

Recensão Crítica da Obra «*Perda das Vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação*»

Critical review of the book «*Loss of the advantages of crime in criminal law. Extended confiscation and confiscation without conviction*»

MARIA DA GRAÇA ESTEVES¹

graca.a.esteves@gmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 83-87

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.1.01>

Submitted on June 22th, 2021. Accepted on July 16th, 2021

Submetido em 22 de Junho, 2021. Aceite a 16 de Julho, 2021

Esta recensão crítica tem como objeto de sua análise a obra organizada por Adriano Teixeira, publicada em São Paulo, no ano de 2020, pela editora Marcial Pons e intitulada *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, cuja tradução dos textos em língua não portuguesa incumbiu a Tatiana Badaró e Rinuccia Faria La Ruina.

A obra em comento, dedicada a apresentar e aprofundar a temática do confisco de bens provenientes do crime e a recuperação de ativos por parte do Estado, está estruturada na exposição de *sete artigos* de distintos intelectuais originários de variados países – Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos da América, Itália, Inglaterra e Portugal –, precedidos de uma breve apresentação realizada pelo próprio organizador da obra: Adriano Teixeira.

Nesta apresentação, além de uma sucinta exposição de elementos de ordem *teórico-conceituais*, pode verificar-se que a obra organizada por Teixeira (2020), ao propor uma inserção teórica relacionada ao tema do confisco de bens à luz do Direito Penal, pretende, não raro, inserir-se, de um lado, no debate internacional da temática, oportunizando-se, de outro lado, nomeadamente aos leitores, em especial brasileiros, a sua apresentação, tanto no debate jurídico-penal pátrio – recentemente modificado com a inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019 (chamada comumente de “Lei Anticrime”), a acrescer o art. 91^o-A ao Código Penal brasileiro, normatizando o *confisco alargado* – quanto no debate internacional, objecto de escrutínio nos artigos dos juristas internacionais que enriquecem a obra (Teixeira, 2020: 10-11).

¹ Mestranda em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas, e Licenciada em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Neste diapasão, tocou inicialmente a Rodrigo Sánchez Rios e a Victor Cezar Rodrigues a tarefa de refletir sobre a realidade brasileira no artigo inaugural da obra em comento, no qual os autores se valem precisamente daquela alteração outorgada pela Lei nº 13.964/2019 para avaliar aspectos gerais a respeito do *confisco alargado*, conforme prescrição do art. 91.º-A, especialmente no que toca *a) o contexto fático* da sua incorporação no ordenamento jurídico-penal brasileiro, *b) a brevíssima exposição* deste instituto na experiência comparada, em especial a sua evolução na Europa, *c) a natureza jurídica* do confisco – tema, ademais, fulcral na maioria dos artigos que avançam na temática ao longo da obra, *d) a compatibilidade* entre o confisco alargado e o ordenamento jurídico brasileiro, e *e) as avaliações críticas* a respeito deste confisco alargado na experiência brasileira à luz da apreciação do art. 91.º-A do Código Penal vigente (Rios & Rodrigues, 2020).

Notemos, contudo, que tanto a apreciação do tema do confisco na experiência internacional, quanto à sua avaliação crítica no ordenamento jurídico-penal brasileiro, parecem-nos demasiado introdutória e geral, especialmente no caso desta última, ao tomar, por exemplo, que o § 2º do art. 91.º-A inserido no Código Penal brasileiro se encontra em flagrante *inversão do ônus da prova*, ao facultar ao condenado a prerrogativa de demonstrar a inexistência de incompatibilidade ou a

procedência lícita do seu patrimônio, sem que, no entanto, esta constatação mereça maior aprofundamento crítico por parte dos autores brasileiros (Rios & Rodrigues, 2020: 33).

A primeira insuficiência que indicamos, porém, não parece ser problema de maior envergadura, dado que os demais artigos colacionados na obra em comento, frutos da reflexão generosa de intelectuais de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, parecem servir justamente para condensar a experiência comparada sobre a matéria, oportunizando-se, no caso do leitor brasileiro, um vasto panorama útil antes de confrontar tais realidades com o caso nacional; a segunda questão indicada, ademais, acha-se superada, dentre outros, ao nosso sentir, no artigo subsquente, apresentado no texto do jurista português, Manuel Monteiro Guedes Valente.

Manuel Guedes Valente avança para o exame crítico da evolução do regime de perda de bens em Portugal, assentando olhar atento à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a agregar disposições da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, que, a rigor, «ampliou o âmbito ou o catálogo de tipos legais de crime que admite o regime especial da perda alargada» (Valente, 2020: 43).

Destacamos, da análise crítica de Guedes Valente, a capacidade do autor em supe-

rar o horizonte imediatista que, *por ventura*, possa informar a evolução, a ampliação e o aprofundamento da perda das vantagens, produtos e instrumentos apreendidos ou arrestados em processo-crime, «face a uma nova matemática sistémica emergente de uma cognitividade de perigos e de riscos, a serem enfrentados pelo Direito Penal, quando confrontada com as funções do Direito penal» (Valente, 2020: 37). A proteção de *bens jurídicos*, continua Valente (2020), reclama equilíbrio entre a sua *efetividade* e a *proteção do agente criminoso* contra o manancial persecutório e punitivo do Estado². Neste condão, mais que restringir-se à apreciação crítica da evolução do instituto na realidade portuguesa, o autor trava importantes considerações que servem para elucidar os desafios vindouros em matéria de política-criminal neste tempo histórico; destas considerações, chamou-nos atenção o exame daquilo que o autor denominou como uma «tetralogia de princípios normativos» específicos (Valente, 2020: 53) determinantes da *perda alargada*, iniciado no item 4.1 do seu artigo. As conclusões do jurista português-demonstram uma cautela necessária para que os novos instrumentos de constrição patrimonial, normatizados como resposta à criminalidade reditícia, às organizações criminosas transfronteiriças e aos crimes económico-financeiros, não atropelem os

pilares do Estado Democrático de Direito, encerra seu contributo de forma louvável, deixando espaço para novas investigações que, naquele artigo, não puderam ser escrutinadas.

De maneira bastante didática, Isidoro Blanco Cordero inicia o terceiro artigo juntado na obra em comentário, a dedicar-se ao exame do confisco de bens à luz do Código Penal espanhol, especialmente através da análise da transposição da Diretiva 2014/42/UE, a balizar a reforma de 2015 e a introduzir distintas modalidades de *confisco alargado* no ordenamento jurídico-penal da Espanha.

A cooperação internacional na matéria tratada constitui, segundo Blanco Cordero (2020), um importante pilar da política criminal da União Europeia, no intento de lutar contra os delitos cometidos com o desígnio de obter vantagens económicas. A Diretiva 2014/42/UE marca, neste sentido, «os esforços da UE para aproximar o Direito penal substantivo e facilitar desta maneira à cooperação penal no espaço europeu» (Blanco Cordero, 2020: 763). Ainda neste diapasão, vê-se que a *necessidade de atender compromissos internacionais* fora levantada pelo legislador espanhol como fundamento a justificar a reforma ocorrida em 2015 no Código Penal, visando transpor a política criminal europeia em matéria de confisco ao ordena-

2 Na linha do que defende quanto às funções do Direito penal – garantia, segurança, coesão social e equilíbrio (VALENTE 2020: 131-138).

3 Tradução do espanhol nossa.

mento jurídico nacional (Blanco Cordero, 2020: 79). A partir de então, o autor realizará um escrutínio das distintas formas de confisco introduzidas no ordenamento jurídico-penal espanhol, desde o *decomiso ampliado*, dividido em *decomiso ampliado básico*, do art. 127.º bis e o *decomiso ampliado reforzado*, arts. 127.º quinquies e 127.º sexies CP (Blanco Cordero, 2020: 108); passando pelo *decomiso sin condena*, do art. 127.º CP; e desaguando, por último, no *decomiso de terceros*, art. 127.º quáter CP, incorporado no bojo da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, de forma a atender a prescrição exposta no art. 6º da Diretiva 2014/42/UE.

O artigo de Francesco Viganó trata do *confisco “de prevenção”*, disposto no art. 24.º do *Código Antimáfia* italiano, à luz de uma rigorosa análise constitucional e convencional, tendo como fundamentos teóricos-jurídicos [a] a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e [b] a experiência americana do *civil forfeiture* (Teixeira, 2020: 14), oferecemos, a exemplo dos trabalhos anteriores, importantes ponderações sobre os limites, a natureza e a aplicação daquela forma de confisco na realidade material daquele país que, no entanto, servem ao aprofundamento da matéria em termos gerais.

Compreender qual é, afinal, a verdadeira natureza jurídica do confisco de “prevenção”, nos termos do art. 24.º do *Código Antimáfia* italiano, transforma-se num dos principais objetivos da contribuição de Viganó (2020). Compreendê-la,

adverte o autor, não se restringe a mera *questão teórica*, pois, em última instância, «reconhecer ao confisco em questão uma natureza substancial de pena significa, ao mesmo tempo, afirmar que a sua previsão normativa e a sua aplicação no caso concreto devem submeter-se às garantias que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e, antes disso, a própria Constituição estabelecem em matéria penal» (Viganó, 2020: 154), com todo rol de consequências que esta subordinação implicaria.

A garantia dos *direitos fundamentais* dos sujeitos atingidos pela intensa carga repressiva do confisco – e de demais medidas de constrição patrimonial – deve ser observada, na perspectiva do intelectual italiano, com rigor; o sucesso obtido por tais medidas, cada vez mais utilizadas no contexto da política criminal italiana, não pode servir de óbice à designação do estatuto de garantias, constitucionais e convencionais, aplicáveis ao confisco “de prevenção”, de forma que a sua rotulação, falsa segundo o autor, enquanto *medida de prevenção* não lhe permite assegurar (Viganó, 2020: 183-184).

Ao reescrever-se estruturalmente as questões relativas ao confisco de bens na realidade alemã, através da aprovação, em abril de 2017, da *nova lei sobre a reforma de confisco penal de propriedade*, abre-se uma janela de reflexões acerca de questões como (i) o *locus jurídico* e *dogmático* do confisco – se atinente ao âmbito civil, penal

ou administrativo; (ii) a *extensão* deste confisco; e (iii) os *limites constitucionais*, seja do *confisco alargado*, seja do *confisco autônomo*, isto é, o confisco não baseado em uma condenação; conjunto de questões que, com rigor, serão avançadas no artigo de Frank Saliger.

A realidade alemã, a exemplo dos demais países apresentados ao longo da obra em comento, atravessada por este forte movimento do direito que regula a perda de propriedade, centra-se diante de contradições jurídicas e doutrinárias, das quais o artigo de Saliger (2020) procura dar algumas respostas. Das que nos sobressaem à vista, destacamos a compreensão de que o confisco deve situar-se nos *fundamentos do direito penal*, o que, por sua vez, encaminha conclusões críticas do autor: a primeira, a respeito da inconstitucionalidade da ampliação do rol de delitos-base alcançados pelo confisco alargado a todos os tipos penais; a segunda, sobre a necessidade de se atentar se, do conjunto daquela reforma do confisco penal, não se extrai uma tendência para utilizar o processo penal como *instrumento fiscal-arrecadatório*⁴.

Os dois últimos trabalhos expostos na obra em comento estão dedicados à aproximação da matéria através do *Common Law* que, já na sua apresentação, Adriano

Teixeira (2020) alerta sobre sua influência cada vez mais sensível na temática do confisco de bens provenientes de crime.

Deste modo, Peter Alldridge, da Inglaterra, oferece-nos o exame da evolução e aplicação do *Proceeds of Crime Act*, de 2002 (POCA), trazendo à colação a análise de casos concretos, a reflexão a partir de questões como as implicações da tributação, a recuperação civil, os *balanços contábeis* que, adiante, serão confrontadas com aspectos de cunho probatório no processo de confisco de bens provenientes do crime, para, ao final, mostrar-se pouco reticente quanto às possíveis controvérsias envolvidas na matéria (Alldridge, 2020).

O último artigo apresentado, de Stefan D. Cassella, avalia a perspectiva estadunidense de recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação, tendo a questão da criminalidade transfronteiriça e a alegada dificuldade dos Estados Unidos de alcançar ativos transferidos para além das fronteiras nacionais como núcleo analítico (Cassella, 2020).

Julgamos que a obra organizada por Adriano Teixeira (2020), ao dar-nos a possibilidade de nos defrontarmos com contributos de intelectuais a abordar a temática não só a partir de distintos países, realidades ou ordenamentos jurídico-penais,

4 Apenas para fins de reflexão sobre as ponderações de Saliger (2020: 216), deixamos o *sítio* oficial do Ministério Público Federal brasileiro, reservado a divulgar os resultados, inclusive patrimoniais, obtidos com a assim chamada *Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 01 de julho de 2021.

mas, em especial, através de perspectivas que, por vezes, parecem divergir quanto à matéria e alguns dos seus pontos que suscitam maior polémica, consegue, *a um só tempo*, condensar uma apresentação através de rigorosas análises e suscitar outras divergências que, de um lado, enriquecem o trabalho apresentado, ao mesmo tempo que, de outro, fazem avançar o debate especializado e crítico em torno da temática.

Parece-nos, também, bem delimitada na obra em questão – em alguns autores (Blanco Cordero, 2020; Saliger, 2020; Valente, 2020), noutros menos (Alldridge, 2020; Rios & Rodrigues, 2020) – que, muito embora a realidade material pareça impor formas mais aptas de sustar os crimes económico-financeiros, as organizações criminosas transnacionais e a criminalidade reditícia, não se torna viável fazê-lo distante de uma rigorosa observância dos *direitos e garantias fundamentais* que, em última instância, estruturam o Estado Democrático de Direito, sob pena dos *fins* passarem a justificar os *meios empregados*, como acertadamente, ao nosso sentir, concluiu Valente (2020).

BIBLIOGRAFIA

- Alldrige, P. (2020). Legislação sobre produtos de crime desde 2003 – duas áreas-chave. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 217-242). São Paulo : Marcial Pons .
- Cassella, S. D. (2020). A perspectiva americana sobre recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. (pp. 243-258). São Paulo: Marcial Pons.
- Blanco Cordero, I. (2020). El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime em Direito Penal: confisco alargado e confisco sem pena* (pp. 73-150). São Paulo: Marcial Pons.
- Rios, R. S., & Rodrigues, V. C. (2020). Confisco alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei anticrime”). Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 17-34). São Paulo: Marcial Pons.
- Saliger, F. (2020). Questões fundamentais do confisco de bens. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 185-216). São Paulo : Marcial Pons.
- Teixeira, A. (2020). *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons .
- Valente, M. M. G. (2020). Da perda de bens e direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: as controvérsias de um regime em ‘apuração’. Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 35-72). São Paulo: Marcial Pons.
- (2020). *Direito Penal do Inimigo: o «progresso ao retrocesso»*. 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- Viganó, F. (2020). Reflexões sobre o Estatuto Constitucional e Convencional do Confisco “de prevenção” no ordenamento italiano. Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 151-184). São Paulo: Marcial Pons.