução nossa)

⁶⁴.

⁶²NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*, 18ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017. P. 646.

⁶³FRANÇA. *Code Pénal*. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.

⁶⁴Section 2: Des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci Article 321-6 Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.

O dispositivo do Código Penal Francês não se trata de simples opção legislativa de tornar fato típico um instituto que, no Brasil, é efeito secundário da condenação.

Ao estabelecer como crime a posse e propriedade injustificada de bens, o legislador francês permite que o devido processo legal seja exercido de forma plena, no que tange à apuração da suposta origem criminosa dos bens.

O fato da norma francesa condicionar a incidência do tipo ao fato do acusado estar em contato regular com uma ou mais pessoas, que cometam crimes ou contravenções puníveis com pelo menos cinco anos de prisão, e proporcionar-lhes lucro direto ou indireto, revela a preocupação do legislador de somente permitir a condenação diante de um conjunto fático probatório, capaz de, com um mínimo de segurança, demonstrar todo o contexto que comprova a origem criminosa dos bens, algo bem diferente do que se dá na legislação pátria.

4.4. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Presunção de Inocência

Diante de toda a análise desenvolvida, importante também destacar a orientação favorável da Corte Europeia de Direitos Humanos, à perda alargada.

No caso *Gogitidze and Others v. Georgia* (antiga República soviética), no qual foi a perda alargada enfrentada em cotejo com o artigo 1º do Protocolo adicional nº1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶⁵ (que assegura a qualquer pessoa singular ou coletiva o direito ao respeito dos seus bens, desautorizando a privação da propriedade, salvo por utilidade pública e nas demais condições legalmente previstas e pelos princípios gerais de direito internacional), a alegação sustentadora da pretensão estatal da perda da propriedade foi exatamente a disparidade entre os rendimentos salariais do acusado (*Gogitidze*), frente aos bens integrantes de seu acervo patrimonial.

A posição decisória da Corte Europeia de Direitos Humanos foi da natureza civil da providência, uma *actio in rem* (*ação de repetição de indébito*), que se insere no *standard* (padrão) europeu de conexão entre a perda de bens e a prática de crimes considerados graves, cuja presunção de inocência não é obstada pela Corte, que entende pela não vulneração de seu regime protetivo, tampouco do artigo 1º do Protocolo nº 1, com o que considerou a inexistência de violações convencionais, tal qual proporcional a medida de perda de bens.

Sobre a questão, merece destaque a decisão da Corte:

Em sua jurisprudência sobre o assunto, o Tribunal não hesitou em reconhecer a proporcionalidade das medidas de confisco, mesmo na ausência de uma condenação que apurasse a culpa do acusado e não exigiu provas além de "dúvidas razoáveis" sobre a origem ilícita dos bens em questão. Também considerou que as medidas de confisco poderiam ser aplicadas não só às pessoas diretamente acusadas dos crimes, mas também aos parentes próximos que foram considerados como possuidores e administrando os bens adquiridos ilegalmente, informalmente ou em qualquer caso sem o necessário boa-fé. (tradução nossa).⁶⁶

⁶⁵UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Gogitidze and Others v. Georgia* (2005), Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ITA%22\],%22appno%22:\[%2236862/05%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-175100%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ITA%22],%22appno%22:[%2236862/05%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-175100%22]}). Acesso em 22 out. 2020.

⁶⁶Nel considerare la proporzionalità, la Corte ha esaminato se la procedura di confisca fosse stata arbitraria. A quel riguardo, essa ha constatato che sulla base delle norme riconosciute a livello internazionale per combattere reati gravi che comportano arricchimento ingiustificato, e dinanzi all'allarmante grado di corruzione, a tutti i livelli, in Georgia, vari organismi internazionali, compreso il Comitato di esperti per la valutazione delle misure anti-riciclaggio

O exame da legitimidade da medida em análise com os regramentos convencionais, foi novamente submetido à Corte Europeia no caso *Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87)⁶⁷, que pronunciou-se por sua legitimidade, com destaque motivador às dificuldades que enfrentou a Itália na luta contra a máfia, na qual a perda de bens constituiria arma eficaz e necessária para o combate do crime organizado, devendo, ainda, prevalecer o interesse coletivo a impedir o uso de bens por criminosos em prejuízo da coletividade.

No que tange ao sistema do *common law* (direito costumeiro), cabe destacar o caso envolvendo o *Drug Trafficking Offenses Act*, de 1994 - (Lei de Crimes de Tráfico de Drogas do Reino Unido). Na seção 50, pune-se a conduta consistente em conduzir ou estar envolvido em qualquer arranjo que vise facilitar a retenção ou posse de fundos de origem ilícita, bem como a fase de integração dos capitais ilícitos. A segunda categoria de infrações, prevista na seção 51 do diploma em comento, criminaliza a aquisição, posse ou utilização de fundos provenientes de tráfico de drogas⁶⁸.

Através do *Drug Trafficking Offenses Act*, seção 24, a perda de bens se baseia no conceito de "modo de vida criminoso" resultado da (i) condenação judicial por uma das infrações enumeradas no Anexo 2 da legislação em referência e (ii) da condenação judicial por qualquer outra infração que faça parte de uma atividade criminosa ou que tenha sido cometida ao longo de um período de pelo menos seis meses e desde que tenha propiciado um lucro igual ou superior a 5000 libras. O modo de vida criminoso permite a perda dos bens do acervo patrimonial no momento do decreto.

O precedente estabelecido no caso *Phillips v. Reino Unido*⁶⁹, no qual debatidos os dispositivos do *Drug Trafficking Offenses Act* de 1994 e a presunção de que os bens do arguido no momento da condenação seriam oriundos da prática de crimes, determinou a não violação ao artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia

e contro il finanziamento del terrorismo (MONEYVAL) del Consiglio d'Europa, avevano raccomandato in più occasioni alle autorità georgiane di adottare misure legislative al fine di assicurare la confisca dei proventi connessi ai reati di corruzione. Le autorità georgiane avevano attuato tali istruzioni con la modifica legislativa del febbraio 2004, conformando quindi la normativa georgiana alle norme internazionali applicabili. Nella sua giurisprudenza in questa materia, la Corte non ha esitato a riconoscere la proporzionalità delle misure di confisca anche in assenza di una condanna che accertasse la colpevolezza degli imputati e non ha richiesto prove oltre ogni "ragionevole dubbio" sull'origine illecita dei beni in questione. Essa ha altresì ritenuto che le misure di confisca potessero essere applicate non solo nei confronti delle persone direttamente accusate dei reati, ma anche nei confronti di quei parenti stretti che si ritenesse possedessero ed amministrassero i beni acquisiti illecitamente, in maniera informale o comunque senza la necessaria buona fede. Tenendo presenti tali considerazioni, la Corte, per analogia, ha ritenuto che i procedimenti civili in rem nel presente caso non potevano essere considerati arbitrari o in violazione della proporzionalità di cui all'articolo 1 del Protocollo no 1. Inoltre, per quanto riguarda il procedimento interno, i ricorrenti sono stati debitamente chiamati a produrre osservazioni scritte e citati a comparire in udienza, e le argomentazioni del pubblico ministero sono state puntualmente esaminate alla luce dei documenti prodotti e della situazione finanziaria dei ricorrenti. Non vi erano elementi nello svolgimento del processo civile in rem che suggerissero che ai ricorrenti fosse stata negata la ragionevole possibilità di esporre le proprie ragioni o che le decisioni dei giudici interni fossero viziate da manifesta arbitrarietà.

⁶⁷UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87), Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2212954/87%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-164379%22%5D%7D>. Acesso em 17 out. 2020.

⁶⁸GODINHO, J. A. F. "Do crime de "branqueamento" de capitais. Introdução e tipicidade", In LIMA, V. de M. "Das Medidas Patrimoniais na Persecução ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista do Ministério Público do RSn*. 71, jan., Porto Alegre, 2012 - abr. 2012. P. 219/220.

⁶⁹UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Phillips v. Reino Unido* (2001), Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016806ebe19>. Acesso em 17 out. 2020.

dos Direitos do Homem⁷⁰, na medida em que seria facultado ao acusado fazer prova da origem lícita.

No tocante à presunção de inocência, entendeu a CEDH sua inaplicabilidade no procedimento previsto no *Drug Trafficking Offenses Act* de 1994. A presunção de que os bens do acusado no momento da condenação são provenientes da prática de crimes, destina-se ao cálculo do montante a ser decretada a perda, não se relacionando à culpabilidade, esta sim, que não permite presunções.

Entende-se que essa não foi a melhor solução, na medida em que o tribunal permitiu que a perda de bens fosse realizada sem o devido processo legal (*due process of law*). Deixou, o tribunal, de reconhecer que o direito à propriedade é um direito natural e, como tal, somente deve ser afetado mediante o devido processo legal (*due process of law*). Em outras palavras, adotando a equivocada premissa de que o direito à propriedade é um direito menor em relação à liberdade de ir e vir, o Tribunal permitiu a inversão do ônus probatório e presunção de origem criminosa, se contentando com a simples existência de possibilidade de o condenado provar a origem lícita.

Tratou, portanto, uma questão de suma importância para o Estado Democrático de Direito (proibição do confisco e tomada de bens do particular sem o devido processo legal), como uma mera questão de direito civil ou comercial, com as consequências típicas desses ramos do direito, que acolhem presunções, inversão de ônus e até mesmo a verdade formal em detrimento da verdade real.

O fato é que não podem prevalecer sanções ao alvedrio de garantias individuais e processuais, por mais que sua retórica se mostre em aparente coadunância com políticas de prevenção à criminalidade.

Os desafios da criminalidade na era globalizada não podem ter como efeito deletério a subversão da dignidade da pessoa humana.

4.5. O modelo colombiano

Em contrapartida ao explanado até este ponto, merece destaque a experiência colombiana que proíbe em sua Constituição Política, artigo 34⁷¹, as penas de desterro, prisão perpétua e confisco, autorizando a declaração judicial de extinção do domínio sobre os bens adquiridos mediante enriquecimento ilícito.

Através da Lei 1708 de 2014⁷², a Colômbia erigiu uma codificação independente destinada à regulação da extinção do domínio, o Código de Extinção do Domínio, que traz definições e normas regentes, bem como (e da forma como deveria perfilar o legislador brasileiro) garantias fundamentais a serem atendidas quando o desiderato for a desconstituição da propriedade.

Os artigos 15 e 16 da referida legislação codificada tratam da extinção do domínio, conceituando-a, no artigo 15, como consequência patrimonial de atividades ilícitas que deterioram gravemente a moral social. O artigo 16, circunstancializa, no número 4, os bens que formem parte de um incremento patrimonial não justificado, porém, somente quando existem elementos de conhecimento que permitam considerar razoavelmente que sua origem sejam atividades ilícitas.

O artigo 152, da Lei 1708 de 2014 regulamenta a carga probatória dos fatos em discussão dentro do processo de extinção do domínio, a saber, não se

⁷⁰UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 16 out. 2020.

⁷¹COLOMBIA. *Constituição*. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em 17 out. 2020.

⁷²COLOMBIA. *Lei 1708 de 2014*. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686736>. Acesso em 17 out. 2020.

descurando de impô-la à parte que detenha melhores condições de obter meios aptos à referida demonstração.

Ademais, e sem prejuízo de tais disposições, o órgão encarregado das investigações mantém o ônus de identificar, localizar e coletar meios de prova que demonstrem a concorrência de alguma das causas previstas na legislação em comento para a declaração da extinção do domínio e que o afetado pela extinção não seja titular de boa-fé.

A declaração judicial de extinção do direito ao domínio, nos termos do artigo 152, da Lei 1708 de 2014, pode ser proferida quando não alegados meios de prova para a demonstração da oposição do requerido, todavia, sempre com base em meios de prova apresentados pela acusação.

O que deve ser ressaltado da experiência colombiana é que o devido processo legal pode e deve conviver com medidas destinadas a retirar das mãos de agentes criminosos os frutos e proventos de origem ilícita. Não se pode, sob a alegação de ampliação de eficácia da norma penal, criar presunções, inversões de ônus e tratar a presunção de inocência como um obstáculo na busca da paz social e, dessa forma, como um detalhe que pode ser dispensado.

Não será dispensando princípios basilares do sistema acusatório que se vai construir um direito penal eficaz e, sobretudo, democrático. A acusação deve, por mais difícil que esse trabalho possa ser, provar a origem ilícita dos bens, com um mínimo de fundamento. Esse é o preço que todo Estado Democrático de Direito precisa pagar para a duradoura preservação da liberdade.

4.6 - A insurgência no cenário brasileiro

No Brasil, os inconformismos suscitados no cenário jurídico penal, deram ensejo à propositura perante a Corte Constitucional de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, tombada sob o número 6304⁷³, pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), pretendendo ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 91-A, do Código Penal, sob o fundamento da criação inconstitucional de uma pena de confisco de bens travestida de efeito da condenação, o que violaria o princípio da personalidade e da individualização da pena (artigo 5º, incisos XLVI e XLV, da Constituição Federal brasileira).

A irresignação manifestada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade versa também a respeito da ampliação inadequada dos poderes do Ministério Público que, à luz do artigo 91-A do Código Penal, aproximar-se-ia de uma investidura de poderes jurisdicionais, em afronta ao preceito do artigo 129, da Constituição Federal.

A referida ação ainda não possui pauta para julgamento no Supremo Tribunal Federal, mas verifica-se que resta instruída com os mesmos elementos aqui discutidos, e que serão, ainda que de forma indireta, tratados pela Corte Constitucional brasileira, em observância aos princípios fundamentais vigentes no país.

4.7 – Tomada de posição

A perda ampliada deve ser avaliada à luz da regra matriz do direito de propriedade, direito natural que, inobstante passível de restrições, não permite prescindir do devido processo legal balizado pelo direito ao silêncio, pela presunção de inocência e seus corolários probatórios, através dos quais assegura-se o respeito aos direitos e garantias constitucionais individuais em sua completude.

⁷³BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Adin 6304*, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em 17 out. 2020.

O processo penal é meio de contenção e de delimitação dos poderes dos órgãos incumbidos da persecução penal⁷⁴.

O princípio do devido processo legal, por sua vez, delineia o modelo para a intervenção punitiva estatal, despontando como garantia das garantias, ou seja, uma punição somente será aflagada pelo poder punitivo diante de uma tipicidade a ser apurada em procedimento pautado pelos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

A evolução do modelo liberal estabeleceu regramentos para os procedimentos decisórios, cuja pauta é a legalidade em concomitância com a prioridade aos direitos, liberdades e garantias individuais, em uma adequada concepção equânime de Estado de Justiça⁷⁵.

Ocorre que, na sociedade contemporânea inegavelmente permeada por riscos, a progressiva ampliação dos poderes interventivos estatais incute receio quando sobrevém como embaraço a direitos e garantias constitucionais, de sorte que a espinhosa dualidade liberdade-segurança demanda perscrutar meios para o equilíbrio concreto do binômio e não a supressão da essência garantista em prol da segurança individual e coletiva, como se fossem as prerrogativas constitucionais impeditivas da eficiência estatal na luta contra a criminalidade, nos moldes defendidos por Robert Alexy⁷⁶.

O que se desvela é o desvirtuamento de direitos e garantias fundamentais do homem, enquanto cidadão que integra uma determinada sociedade, que somente alcançam sentido quando se pensa em limite ao poder estatal⁷⁷.

Destarte, inegável que os contornos da presunção de inocência, imanentes à dignidade da pessoa humana, estão vocacionados à segurança jurídica, isto é, a acautelar o cidadão do exercício arbitrário do poder punitivo.

Desse modo, o direito fundamental de ser presumido inocente, com toda a amplitude conferida pelo texto constitucional, seja como norma de tratamento, seja como norma probatória, seja como norma de juízo⁷⁸, torna inadmissíveis as pretensões legislativas de flexibilização do conteúdo, da extensão ou dos seus efeitos, desautorizando as presunções em acusações penais, uma vez que jamais podem ser intuídas, requerendo provas, cujo ônus incumbe, exclusivamente, ao acusador⁷⁹.

A prevalecer a denominada perda ampliada na forma vigente, isto é, sem o devido processo que apure a ocorrência de uma ação criminoso e sua correlação com o patrimônio localizado, permite-se até mesmo a perda de bens lícitos, simplesmente pelo exercício do direito ao silêncio e pela existência de uma condenação criminal, ainda que sem qualquer relação com o patrimônio auferido.

Basta pensar na situação em que o condenado realizou uma atividade plenamente lícita (prestação de serviços gerais, por exemplo), mas não declarou essa informação para as autoridades tributárias e não recolheu os tributos devidos. Nessa situação, não se poderia impor a perda de propriedade, uma vez que a não declaração e ausência de recolhimento de tributos impõem apenas penalidades previstas pela legislação tributária (multa e tributos não devidos).

⁷⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 13 ago. 1996.

⁷⁵PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal de Direitos Universais. Tipo, Tipicidade, e Bem Jurídico Universal*, Quartier Latin, São Paulo, 2008. P. 37.

⁷⁶ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015. P. 93/94.

⁷⁷LINHARES, S. C. "Os limites do confisco alargado", *RJLB*, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1747. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em 14 out. 2020. P. 1747.

⁷⁸BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, ADC 43/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07 nov. 2019.

⁷⁹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, HC nº 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento: 12 mar. 2012.

Esbarra, aqui, a perda ampliada de bens na viga mestra do direito penal, a tipicidade. Em outras palavras, na adequação de um fato a um tipo penal no bojo do devido processo. Neste quadrante, a circunstância de alguém meramente ostentar patrimônio sem lastro oficial, não pode justificar, só por si, a formulação de qualquer juízo condenatório fundado numa inaceitável presunção de culpa. Impõe-se, sob pena de inconstitucionalidade, que a prova da ilicitude originária do patrimônio que se pretenda decretar o perdimento, esteja a cargo do órgão acusatório, nos autos do processo legal.

Outrossim, como não reputar que restou desautorizado o permissivo constitucional ao silêncio, na perda ampliada de bens, quando o acusado silente for sancionado com o perdimento? Assim, a conclusão que se deve alcançar é de que procedimental disposição do artigo 91-A, do Código Penal brasileiro, retrocede a um modelo autoritário onde, no regime brasileiro, vigorava a obrigação do acusado provar a sua própria inocência, tal qual dispunha o Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5⁸⁰.

A guisa do exposto, não somente os aspectos concernentes ao direito de propriedade, presunção de inocência e direito ao silêncio se mostram vulnerados na forma pela qual a perda de bens vem delineada pelo artigo 91-A do Código Penal, visto que não se admite responsabilidade criminal por mera suspeita⁸¹.

Neste sentido, resta a advertência jurisprudencial de que "sem base probatória consistente, dados conjecturais não se revestem, em sede penal, de idoneidade jurídica, quer para efeito de formulação de imputação penal, quer, com maior razão, para fins de prolação de juízo condenatório"⁸².

Celso de Mello⁸³, ao tratar sobre a Corte Constitucional brasileira e seu papel de proteção e defesa das liberdades fundamentais, já afirmara:

[...] os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

5– Conclusão

O artigo se propôs, através do método lógico-dedutivo, tendo como ponto de partida revisão bibliográfica nacional e estrangeira e seu cotejo com precedentes jurisprudenciais internos e dos tribunais alienígenas, analisar a compatibilidade do regime de perda alargada de bens inculpada no artigo 91-A do Código Penal Brasileiro (introduzido na ordem jurídica pátria pelo chamado pacote anticrime, Lei Federal nº 13.964/2019) com os princípios fundamentais de processo penal, especialmente o devido processo legal, a presunção de inocência e o direito ao silêncio.

⁸⁰BRASIL. *Decreto-lei nº 88, de 20/12/37*, Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 13 out 2020.

⁸¹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento 18 set. 2018 e BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. HC 88.875/AM*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.

⁸²BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento 18 set. 2018.

⁸³BRASIL, *Supremo Tribunal Federal, ADC 43/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07 nov. 2019.

Partindo da propriedade privada como direito natural, espécie de liberdade individual e limite objetivo do poder estatal, investigou-se os meandros da perda ampliada de bens, que não pode ser tida como confisco (vedado no arcabouço jurídico nos termos preconizados no artigo 243, da Constituição Federal), concluindo-se por sua inadequação ao modelo constitucional brasileiro, na medida em que viola o devido processo legal (*due process of law*), especialmente o direito ao silêncio e presunção de inocência.

O exame da legislação pátria viabilizou estabelecer que, em nosso Estado Democrático de Direito, a propriedade privada, com exceção do cumprimento da função social, somente pode ser desconstituída em duas hipóteses, sendo a primeira, consistente na garantia do bem comum, com as reservas da proporcionalidade e do respeito à devida compensação financeira e, ainda, diante de vício na obtenção do direito à propriedade, razões pelas quais não se pode renunciar do devido processo legal balizado pelo direito ao silêncio, pela presunção de inocência e seus corolários probatórios (ônus da prova acusatório e *in dubio pro reo*), sob pena de ofensa ao pilar da dignidade da pessoa humana.

À Constituição Federal cumpre a enunciar um determinado direito, bem como fazer incidir sobre ele uma norma que diminua o seu alcance inicial. Todavia, no caso da perda ampliada de bens, inobstante seu objetivo preventivo de obstar o reinvestimento de lucros ilícitos, é forçoso que se proceda sua adaptação, ao ensejo de conformidade com o devido processo penal constitucional. Isso porque, busca a norma legal, conforme foi possível verificar no comparativo entre a legislação, a doutrina e a jurisprudências pátrias, frente à experiência internacional, que, diante de uma condenação, proceda-se a um balanço do patrimônio e dos rendimentos lícitos, presumindo-se a ilicitude do excedente, facultando ao condenado desconstituir a perda ampliada, mediante a prova da licitude dos bens, sem necessidade de relação com o conteúdo apurado no bojo do respectivo processo.

Impende, pois, consignar impositivo, diante do cotejo do texto legal infraconstitucional com a Constituição Federal, a necessidade de limitação temporal do balanço patrimonial, não se mostrando admissível que todo e qualquer patrimônio do condenado seja objeto da perda ampliada.

Através do estudo do direito comparado foi possível encontrar pontos de semelhança entre a legislação interna e a estrangeira, especialmente com a legislação portuguesa e com a legislação espanhola, assim como modelos que podem servir de inspiração para modificações legislativas futuras, tais quais os modelos colombiano e francês.

De fato, através do instrumental erigido pela legislação estrangeira, especialmente a Lei colombiana número 1708 de 2014, que assegurou uma codificação independente destinada à regulação da extinção do domínio (Código de Extinção do Domínio), entrevê-se mister que no Brasil se estabeleça, através da via processual contraditória prévia, a apuração de uma conduta típica de estrita relação com o patrimônio a ser declarado perdido.

O cotejo entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio, na ordem de valores pátria, proporcionou profundas reflexões no que toca ao desrespeito à cláusula do devido processo legal (*due process of law*), mormente diante da presunção de ilicitude patrimonial desprovida de lastro quanto à origem.

Nesta senda, já ascenderam nos tribunais brasileiros objeções, como as espelhadas na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 6304, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), cujo cerne é a declaração de inconstitucionalidade do artigo 91-A, do Código Penal, iluminada pelo entendimento de que citado dispositivo cria uma pena de confisco disfarçada, não obstante inaugurar um indevido procedimento ampliatório dos poderes investigativos do Ministério Público em desacordo com as atividades institucionais do órgão estatuídas pela Constituição Federal brasileira (artigos 127 a 129).

Por todo o explanado, foi possível constatar a vulneração ao direito de propriedade, à presunção de inocência e do direito ao silêncio, impingidas pela perda de bens delineada no atual artigo 91-A, do Código Penal, seja no aspecto material, seja no aspecto processual.

6 – Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.
- BARBOSA, A. "A propriedade em Locke". *Jus Navegandi*, n. 869, 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7601>>, Acesso em: 28 out. 2016.
- BECKER, G. S. "Crime and Punishment: An Economic Approach", IN: BECKER, G, S.; LANDES, W. M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, Chicago, 1974, P. 1-54.
- BECK, U. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, 1 ed. Trad. Sebastião Nascimento, Editora 34, São Paulo, 2010.
- BENTO, R. A. "O dogma constitucional da presunção de inocência". IN: SILVA, M. A. M. (coord.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- BEZERRA, R. T. *Limite do Princípio da Presunção de Inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades*, Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- BODIN, J. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel, Ícone Editora Ltda, São Paulo, 2011.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, ADI 6304*, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, ADC 43/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 07 nov. 2019.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, RE 638491*, Tribunal Pleno, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC 95.290/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 01 mar. 2011.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgamento: 13 ago. 1996.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC 88.875/AM*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 13 ago. 1996.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento: 18 set. 2018.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.929-9/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 22 out. 1991.
- _____. *Decreto-lei 2.848/1940*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 out. 2020.
- _____. *Decreto-lei nº 88, de 20/12/37*, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 13 out. 2020.

- _____. *Lei 13.964 de 2019*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17 jan. 2021.
- _____. *Código Penal Brasileiro*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 jan. 2021.
- CAEIRO, P. "Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em Especial, os Procedimentos de Confisco e a Criminalização do Enriquecimento "Ilícito")", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 100, v. 21, 2013. p. 454-501.
- CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018.
- CARVALHO, S. de. *Anti-manual de Criminologia*, 2ª ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- CUNHA JR., D. da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. JusPodivm, Salvador, 2013.
- COLÔMBIA, *Constituição*, Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Lei 1708 de 2014*, Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686736>. Acesso em 17 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 21 mar. 2017.
- _____. Supreme Court of The United States of America, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005).
- _____. Supreme Court of The United States of America, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- _____. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portuques/c.convencao_america.htm. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Zegarra Marín Vs. Peru*, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em 16 out. 2020.
- ESPAÑA. *Código Penal Espanhol*, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 06 out. 2020.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da pena de prisão*, Trad. Lígia M. Pondé Vassalo, Vozes, Petrópolis, 1977.
- FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, 26 de agosto de 1789, Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> >. Acesso em: 21 dez. 2016.

- _____. *Code Pénal*, Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.
- FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D. *A Cidade Antiga*, Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, EDAMERIS, São Paulo, 1961.
- GODINHO, J. A. F. "Do crime de "branqueamento" de capitais. Introdução e tipicidade", In LIMA, V. de M. "Das Medidas Patrimoniais na Persecução ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista do Ministério Público do RS* n. 71, jan., Porto Alegre, 2012 – abr. 2012.
- GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- HAYEK, F. *The Constitution of Liberty*, 1ª Ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- ITÁLIA. *Decreto Legislativo 159 de 2011*, com modificações da Lei 17 de 2017. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;159>. Acesso em 06 out. 2020.
- LINHARES, S. C. "Os limites do confisco alargado", *RJLB*, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1747. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em 14 out. 2020.
- LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil - Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*, 1ª Ed, Vozes, Petrópolis, 1994.
- MARQUES, J. F. "Confisco de Bens por Enriquecimento Ilícito", *Revista de Direito Público*, Ano III, vol 9, Rio de Janeiro, 1969.
- MULLER, F. *Die Positivitat der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmati*, 1ª Ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1969.
- NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*, 18ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- NUNES, D. A. R. "Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional", *Julgar online*, fevereiro de 2017.
- PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal de Direitos Universais. Tipo, Tipicidade, e Bem Jurídico Universal*, Quartier Latin, São Paulo, 2008.
- PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- PORTUGAL. *Lei 05 de 2002*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em 05 out. 2020.
- _____. *Tribunal Constitucional. Ac. Tribunal Constitucional nº101/2015*, in DR, II Série de 26-03-2015 e Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html> e

- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em 05 out. 2020
- POSNER, R. A. *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- SILVA, V. A. da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2014.
- SIMÕES, E. D.; TRINDADE, J. L. F. "Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*, virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves", *Revista Julgar on line*, 2009. Disponível em: www.julgar.pt. Acesso em 11 out. 2020.
- TOCQUEVILLE, A. de. *O Antigo Regime e a Revolução*, 2 ed. Tradução: Rosemary Costhek Abílio, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/42/EU*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>, Acesso em 04 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos. Funke vs França* (1992), Disponível em: Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57809%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57809%22]}). Acesso em 07 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Saunders v. Reino Unido* (1996), Disponível em: Disponível em: http://seafarersrights.org/legal_database/saunders-v-united-kingdom-1996-echr-series-a-no-6/. Acesso em 07 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Gogitidze and Others v. Georgia* (2005), Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ITA%22\],%22appno%22:\[%2236862/05%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-175100%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ITA%22],%22appno%22:[%2236862/05%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-175100%22]}). Acesso em 22 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87), Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2212954/87%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164379%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2212954/87%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164379%22]}). Acesso em 17 out. 2020.
-
- _____. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Phillips v. Reino Unido* (2001) , Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016806ebe19>. Acesso em 17 out. 2020.
-
- _____. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 16 out. 2020.
- ZAFFARONI, R. E. *Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*, 1 ed, Trad. Rodrigo Murad do Prado, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019.