

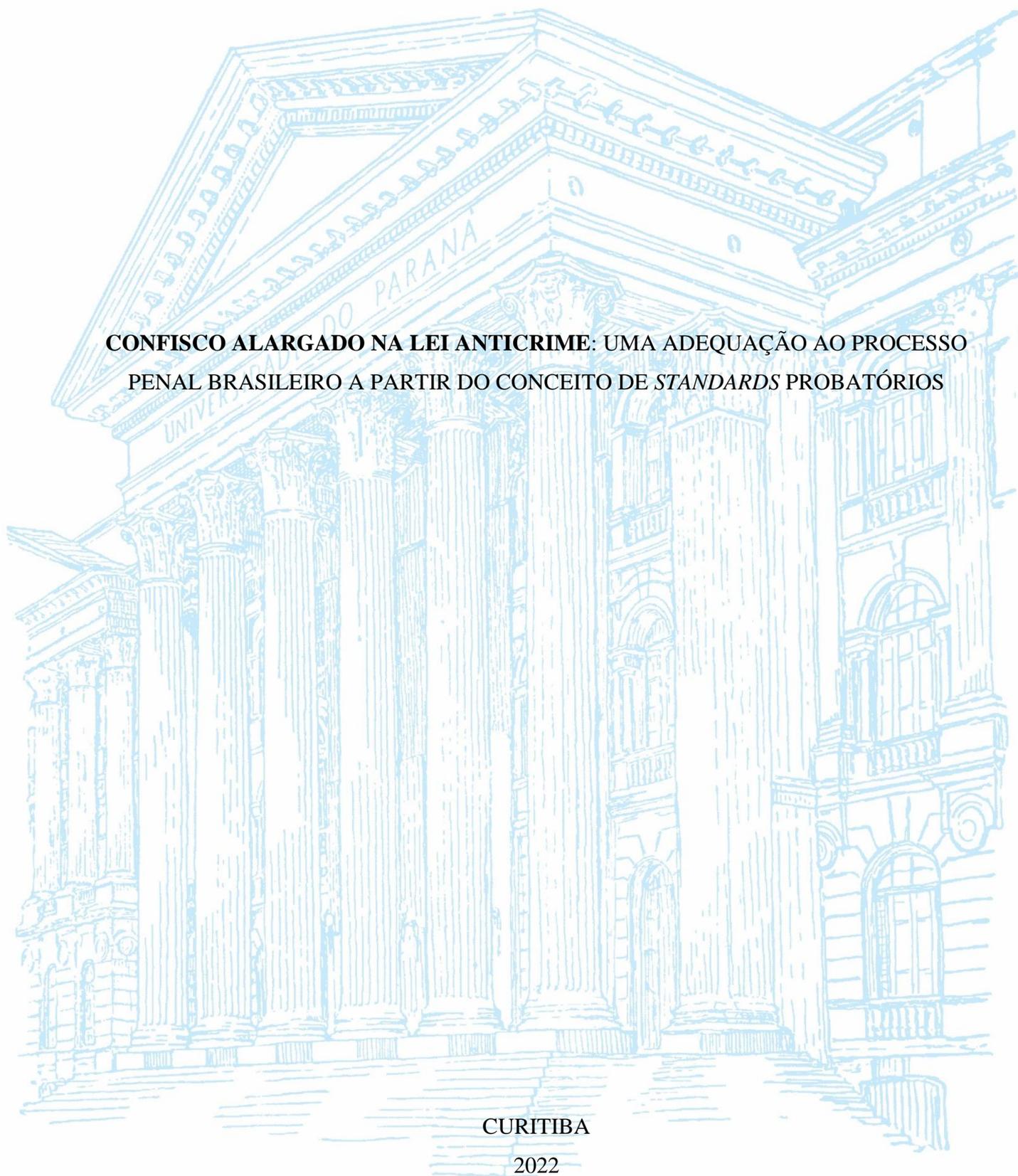
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO VICTOR STALL BUENO

CONFISCO ALARGADO NA LEI ANTICRIME: UMA ADEQUAÇÃO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO CONCEITO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

CURITIBA

2022



JOÃO VICTOR STALL BUENO

**CONFISCO ALARGADO NA LEI ANTICRIME: UMA ADEQUAÇÃO AO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO CONCEITO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS**

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

CURITIBA

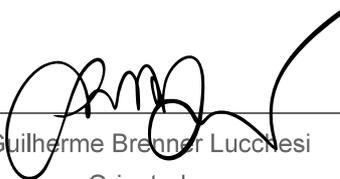
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

CONFISCO ALARGADO NA LEI ANTICRIME: UMA ADEQUAÇÃO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO CONCEITO DE STANDARDS PROBATÓRIOS

JOAO VICTOR STALL BUENO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Guilherme Brenner Lucchesi
Orientador

Coorientador

FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JUNIOR

Assinado de forma digital por FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JUNIOR
Dados: 2022.05.03 13:05:43 -03'00'

Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior

1º Membro



Documento assinado digitalmente
Luiz Eduardo Dias Cardoso
Data: 03/05/2022 12:05:47-0300
CPF: 081.542.229-65
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Eduardo Dias Cardoso

2º Membro

“How strange it is to be anything at all.”

(Jeff Mangum, em “In the aeroplane over the sea”)

AGRADECIMENTOS

O ciclo da graduação em Direito é, sem dúvidas, marcado por uma dualidade. Enquanto se vislumbram novos conhecimentos e conquistas, também não faltarão momentos de incerteza, ansiedade e cansaço; por isso o sempre citado clichê do encerramento da jornada.

Mas o ciclo por mim vivido entre 2017-2022, com meus colegas do turno da noite do Direito-UFPR, por diversas vezes pendeu para o lado negativo. A interrupção causada pela pandemia de Covid-19, que serviu para atrasar a chegada de minha formação, trouxe dúvidas e desanimo, que acabaram por ser superadas.

O retorno ao prédio histórico, porém, que em teoria seria celebrado pelos discentes, se deu de maneira suspeita, por ainda existirem riscos relacionados ao vírus e ser marcado por uma mudança brusca na metodologia de ensino.

Não deixou de ser feliz, contudo, a volta dos encontros com amigos pessoalmente, com a chance de repetirmos por mais algumas vezes tradições sedimentadas, como tomar um chopp na *Boutique da Cerveja*.

E me permitindo ser repetitivo, uso outra conjunção coordenativa adversativa, outro *porém*, que representa a dualidade vivida. Na sexta-feira, 25 de fevereiro de 2022, ao fim da tarde é dada a notícia do falecimento de meu amigo João Vitor Vieira Carneiro, o Joãozinho, a quem tive a honra de poder conversar e ter ao meu lado desde os primeiros dias de graduação na UFPR.

Por isso, como não poderia deixar de ser, em primeiro lugar agradeço imensamente ao Joãozinho, por ser alguém que sempre me incentivou na pesquisa acadêmica, já que este era um dos seus incontáveis talentos. Seu enorme coração, capaz de encantar as pessoas mais diversas, estará eternamente marcado em minha vida.

Aos meus pais, Alceu Kossatz Bueno Junior e Sandra Maria Stall Bueno, por terem fornecido a base sólida de amor e educação na qual cresci, e que me permitiu focar em meus estudos e crescimento pessoal.

À minha namorada Yasmin Luiza Rafael Molfetti de Oliveira, por ter sempre me ajudado a segurar a barra nos períodos mais difíceis, além de sempre estar ao meu lado nos mais felizes. Te amo imensamente.

Aos meus amigos da UFPR, em especial nas pessoas de Vitor Miranda Capacle, Lucca dos Santos e Oliveira e Ani Caroline Otto José, que me acompanharam durante toda a graduação nas mais inusitadas situações e que sempre estiveram lá quando precisei.

À toda equipe do Figueiredo Basto Advocacia, em especial nas pessoas de Gabriela Preturlon Lopes de Souza e Tomás Chinasso Kubrusly, amigos com quem tenho o prazer de conviver diariamente. Com vocês aprendo não só sobre Direito, mas também sobre os valores da amizade e do companheirismo.

Ao meu orientador Guilherme Brenner Lucchesi, com quem tive as maiores lições sobre Direito Processual Penal, matéria pela qual me apaixonei. Também aos membros da banca, os Professores Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior e Luiz Eduardo Dias Cardoso, pela participação e por serem profissionais inspiradores.

Por fim, ao ter em mente todos os nomes que até aqui me acompanharam, tenho certeza de que a dita jornada se encerra de maneira feliz. A vitória, afinal, também é marcada pelos absurdos, antíteses e dores – por isso saio da UFPR, por enquanto (?), tendo plena consciência de que valeu a pena.

RESUMO

A Lei Anticrime inseriu no Código Penal o chamado “confisco alargado”, segundo o qual, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 anos de reclusão, permite-se a constrição de valores do condenado que correspondem à diferença entre o valor total de seus bens patrimoniais e os rendimentos comprovadamente lícitos, considerando tal montante produto ou proveito do crime. A pesquisa tem como problema as invariáveis tensões que o novo instituto traz ao Processo Penal, eis que autoriza de forma oblíqua uma inversão do ônus da prova, além de pôr em risco a presunção de inocência. Assim, o estudo buscou nos *standards* probatórios uma alternativa que viabilize a utilização do confisco. Os *standards* são critérios objetivos de aferição de suficiência probatória para proferimento de uma decisão. Com isso, sugeriu-se, de maneira a não solapar garantias, a imposição de um *standard* probatório adequado ao confisco alargado, que, ao menos, mitigue o ônus probatório. A acusação não poderá basear sua presunção numa mera operação de subtração, mas deverá indicar uma carga probatória mínima que demonstre a ilicitude do patrimônio excedente. Desse modo, ainda que não seja uma probabilidade elevadíssima de prova quanto a inadequação patrimonial, mantém-se vivo o ônus probatório à cargo da acusação. O presente trabalho busca, portanto, verificar se tal sugestão é viável no contexto de um processo penal constitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Lei Anticrime; Confisco Alargado; Direito Probatório; *Standards* Probatórios; Teoria Racional da Prova.

ABSTRACT

The Anticrime Law inserted in the Penal Code the so-called "extended forfeiture", according to which, in the event of conviction for offenses to which the law assigns a maximum penalty of more than 6 years of confinement, it is possible to confiscate amounts of the convicted person that correspond to the difference between the total value of his assets and the proven lawful income, considering such amount as product or profit of the crime. The research has as a problem the invariable tensions that the new institute brings to Criminal Procedure, since it authorizes, obliquely, a reversal of the burden of proof, in addition to jeopardizing the presumption of innocence. Thus, the study looked to evidentiary standards as an alternative to make the use of confiscation feasible. The standards are objective criteria for assessing the sufficiency of evidence to render a decision. Thus, it was suggested, in order not to undermine guarantees, the imposition of an adequate evidentiary standard for extended forfeiture, which, at least, mitigates the burden of proof. The prosecution may not base its presumption on a mere subtraction operation but should indicate a minimum evidentiary burden that demonstrates the illicit nature of the surplus property. In this way, even if there is not a very high probability of proof of asset inadequacy, the burden of proof remains on the prosecution. This paper seeks, therefore, to verify whether such a suggestion is feasible in the context of a constitutional criminal procedure.

Keywords: Criminal Procedure; Anticrime Law; Extended Confiscation; Standards of proof; Rational Theory of Evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DEFINIÇÃO DE CONFISCO ALARGADO	11
3 CONFISCO ALARGADO, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
4 NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO	17
4.1 CONFISCO CLÁSSICO	19
4.2 CONFISCO ALARGADO	23
5 STANDARDS PROBATÓRIOS: DEFINIÇÃO E APLICABILIDADE	27
5.1 AS PRESUNÇÕES E OS <i>STANDARDS</i>	31
6 CONCLUSÃO	34
8 REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, trouxe mudanças contundentes na legislação penal brasileira, que mistura modificações de cunho garantista e de recrudescimento das normativas penais. Dentre estas, talvez a maior inovação legal se tenha dado no Capítulo VI do Código Penal, com a inserção do art. 91-A, que prevê a figura do confisco alargado¹.

Segundo o instituto, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, permite-se a apreensão de valores do condenado que correspondem à diferença entre o valor total de seus bens patrimoniais e os rendimentos comprovadamente lícitos, considerando tal montante produto ou proveito do crime. Constatada a incongruência patrimonial entre a totalidade do patrimônio e os rendimentos legais, será dada oportunidade ao condenado para comprovar a inexistência de incompatibilidade ou a procedência lícita dos valores.

Trata-se de uma normativa inspirada em modelos já existentes em sistemas jurídicos europeus, que começaram a se difundir na segunda metade da década de oitenta². No direito internacional, a partir de 1988, as Nações Unidas editaram pelo menos três convenções que sugerem a adoção de uma figura alarga de confisco com inversão do ônus da prova: Convenção de Viena (1988), Convenção de Palermo (2002) e Convenção de Mérida (2016), sendo que todas têm o Brasil como signatário.

Por mais que doutrinadores de relevância defendam sua adequação ao ordenamento pátrio³, é inegável que o confisco presume uma inversão do ônus da prova indevido. Ao se jogar a responsabilidade de comprovação da licitude dos seus próprios bens ao acusado, o Ministério Público renuncia a seu ônus probatório, um dos corolários do Processo Penal Democrático.

Do outro lado, é manifesto que o instituto se apresenta como alternativa relevante para o combate da criminalidade econômica⁴, o que levou a uma difusão considerável de tal modalidade no contexto europeu.

¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner; MENDES, Tiago Bunning. **Lei anticrime** – a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 152.

² GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes: o confisco com base na inversão do ônus da prova – lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1. e 7. a 12. In: ANDRADE, Manuel da Costa. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1363. p. 1321.

³ LINHARES, Sólón Cícero. **Confisco alargado de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra corrupção sistêmica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 123-158., jan./fev. 2016.

Com isso, o presente trabalho indaga se é possível construir uma adequação do instituto ao sistema penal brasileiro, de maneira a não solapar garantias processuais penais, por meio da invocação do conceito de *standards* probatórios – critérios objetivos de aferição de suficiência probatória para proferimento de uma decisão.

A definição de um *standard* probatório adequado ao confisco alargado poderá, ao menos, mitigar o ônus probatório. A acusação não poderá basear sua presunção numa mera operação de subtração, mas deverá indicar uma carga probatória mínima que demonstre a ilicitude do patrimônio excedente.

Em um primeiro momento, o trabalho irá definir de maneira exauriente o que é o confisco alargado, compreendendo-o no contexto mais amplo das modalidades de perda de bens existentes no Código Penal. Em seguida, levando a reflexão ao âmbito do Direito Processual Penal, serão elencadas as aparentes violações a garantias constitucionais que decorrem do acoplamento do instituto ao ordenamento jurídico pátrio.

A partir dessa reflexão, como passo seguinte, buscar-se-á entender quais são os argumentos favoráveis à perda alargada, tendo por apoio a doutrina nacional e estrangeira, com maior destaque aos escritos de Portugal. Aqui irá se situar um debate sobre a natureza jurídica do instituto, que possui implicações diretas na definição do *standard* probatório.

Por fim, o texto se ocupará em definir o que são os *standards* probatórios e como eles se aplicam ao estudo do confisco alargado. O trabalho, então, irá responder se a sugestão de adequação do instituto do art. 91-A, do CP, por meio da mitigação do ônus probatório, pela via dos *standards*, irá se confirmar ou não.

2 DEFINIÇÃO DE CONFISCO ALARGADO

Em essência, o confisco alargado nasce da constatação de uma incongruência patrimonial entre os rendimentos lícitos e a totalidade de bens que possui um indivíduo condenado por crime especificado em lei⁵. Tal disparidade – que é mera subtração entre patrimônio global e os bens comprovadamente lícitos – indicaria que o excedente seria produto ou proveito de infrações anteriores àquela pela qual o sujeito foi sentenciado, sendo presumível

⁵ No Brasil, adotou-se como critério as infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão. Em países como Portugal, há rol taxativo de crimes pelos quais o agente deverá ser condenado para que o confisco possa incidir.

que seus lucros advêm de uma vida criminosa⁶. Se não comprovada a licitude dos bens excedentes pelo réu, será autorizado ao Estado decretar a perda do remanescente.

O novo instituto introduziu uma mudança expressiva nas concepções de *confisco* até então presentes no ordenamento jurídico brasileiro, que já eram objeto de diversos sentidos a depender da fonte consultada⁷.

Antes da Lei 13.964/2019, havia dois sentidos extraíveis da legislação. O primeiro é o da *perda de bens* enquanto pena, expressamente prevista no art. 5º, inc. XLVI, alínea *b*, da Constituição da República, regulada pelo Código Penal em seu art. 43, inc. II, que prevê a *perda de bens e valores* como pena restritiva de direitos. O segundo sentido é o de *perdimento de bens* enquanto efeito da condenação penal, que é brevemente citado no art. 5º, inc. XLV, da Constituição da República, e regulado pelo art. 91, inciso II, alíneas *a* e *b* do Código Penal.

É apenas o segundo sentido que interessa ao presente trabalho. Ainda que o texto legal se utilize das palavras *perda* e *perdimento*, são elas sinônimo de *confisco*, de modo que os três vocábulos serão utilizados durante o texto para se referirem a modalidades de efeito da condenação penal, as quais tem por finalidade “retirar do patrimônio de determinada pessoa o bem que nele ingressou de modo escuso”⁸.

Em sua atual redação, pode se afirmar que o Código Penal prevê três modalidades de confisco: o confisco clássico (art. 91, II, *a* e *b*), o confisco subsidiário (art. 91, § 1º) e o confisco alargado (art. 91-A).

O confisco clássico é um efeito da condenação secundário e genérico⁹, havendo divergências doutrinárias quanto a sua natureza penal ou extrapenal. É secundário porque o efeito principal da sentença condenatória é a imposição de uma pena ou medida de segurança, e é genérico pois irá incidir automaticamente sobre todos os crimes em que há repercussão patrimonial, sem necessidade de menção expressa pelo magistrado na sentença¹⁰.

A regra permite a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico,

⁶CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.362>. p. 809.

⁷ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 16.

⁸VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens: análise de direito comparado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 34.

⁹DEZEM, G. M; SOUZA, L. A. **Comentários ao pacote anticrime - lei 13.964/2019**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 41.

¹⁰*Ibid.*, p. 41.

alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, a), e dos produtos ou proveitos da infração penal (art. 91, II, b).

Vale apontar, como descrito por Sólton Cícero Linhares, que o produto e o proveito do crime se diferenciam. O produto se refere aos “bens ou objetos utilizados para futuras negociações criminosos”, como é a droga no tráfico de entorpecentes; já o proveito diz respeito às “receitas, lucros ou vantagens obtidas com a infração criminosa”¹¹.

Por sua vez, o confisco subsidiário, ou confisco por equivalente, foi incluso à legislação penal pela Lei n.º 12.694/2012, que incluiu ao art. 91 do Código Penal o seu §1º, viabilizando a decretação da “perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”.

É também um efeito da condenação penal secundário, mas apresenta um caráter subsidiário¹², pois somente é aplicável quando não for possível a efetivação do perdimento clássico. Desse modo, nos casos em que não são encontrados os ganhos patrimoniais gerados pelo delito, ou se tais bens se localizarem no exterior, poderá ser decretada a perda de parcela lícita do patrimônio do réu, que corresponda ao valor ilícito aferível.

Por fim, temos o confisco alargado, que traz uma lógica completamente nova. É um efeito da condenação secundário e específico, já que não automático, ou seja, depende de requerimento expresso do Ministério Público e decisão fundamentada do magistrado. Nos termos do artigo 91-A, nas hipóteses de condenação por infrações com pena máxima superior a seis anos de reclusão, pode 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.

Nas modalidades anteriores, e em especial no confisco clássico, havia uma vinculação direta entre a medida e o crime objeto da condenação. Os instrumentos, produtos e proveitos obrigatoriamente têm relação com ao menos um fato ilícito, que foi devidamente sentenciado pelo juízo, após o regular trâmite de um devido processo penal.

A perda alargada, em contrapartida, abre espaço para que se alcancem bens que não estejam diretamente ligados ao fato delitivo pelo qual o autor foi condenado¹³. Sua incidência

¹¹ LINHARES, Sólton Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra corrupção sistêmica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 100.

¹² Nesse sentido: VIEIRA, Roberto D’Oliveira. *Op. cit.*, p. 143; e SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: reformas pontuais e assimétricas. *In*: MADURO, Flávio Mirza; MALAN, Diogo Rudge; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. (orgs.) **Desafiando 80 anos de processo penal autoritário**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D’Plácido, 2021, p. 675.

¹³ LUCCHESI, Guilherme Brenner; MENDES, Tiago Bunning. **Lei anticrime** – a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020., p. 153.

implica no surgimento de uma presunção de ilicitude quanto ao excedente patrimonial do réu. Segundo o raciocínio do instituto, a incongruência patrimonial, juntamente da gravidade do crime cometido, aceitaria pressupor que o autor cometeu mais delitos para além do sentenciado, os quais garantiram seu enriquecimento ilícito.

Quanto a extensão de patrimônio do condenado que poderá ser perdido, os incisos I e II do § 1º, do art. 91-A, estabelecem que serão 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”.

Em termos procedimentais, há fixação de suas regras mais essenciais no art. 91-A, mas que ainda deixam dúvidas quanto ao trâmite da medida até sua eventual concessão.

O requerimento deverá ser feito expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, já com a indicação da diferença apurada (art. 91-A, §3º). Da redação legal, se pode concluir que a incongruência a ser apontada parte de mera subtração entre o total do patrimônio do réu e o quanto presume-se corresponder aos seus rendimentos legais, não havendo qualquer exigência probatória mínima quanto aos bens indicados¹⁴.

Ao acusado será dada a oportunidade de exercer o contraditório, com a demonstração da inexistência de incompatibilidade ou comprovação da providência lícita de seus bens (art. 91-A, § 2º). Caso a defesa não supere tal encargo probatório, na sentença condenatória o juiz irá declarar a perda dos valores correspondentes a diferença apurada, com a devida especificação de quais bens estarão sujeitos à medida (art. 91-A, § 4º).

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

Apresentada a nova figura no contexto da legislação penal material, a reflexão deve seguir para compreensão de como ela se acopla (ou não) ao sistema penal pátrio, com enfoque nas garantias processuais penais e nas regras de direito probatório. Tal reflexão irá partir das tensões inicialmente perceptíveis entre o confisco alargado e a presunção de inocência.

¹⁴ Diferente da perda alargada prevista no art. 63-F da Lei de Drogas (11.343/2006), que exige existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosas habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosas.

3 CONFISCO ALARGADO, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ainda que o confisco alargado seja primordialmente uma matéria de direito material, a análise aqui proposta está focada nos aspectos processuais penais para a instrumentalização do instituto, em simetria com as garantias previstas constitucionalmente.

No Brasil, logo após a introdução do art. 91-A ao Código Penal, houve a publicação de artigo de autoria de Luiz Eduardo Dias Cardoso¹⁵, um dos primeiros a analisar o tema com a lei em vigência, em que concluiu de forma unívoca: há inversão do ônus da prova na formatação atual do instituto¹⁶.

O raciocínio para tal conclusão é comezinho, e seu ponto de partida está na presunção de inocência. Enquanto garantia consagrada no texto constitucional (art. 5º, inc. LVII), a presunção de inocência assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁷. Trata-se, acima de tudo, de um princípio político, que reflete o sistema em que está inserido¹⁸ – no caso brasileiro, um Estado Democrático de Direito, que busca adotar um processo penal acusatório¹⁹.

Segundo Aury Lopes Jr., sua eficácia se irradia em três dimensões: i) norma de tratamento; ii) norma probatória; e iii) norma de julgamento.

A primeira diz respeito à um *dever de tratamento* imposto pela presunção de inocência²⁰. O réu deve ser tratado como inocente no processo até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado.

A segunda se refere ao ônus da prova no processo penal. Como o réu já é presumidamente inocente, toda a carga probatória que indique o contrário está nas mãos da acusação. Nesse tópico Aury Lopes Jr. é categórico ao afirmar que “não se admite [...] nenhum

¹⁵ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.362>.

¹⁶ Juarez Cirino dos Santos e June Cirino dos Santos haviam chegado a mesma conclusão em 2015. (SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. **Boletim IBCCrim**, ano 23, n. 277, dez. 2015, p. 23-24)

¹⁷ A presunção de inocência também está consagrada em nosso sistema penal pela via convencional, já que expressamente prevista no art.8, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 105.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 70.

²⁰ LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 109.

tipo de inversão de carga probatória, sendo censuráveis – por violadores da presunção de inocência – todos os dispositivos legais neste sentido”²¹.

A terceira, enfim, diz respeito a uma regra de julgamento destinada ao juízo, quando for analisar a suficiência probatória para tomada de decisão. A incerteza quanto às provas que fundamentam a hipótese acusatória deve levar à absolvição, o que pode ser sintetizado na expressão *in dubio pro reo*.

Das três acepções sintetizadas, a segunda (norma probatória) é a que mais interessa ao presente tópico. Como esclarece Maurício Zanoide de Moraes, a presunção de inocência como ‘norma probatória’ é voltada à determinação: “de quem deve provar; por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que deve ser provado”²².

A dúvida mais relevante até aqui é a *de quem deve provar*, o que se relaciona ao ônus da prova no processo penal. Como explica Badaró, o ônus da prova no campo probatório é a faculdade dos “sujeitos parciais produzirem as provas sobre as afirmações de fatos relevantes para o processo, cujo exercício poderá levá-los a obter uma posição de vantagem ou impedir que sofram um prejuízo”²³.

Diante da garantia do estado de inocência, não há distribuição do ônus da prova no processo penal, estando o encargo probatório exclusivamente nas mãos do Ministério Público. Sobre o tema, Zanoide de Moraes traz resposta breve e conclusiva, ao afirmar que há consenso doutrinário em todos os países nos quais a garantia está inserida em nível constitucional: no processo penal o ônus de prova é da acusação²⁴.

Já em relação à inversão do ônus probatório na perda alargada, ao denunciar tal anomalia em Portugal, Godinho comentava sobre a necessária imposição do princípio da presunção de inocência também ao legislador²⁵. Segundo o autor, o regime da Lei n.º 05/2002, que se assemelha ao art. 91-A do CP, viola a presunção de inocência em três dos seus aspectos básicos.

O primeiro diz respeito à própria presunção de ilicitude do patrimônio do condenado. Inverte-se a lógica da garantia constitucional, pois diante de uma suspeita sobre os bens, há

²¹ *Ibid.*, p. 110.

²² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo pena brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 578.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 490.

²⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Op. cit.*, p. 578.

²⁵ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes: o confisco com base na inversão do ônus da prova – lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1. e 7. a 12. In: ANDRADE, Manuel da Costa. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1363., p. 1358.

presunção de culpa quanto ao cometimento de mais delitos para além do sentenciado. O segundo aspecto violado diz respeito ao silêncio do réu, representado por sua inatividade probatória, que ao invés de não gerar prejuízo irá levá-lo à perda de seus bens. O encargo probatório saí das mãos da acusação e a ele é entregue. Por fim, a terceira violação é contra a norma de julgamento do *in dubio pro reo*, que será subvertida pela presunção de ilicitude que vincula o juiz: em caso de dúvida quanto a origem dos bens, a lei pende em desfavor do condenado²⁶.

Pelos pressupostos até aqui fixados, pode parecer irrefutável a conclusão em desfavor do confisco alargado. Porém, há uma grande quantidade de países que adotaram a medida e cancelaram sua adequação constitucional. Também há hodierno repertório doutrinário nacional que se posiciona favoravelmente à medida, e que deve ter seus argumentos examinados.

4 NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO

Os argumentos em defesa do confisco alargado podem ser divididos em dois grupos, sendo um de ordem pragmática e outro de ordem propriamente jurídica.

O argumento pragmático, ou efficientista, leva em conta os benefícios trazidos pela perda alargada como meio de enfrentamento da criminalidade econômica. No contexto de uma “sociedade de riscos”, os pressupostos penais clássicos não mais atenderiam às necessidades do meio social²⁷, que é obrigado a lidar com as consequências das transformações sociais e tecnológicas desenfreadas²⁸. São geradas inúmeras fontes de perigo que não conseguem ser resolvidas dentro dos mecanismos disponíveis à própria sociedade, havendo maior pressão sobre o Poder Judiciário para oferecer respostas ágeis e eficazes²⁹.

Uma de tais fontes de insegurança se encontra na criminalidade lucrativa. Sua atuação em prol do fácil enriquecimento acaba por inserir capital ilícito na economia formal, em prejuízo da concorrência, dos cofres públicos e do próprio sistema político dos países em que

²⁶ *Ibid.*, p. 1359.

²⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo**, v. 24, n. 118, p. 123-158., jan./fev. 2016, p. 124.

²⁸ CORREA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 19-20.

²⁹ LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 23.

atua³⁰. Nesse sentido, não é incomum que os autores deste tipo de delito possuam laços com membros do poder público³¹.

O quadro apresentado põe em crise várias das estruturas de fiscalização e punição do direito penal, com maior impacto sobre a pena privativa de liberdade. Os criminosos de colarinho branco não precisam ser reinseridos à sociedade pela segregação, eles já estão perfeitamente integrados ao meio social³².

A moderna política criminal, então, se reestrutura para oferecer medidas voltadas à prevenção do crime, por meio do recrudescimento do direito penal, que deve antecipar a resposta punitiva³³. Em síntese, como bem coloca Caeiro, o adágio “o crime não compensa” é abandonado para assumir-se que “o crime não deve compensar”³⁴.

Mas para tanto, não há como fugir de uma flexibilização das regras de imputação e relativização de garantias político-criminais³⁵. É um preço que os autores desta corrente parecem estar dispostos a aceitar.

Dentre as ferramentas necessárias para o combate ao crime lucrativo, a sanção patrimonial se mostra extremamente atrativa, já que permite remover dos infratores as vantagens que auferiram, o que os impede de realizar novos investimentos em atividades ilícitas. Daí a utilidade do confisco, que de mero efeito secundário, se reergue como pilar da política criminal contra a criminalidade organizada³⁶.

Por sua vez, os argumentos propriamente jurídicos não são uníssonos e muitas vezes dependem das especificidades do ordenamento de cada país, além da forma que é regulado o instituto nesse território. Ainda assim, há entendimentos da doutrina estrangeira que podem servir de apoio para o estudo, especialmente pela maturidade do debate na Europa.

A definição da natureza jurídica da perda alargada, de maneira certa, é a chave para a compreensão da sua compatibilidade a um sistema penal. Isso porque tal definição tem fortes implicações práticas³⁷. Como explica João Conde Correa, a escolha de caráter penal se reflete na incidência de “inúmeras objeções de índole jurídico-constitucional, dificilmente superáveis”.

³⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. *Op. cit.*, p. 124.

³¹ LINHARES, Sólon Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra corrupção sistêmica. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 40.

³² CORREA JUNIOR, Alceu. *Op. cit.*, p. 31.

³³ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. *Op. cit.*, p. 129.

³⁴ CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n.2, 2011, p. 275.

³⁵ LINHARES, Sólon Cícero. *Op. cit.*, p. 41.

³⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. *Op. cit.*, p. 127.

³⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

Já pela escolha de uma natureza extrapenal (v.g. civil ou administrativa), haverá considerável maleabilidade para a aplicação do instituto e uma pretensa maior eficiência.

4.1 CONFISCO CLÁSSICO

Vale notar que, no Brasil, nem sequer há consenso quanto a natureza do confisco clássico, previsto no art. 91, inc. II, do CP. As classificações encontradas são diversas, mas podem ser simplificadas em duas: natureza penal ou extrapenal³⁸.

Pela natureza extrapenal militam nomes como Paulo César Busato³⁹, Tiago Cintra Essado⁴⁰, Alceu Corrêa Junior⁴¹, Roberto D’Oliveira Vieira⁴² e Sérgio Moro⁴³. Entre os autores que defendem a natureza penal, citamos Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁴⁴, Guilherme Brenner Lucchesi e Ivan Navarro Zonta⁴⁵, Francisco Bissoli Filho⁴⁶ e Luiz Eduardo Dias Cardoso⁴⁷.

As justificativas em defesa de cada uma das posições são escassas e até mesmo confusas. Como pontuado por Essado, “em geral, os autores optam pelo efeito penal ou civil sem, no entanto, tecerem maiores fundamentações para justificar a escolha da natureza jurídica do instituto”, – o que revela o tratamento secundário que é dado à matéria⁴⁸.

O argumento em favor da natureza extrapenal defende que, embora seja um instituto inserido no Direito Penal, sua aplicação não leva em conta critérios de culpabilidade do agente, mas sim um princípio de não tolerância do enriquecimento ilícito⁴⁹. Seu objetivo é um retorno

³⁸ Essado também simplifica as classificações, mas as divide em natureza penal e natureza cível. (ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 19)

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal. Parte Geral**. Vol.1. 5. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2020. p. 786.

⁴⁰ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 19-20.

⁴¹ CORREA JUNIOR, Alceu. *Op. cit.*, p. 38.

⁴² VIEIRA, Roberto D’Oliveira. **Confisco alargado de bens: análise de direito comparado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 100.

⁴³ MORO, Sergio Fernando. *Op. cit.*, p. 168.

⁴⁴ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 731.

⁴⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. São Paulo: FGV Editora, 2017; e LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 735-764, maio/ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.353>, p. 752.

⁴⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 113.

⁴⁷ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 118, jan.-fev. 2016.

⁴⁸ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 19-20.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

ao *status quo* vigente antes da prática do crime⁵⁰. O autor não sofreria uma sanção sobre um patrimônio que tem direito, apenas perderia bens que nunca teve propriedade legítima.

Nesse sentido, Essado aduz que o texto constitucional regulou o perdimento de bens ao lado da reparação do dano, efeito de natureza civil, permitindo para ambas as situações que seus efeitos sejam transmitidos aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, inc. XLV, CR). A permissiva os diferenciaria da pena, que tem caráter intransmissível, nos termos da parte inicial do mesmo inciso⁵¹.

Com isso, assim como na reparação do dano, a perda de bens tem finalidade reparatória. Afinal, mesmo que os bens declarados perdidos tenham destinação pública, é ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé. Se numa conduta criminoso individual, via de regra, a vítima tem direito à reparação do dano, para criminalidade organizada, que gera danos de caráter difuso, a perda de bens serviria como meio adequado para a reparação social desses efeitos prejudiciais amplos⁵².

Já a corrente que adota a natureza penal do perdimento de bens refuta qualquer aproximação com a reparação do dano. Lucchesi e Zonta explicam que a obrigação de indenizar o dano é de natureza civil, decorrente de ato ilícito, que é declarado na sentença condenatória. O fato delituoso que foi sentenciado existe no ordenamento jurídico como espécie do gênero dos atos ilícitos, nos termos do art. 186, do Código Civil. Disso decorre uma incidência simultânea de dispositivos de natureza penal e natureza civil, “de modo que a prática do crime, comumente, ensejará responsabilização criminal e civil cumulativas”⁵³.

Uma dessas responsabilidades é a obrigação de reparar o dano, prevista no art. 927 do CC. Na legislação penal, essa obrigação está no art. 91, inc. I, do CP, que prevê que um dos efeitos da condenação é “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Como bem explicam os autores, “a locução *tornar certa a obrigação*, em sentido técnico jurídico estrito, é consideravelmente diferente de *condenar à reparação de danos*”⁵⁴.

Ao juízo penal cabe apenas confirmar a existência da obrigação de reparação e não condenar o réu ao pagamento. A sentença que torna certa a obrigação servirá de título executivo no juízo cível, que definirá o valor total a ser pago e efetivamente executado. Isso seria

⁵⁰ MORO, Sergio Fernando. *Op. cit.*, p. 168.

⁵¹ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 21.

⁵² *Ibid.*, p. 22.

⁵³ LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. *Op. cit.*, p. 748.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 749.

confirmado pelo art. 387, inc. IV, do CPP, que determina ao juiz a fixação do valor mínimo de reparação na sentença, que terá seu valor total efetivamente definido na esfera cível.

Por sua vez, o perdimento de bens consistiria em consequência de natureza penal, pois a própria Constituição prevê o *perdimento* como efetiva *pena* (art. 5º, XLVI, “b”) a ser *decretada* “(note-se: não *declarada* ou *tornada certa* — diferença terminológica relevante do aspecto técnico-jurídico) pelo juiz criminal na sentença condenatória, de forma comparável à *perda dos direitos políticos*”. É uma modalidade de extinção do direito de propriedade que não encontra previsão na lei civil⁵⁵.

Nessa perspectiva, Bissoli Filho defende o confisco como uma espécie do gênero sanção penal, “distinguindo-se das demais espécies de sanções penais por suas formalidades e por seus propósitos específicos”⁵⁶. A perda de bens, assim como a pena, decorre de imposição judicial, após um devido processo penal e a partir de cominações legais, mas ao invés de assumir um caráter predominantemente retributivo, é acentuado o seu viés preventivo.

À vista dos posicionamentos colacionados, fica evidente que, pela falta de atenção dada ao instituto, não há uma posição majoritária que possa facilmente ser assumida. De todo modo, os argumentos em prol da natureza penal do confisco clássico parecem prevalecer. Isso porque, ao considerarmos a separação entre reparação do dano e perda de bens, não é possível concluir que são ambos institutos de natureza reparatória.

A obrigação de reparar o dano pode se tornar certa por meio de uma sentença penal condenatória, mas não depende dela para existir. Diante do sistema de independência relativa entre as instâncias civil e penal no Brasil, temos que a responsabilidade civil é autônoma em relação a criminal, nos termos do art. 935 do CC⁵⁷. No mesmo sentido, conforme o art. 66 do CPP, mesmo que haja absolvição do réu por não existir prova suficiente para a condenação, não há impedimento para a propositura de ação civil, com consequente condenação de reparação de danos.

Por sua vez, a perda de bens está vinculada à condenação de um agente por fato típico, antijurídico e culpável, após o desenvolvimento de um devido processo penal, ou seja, é diretamente derivada do *ius puniendi* estatal⁵⁸. Ainda que ela possa servir para fins reparatórios

⁵⁵ *Ibid.*, p. 752.

⁵⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115.

⁵⁷ SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. **As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2007, p. 24-25.

⁵⁸ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 20.

quando é identificado direito de lesado ou terceiro de boa-fé, há uma série de crimes “sem vítima”, como o tráfico de drogas, que produzem efeitos lesivos de maneira difusa.

Desse modo, ainda que Essado entenda que a perda possa servir como uma reparação social dos efeitos danosos da criminalidade organizada⁵⁹, não existem meios confiáveis para se mensurar um dano tão genérico. Em outras palavras, não há como determinar qual é o *status quo ante* a ser restaurado em favor da sociedade.

Com as devidas ressalvas, podemos trazer contribuições de doutrina estrangeira. O belga Guy Stessens, em obra sobre lavagem de capitais, aduz que, nos casos de confisco dos proveitos de um crime “sem vítima”, nem sempre haverá relação entre as vantagens auferidas e as lesões sociais e econômicas causadas pelo delito.

Segundo o autor, existem crimes que não implicam em custos sociais a serem compensados, já que não privam a sociedade de alguma propriedade que teriam, apenas exige que a comunidade arque com custos adicionais gerados, não havendo um bem comum a ser restituído⁶⁰. Portanto, são casos sem qualquer finalidade reparatória, destinando-se a fins vinculados ao Direito Penal.

Por sua vez, em Portugal, onde sempre houve debate complexo quanto a natureza jurídica da perda de bens, as opiniões de mais peso pendiam à natureza penal, restando a dúvida quanto ser o perdimento uma *pena acessória* ou *efeito da pena* ou, ainda, *medida de segurança*⁶¹.

Jorge de Figueiredo Dias utiliza-se da expressão *providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança* para classificar o confisco de instrumentos, produtos e vantagens do delito, tendo em vista seus fins de prevenção à prática de futuros crimes, tanto pelo agente quanto pela generalidade, o que está ligado à ideia de que *o crime não compensa*⁶².

Em que pese as diferenças entre os regimes de confisco do país lusitano e do Brasil, as considerações quantos aos fins preventivos do instituto também podem nos servir. Afinal, se para o discurso oficial que fundamenta o Código Penal brasileiro, adota-se uma teoria unifica da pena, a qual serve concomitantemente para fins retributivos e preventivos gerais e

⁵⁹ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ STESENS, Guy. **Money laundering**. A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2003, p. 50-52.

⁶¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em 'apuração'. In: TEIXEIRA, Adriano (Org.) **Perda das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 39.

⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal português: parte geral II**, as consequências jurídicas do crime. Coimbra Editora, 2005, p. 628; 632-638.

especiais⁶³, nos termos de seu art. 59, então não há como excluir da esfera do Direito Penal seus objetivos de prevenção do crime.

As teorias preventivas da pena, que se subdividem em prevenção geral e prevenção especial, entendem que o castigo se impõe para que o agente não volte a delinquir⁶⁴. Em apertadíssima síntese, a prevenção geral estaria enraizada nas ideias de intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem; a pena serve como desestímulo ao crime para o homem racional, que deixará de delinquir pelo risco de sofrer um castigo⁶⁵. Já a prevenção especial, ao invés de se dirigir à sociedade, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, em dois processos simultâneos. Por um lado, a prevenção especial negativa neutraliza o condenado, por meio da incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva tenta ressocializar o condenado, por meio de trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais⁶⁶.

Com isso, parece claro que o confisco atinge fins penais declarados de prevenção geral – ao, em tese, desestimular a prática de crimes lucrativos –, e de prevenção especial negativa, ao impedir que o condenado possa reutilizar os instrumentos, os produtos e os proveitos do crime em práticas delituosas futuras.

A perda de bens do art. 91, II, do CP, só pode existir se vinculada à condenação de um agente por fato típico, antijurídico e culpável, após o desenvolvimento de um devido processo penal, atingindo fins declarados do Direito Penal. Sua natureza, portanto, só pode ser penal. Ainda que não se enquadre como uma pena propriamente dita e possua eventuais repercussões reparatórias, é um efeito da condenação invariavelmente penal.

4.2 CONFISCO ALARGADO

Tendo em vista a indefinição quanto a natureza jurídica do confisco clássico, não há como o confisco alargado não sofrer com o mesmo tipo de controvérsia. Mas, para a perda alargada, essa resposta parece ser ainda mais relevante, por ter implicações diretas na operabilidade do instituto.

⁶³ Discurso que, já há muito tempo, é objeto de acertadas críticas, como em: ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 123 -124.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC, 2014, p. 428.

Como já brevemente citado, a perda alargada, em geral, pode se revestir de natureza penal ou natureza extrapenal, sendo que esta última é defendida ora como medida civil, ora como medida administrativa.

Os autores brasileiros mais favoráveis ao instituto parecem se concentrar na segunda concepção, como é o caso de Roberto D'Oliveira Vieira⁶⁷ e Vladimir Aras⁶⁸. Em Portugal também são vários os nomes, como João Conde Correia⁶⁹ e Pedro Caeiro⁷⁰.

Os argumentos em favor da natureza civil seguem o raciocínio já exposto sobre o confisco clássico. Segundo Vieira, a perda alargada não possui caráter punitivo, pois representa um mero retorno ao estado anterior a prática criminosa indiretamente demonstrada. É um mecanismo civil, inserido no processo penal, que restaura uma situação patrimonial contrária ao direito, de modo semelhante à responsabilidade civil⁷¹.

Já em relação a natureza administrativa, ao invés de seguir fins reparatórios, parece estar ligada a uma finalidade preventiva e puramente focada no seu objeto – o patrimônio⁷². Caeiro explica que a medida não tem por causa um fato punível, “mas sim um patrimônio incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes”⁷³. Nessa ordem de ideias, o confisco é uma medida administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, que quer impedir a prática de novos delitos por meio de bens e valores supostamente maculados, não se vinculando à verificação de culpa do agente pelo cometimento do crime *sub judice*.

As críticas anteriormente feitas em relação à natureza extrapenal do confisco clássico se aplicam às concepções civil e administrativa do confisco alargado. Os mesmos problemas de determinação do *status quo ante* são encontradas, em escala mais agravada. Se no confisco clássico se sabe com exatidão as condições do crime sentenciado, aqui há mera presunção de cometimento de mais delitos, sem maiores descobertas quanto a extensão de seus possíveis danos.

⁶⁷ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens**: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 100.

⁶⁸ ARAS, Vladimir. O confisco alargado, sua natureza jurídica e sua aplicação imediata. In: CAMBI, Eduardo; MARINELA, Fernanda; SILVA, Danni Salles (Org.) **Pacote anticrime**: volume I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 372-391.

⁶⁹ CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, versão *kindle*.

⁷⁰ CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n.2, 2011.

⁷¹ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Op. cit.*, p. 101.

⁷² SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. In: TEIXEIRA, Adriano (Org.) **Perda das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 190.

⁷³ CAEIRO, Pedro. *Op. cit.*, p. 310.

Dada atenção à natureza administrativa, também se nota que o art. 91-A, do CP, não parece comportar uma completa desvinculação da culpa do agente, com foco exclusivo no patrimônio. A condenação por fato ilícito, antijurídico e culpável é critério objetivo de incidência, além de ser certo que a presunção operada é um juízo que recai sobre o agente, que teria cometido mais delitos para além do sentenciado. Da mesma forma, o caráter dito preventivo está vinculado a objetivos de política criminal, pois se aproxima dos fins de prevenção geral e especial, inseridos no Direito Penal⁷⁴.

A natureza penal, por sua vez, é defendida nacionalmente por autores como Guilherme Lucchesi⁷⁵, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Cláudio Macedo de Souza⁷⁶. Em Portugal, vale menção a Jorge Godinho⁷⁷ e Paulo Silva Marques⁷⁸.

Aqui também são válidos os argumentos favoráveis à natureza jurídica penal do confisco clássico, afinal, a medida alargada é uma versão extremada da figura do art. 91, II, do CP. Para Godinho, essa é uma das razões que o levam a defender a índole penal do instituto, somando-se mais três aspectos: i) ele é dependente de uma condenação penal; ii) orientar-se para fins de prevenção criminal; e iii) sua prova faz-se no âmbito penal⁷⁹.

O autor, no entanto, acredita que não há vinculação com a culpa do agente, pois a condenação prévia por crime do catálogo é mero critério objetivo de aplicabilidade do regime. A punição incide sobre um estado (posse de bens) não danoso nem perigoso para qualquer bem jurídico, tendo por base uma suspeita de práticas criminosas, e aplica-se em razão de dificuldades probatórias dos crimes suspeitos. De forma resumida, é uma reação penal de *suspeita*⁸⁰.

Por seu turno, Paulo Silva Marques acrescenta mais um critério relevante em favor da natureza penal: trata-se de medida de caráter punitivo fortemente incisiva dos direitos patrimoniais do arguido, que visa cumprir finalidades de política criminal, o que fundamenta a incidência de um sistema de garantias robusto como o processual penal⁸¹.

⁷⁴ MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003, p. 313.

⁷⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner; MENDES, Tiago Bunning. **Lei anticrime** – a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

⁷⁶ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 118, jan.-fev. 2016.

⁷⁷ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes: o confisco com base na inversão do ônus da prova – lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1. e 7. a 12. In: ANDRADE, Manuel da Costa. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1363.

⁷⁸ MARQUES, Paulo Silva. *Op. cit.*

⁷⁹ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Op. cit.*, p. 1348.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1350-1351.

⁸¹ MARQUES, Paulo Silva. *Op. cit.*, p. 313.

Pela perspectiva nacional, vale breve menção aos apontamentos de Cardoso e Souza, para quem as considerações relativas à perda clássica não são inteiramente aplicáveis à figura alargada. A perda alargada não é efeito secundário automático; exige uma decretação fundamentada e com instauração de procedimento específico (imposição que não consta no regime do art. 91-A, mas que pode ser comparado à obrigatoriedade de requerimento pelo Ministério Público).

Questiona-se, então, se é uma medida de caráter meramente secundário, já que parece estar mais próxima de uma pena. Os autores, porém, negam esta natureza, pela inexistência de caráter retributivo, somado a um viés reparatório decorrente de uma possível restituição do *status quo* anterior ao delito.

À visto disso, classificam a perda alargada como efeito secundário da condenação não-automático, que “reclama o respeito aos princípios que regem o processo penal e que garantem os direitos do arguido”⁸². Ainda que em ordenamento distinto, de forma semelhante Marques caracteriza o confisco alargado como “efeito da pena, de consequências patrimoniais, não automáticas, para o arguido”⁸³.

Por último, há uma classificação incomum que merece destaque, por revelar de forma inequívoca os interesses por trás da negação da natureza penal do instituto. Linhares não esconde sua preocupação com a eficácia da perda alargada, ao classificá-la como medida única, autônoma, *sui generis*, a qual “não guardaria relação direta com o processo penal, apesar de ter que respeitar o núcleo duro de seus princípios, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a presunção de inocência”⁸⁴.

A desvinculação da medida como matéria estritamente penal, na concepção de Linhares, também é favorável ao permitir a redução do *standard* probatório para sua incidência. Ou seja, a decisão quanto ao confisco não exigirá um rigor probatório elevado para que seja decretada, bastando preponderarem evidências em desfavor do réu, como é feito no processo civil. Essa solução enraizada no pragmatismo tem por fim declarado a não abertura de espaço para questionamentos acerca de violações a garantias como o da presunção de inocência, direito ao silêncio, necessidade de auferição de culpa pelo capital incongruente, entre outras⁸⁵.

⁸² CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. *Op. cit.* não p.

⁸³ MARQUES, Paulo Silva. *Op. cit.*, p. 314.

⁸⁴ LINHARES, Sólon Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra corrupção sistêmica. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 177.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 177-180.

Da investigação feita, levando em consideração a posição já tomada a respeito do confisco clássico, o presente trabalho se filia à posição de Cardoso e Souza, por entender que o confisco alargado é um efeito da condenação não-automático, de natureza evidentemente penal.

Pelo exposto, é possível avançar para o estudo dos *standards* de prova, tema até aqui ventilado, mas não definido, que poderá eventualmente servir de meio para a adequação do confisco alargado ao direito brasileiro.

5 STANDARDS PROBATÓRIOS: DEFINIÇÃO E APLICABILIDADE

Diante do reconhecimento da inversão do ônus probatório no regime do art. 91-A, do CP, o que é manifestamente inadmitido em matéria penal, se torna urgente o encontro de soluções que possam viabilizar o confisco alargado, enquanto instrumento eficaz de combate à criminalidade econômica.

Um dos caminhos possíveis é o de mitigação do *standard* probatório exigível para a decretação da perda, opção que não tiraria da acusação a incumbência de trazer provas para ensejar o juízo confiscatório, mas que rebaixaria a exigência probatória necessária para a decretação da medida⁸⁶. Os estudos sobre confisco alargado frequentemente entram no debate sobre os *standards* probatórios, muitas vezes de maneira pouco aprofundada, por meio de uma mera importação acrítica de conceitos de direito anglo-saxão, sem a devida verificação de sua compatibilidade com o direito processual penal brasileiro⁸⁷.

É notável a maior circulação do tema dos *standards* probatórios na comunidade jurídica brasileira, mas para sua compreensão, é preciso dar um passo atrás. Isso porque os *standards* se desenvolvem no âmbito de um modelo racional ou objetivo de direito probatório, segundo o qual a condição de provada de uma hipótese não pode depender do convencimento do julgador levado apenas por elementos persuasivos, mas da indicação de elementos probatórios disponíveis nos autos que corroborem uma determinada hipótese fática⁸⁸.

⁸⁶ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020, p. 820

⁸⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 165-188, jun. 2019, p. 169.

⁸⁸ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 40.

Ou seja, no caso em que é posta uma hipótese acusatória pelo Ministério Público, imputando a prática de um crime a um indivíduo, a mesma só poderá ser considerada provada se existirem elementos disponíveis para tanto, não bastando a mera convicção ou crença do juiz.

Dessa forma, é por meio da corroboração das provas que se poderá, via raciocínio indutivo, considerar que uma hipótese *h* sobre fatos foi provada. A proposição “Está provado que *h*” diverge, e não pode ser confundida, com a proposição “É verdade que *h*”. A hipótese fática *h* só é provada em termos probabilísticos, “não havendo uma conexão direta entre a verdade e a definição de uma hipótese como provada”⁸⁹.

Ravi Peixoto deixa claro que a vertente racional do direito probatório exerce uma limitação no livre convencimento motivado, “que só pode ser exercido mediante critérios que assegurem a racionalidade da decisão”⁹⁰.

Nesse cenário, ainda é preciso aceitar que um sistema racional de admissão, produção e valoração da prova, que forneça padrões objetivos de decisão (*standards* probatórios), precisa admitir a possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro⁹¹.

Por este motivo deve ser adotado o conceito de verdade como correspondência, segundo o qual a realidade é o critério da verdade. Em outras palavras, deve existir uma relação de correspondência entre a entidade linguística (enunciado que contém o fato a ser provado) e uma entidade extralinguística (o fato real objeto do julgamento)⁹². O que será tido como verdadeiro é uma afirmação sobre os fatos, não o fato concreto em si. Tal concepção está ciente que a verdade quanto ao fato é algo inalcançável pelo conhecimento humano, sendo possível unicamente trabalhar com juízos de probabilidade⁹³.

Mas como explica Badaró, mesmo que a verdade importe ao processo penal, sua busca não pode ser o objetivo maior. A verdade sobre os enunciados fáticos é uma das condições obrigatórias para uma decisão justa, mas não é o fim único do processo. A decisão justa no âmbito processual penal é regida por três valores, igualmente necessários: “a averiguação da verdade, a correta interpretação da lei e o respeito ao devido processo legal”⁹⁴.

Diante das premissas a respeito da teoria racional da prova, Beltrán assevera que, “em se considerando o raciocínio probatório em termos probabilísticos, bem como que a certeza

⁸⁹ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 43.

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia jurídica e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019., p. 90.

⁹² *Ibid.*, p. 88.

⁹³ PEIXOTO, Ravi, *Op. cit.*, p. 42.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 127-129.

racional sobre uma hipótese fática é inalcançável, torna-se imprescindível, então, a estipulação de regras, que são denominadas ‘standards de prova’⁹⁵.

Os *standards* probatórios nada mais são do que “critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático provado”⁹⁶. De outra maneira, definem-se como “critérios para aferir a suficiência probatória, o ‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória.”⁹⁷

Após a instrução, quando o juiz já possui o acervo probatório formado, ele realizará duas operações: a valoração das provas e a efetiva tomada de decisão, momentos que não se confundem. A atividade de valoração é regida por regras de epistemologia, para delimitação do “apoio empírico que um conjunto de provas dá a uma hipótese fática, de acordo com critérios da lógica e da racionalidade”⁹⁸⁻⁹⁹; enquanto o ato de decisão determina se a hipótese fática posta em julgamento deve ou não ser considerada provada, conforme tenha ou não atingido o *standard* de prova aplicável¹⁰⁰.

Nesse sentido, o *standard* está voltado ao ato decisório do juiz após já ter valorado as provas. Em termos simplórios, o magistrado, ao valorar, já terá determinado a ‘força’ de cada hipótese fática, restando saber se ela será suficiente para quebrar a barreira do *standard* exigível, no momento de decidir.

Mas como são fixados os *standards* e qual sua função num sistema jurídico? Precipualemente, eles funcionam como mecanismos de distribuição de erros¹⁰¹, que advêm da constatação de que um sistema de julgamentos realizados por seres humanos, em um ambiente de incerteza sobre os fatos, em que erros invariavelmente irão ocorrer. Caberá ao Estado escolher de que maneira irá distribuir os erros. Essa opção sempre será de caráter político e valorativo¹⁰², e determinará as diferentes exigências probatórias para os diferentes tipos de

⁹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 244.

⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 236.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 396.

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 200.

⁹⁹ Os critérios de valoração de provas para dar suporte a uma hipótese fática não possuem consenso doutrinário e são objeto de extenso debate, que não cabe ser trazido ao presente trabalho.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, p. 6.

¹⁰² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op. cit.*, p. 7.

decisão. Sua fixação poderá se dar pelo legislador ou pela jurisprudência, ainda que em menor escala.

Em democracias constitucionais, parece ser claro o entendimento de ser menos gravoso à sociedade a absolvição de um culpado (falso negativo) do que a condenação de um inocente (falso positivo). Por isso é feita a opção por um elevadíssimo *standard* probatório no âmbito da sentença penal condenatória, o que torna mais difícil o cometimento de erros que condenam um inocente, mesmo que em contrapartida se produzam mais absolvições de culpados.

Em um contexto prático, muito se fala no que foi desenvolvido nos tribunais norte-americanos, em que se encontram três *standards* probatórios de maior circulação e relevância: i) simples ‘preponderância de provas’ (*preponderance evidence*); ii) ‘prova clara e convincente’ (*clear and convincing evidence*); e iii) e ‘prova além da dúvida razoável’ (*beyond a reasonable doubt*).

Esses são os critérios que têm sido transplantados ao Brasil sem uma devida reflexão. Em simplificada síntese, a ‘preponderância de evidências’ serviria para o processo civil, em relação a decisões de cunho patrimonial, significando a mera probabilidade de acontecimentos de um fato; a ‘prova clara e convincente’ serviria para decisões que não alcançam a esfera penal, mas tratam de valores que exigem maior cuidado, como é o caso de uma internação compulsória; e a ‘prova além da dúvida razoável’ serviria unicamente ao direito penal, que demanda o mais alto grau probatório para privar alguém de sua liberdade.

O problema de tais *standards* é que eles se desenvolvem num sistema de *common law*, normalmente em decisões de jurados, que não obrigados a motivar suas escolhas.

A ‘prova além da dúvida razoável’, por exemplo, que tem sido objeto de menção pelo Supremo Tribunal Federal, sofre severas críticas internacionalmente. Isso em razão de sua total vagueza, pois a concepção do que é ‘razoável’ é extremamente aberta, o que é perceptível na experiência norte-americana, onde diferentes tribunais traziam definições discrepantes sobre o conceito do *standard*¹⁰³. A fórmula não consegue estabelecer padrões objetivos de decisão, pois em suas tentativas de definição pelos juízes americanos, sempre houve utilização de expressões que se vinculavam à crença do julgador¹⁰⁴.

Nessa toada, Janaina Matida e Antonio Vieira revelam como a utilização do *standard* ‘prova além da dúvida razoável’ se deu muito mais como um apelo retórico e persuasivo, não

¹⁰³ PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 251.

representando um genuíno avanço a favor de decisões menos subjetivas dadas pelo critério do livre convencimento¹⁰⁵.

No entanto, ainda que existam críticas quanto a aplicabilidade dos *standards* no direito pátrio, não se pode abandonar a perspectiva de uma possível adequação dos modelos de constatação. Lucchesi irá trabalhar o tema, novamente apontando algumas das críticas feitas¹⁰⁶, mas firmando um posicionamento favorável à incorporação de *standards* ao processo penal brasileiro.

Desse modo, Lucchesi defende um modelo em que são delimitados critérios (*standards*) para cada decisão judicial em que a presunção de inocência será posta à prova, como a decretação de prisão preventiva. Com isso, será exigida uma determinada carga probatória para que a hipótese acusatória se concretize¹⁰⁷, de maneira a reduzir subjetivismos.

Também concordando com tal perspectiva, Ravi Peixoto propõe a formulação de três *standards* objetivos que se adequam à realidade brasileira: a) “*elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese de inocência do réu*”, que se adequaria ao âmbito penal; b) “*alta probabilidade de confirmação probatória da hipótese fática do autor*”, como *standard* intermediário para situações em que se exige uma maior proteção do réu, mas que se afasta da gravidade da sanção penal; e c) “*probabilidade da prova*”, adequada ao processo civil, em que a hipótese fática considerada provada tem maior grau de confirmação dentre as disponíveis e é capaz de confirmar ser provável a ocorrência das proposições da parte.

5.1 AS PRESUNÇÕES E OS *STANDARDS*

O confisco alargado parte de uma presunção *iuris tantum*. Significa dizer que um certo fato desconhecido e não comprovado (ilicitude de um patrimônio), é inferido de outro fato, conhecido e comprovado (condenação por crime específico)¹⁰⁸. Na presunção *iuris tantum* se

¹⁰⁵ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

¹⁰⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário...*op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁸ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes: o confisco com base na inversão do ônus da prova – lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1. e 7. a 12. In: ANDRADE, Manuel da Costa. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1363, p. 1318.

for provado que *x*, o legislador também considera provado o fato *y*, admitindo a contraprova da parte contrária¹⁰⁹.

No mesmo sentido, Ferrer Beltrán aduz que uma presunção *iuris tantum* é uma regra de juízo que impõe a aceitação de uma hipótese como verdadeira na ausência de prova suficiente em contrário. Mas sem uma regra que determine o grau de suficiência probatória para a utilização da presunção (*standard*), ela perde operatividade, pois dependerá da subjetividade do juiz¹¹⁰. Afinal, o quão forte deverá ser a prova de *x*, para que se considere provado *y*; ou qual é a exigência de prova contrária para que também se supere a presunção.

Portanto, o confisco alargado só pode ser manejado com a instituição de um devido *standard* probatório a ser atingido pela acusação, restando a dúvida de qual seria ele. Assim, nos cabe retornar ao debate da natureza jurídica.

A natureza extrapenal serve de caminho para a fuga de exigências probatórias elevadas. É o caso de Vieira, que adota a perspectiva civil da medida, que exigirá a adoção de um *standard* civil de cunho meramente patrimonial¹¹¹. Linhares persegue os mesmos objetivos ao adotar a natureza *sui generis*, somente para se desvincular das garantias do processo penal. Os dois fazem menção a utilização do *standard* norte-americano de ‘preponderância de evidências’.

Como já bem delimitado, a natureza do confisco alargado é eminentemente penal, o que poderia levar a imediata conclusão de adoção de um *standard* elevadíssimo de prova para decretação. Mas a natureza, por si só, não exige tal conclusão.

Cardoso e Souza, por exemplo, são defensores da natureza penal do confisco alargado, mas militam pela adoção de um *standard* civil. Para os autores, a presunção de inocência opera no momento de definição da culpa do arguido, situação em que de fato se exigirá um *standard* elevadíssimo de prova para sua superação. Mas, mesmo no julgamento do caso penal, outros *standards* de prova vigoram, pois para além da decisão relativa à responsabilidade criminal, são feitas deliberações sobre outras questões de fato e de direito. É o caso da decisão “sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal, dentre eles o decreto de confisco de produto ou instrumentos do crime [...]”¹¹².

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 264.

¹¹⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegômenos...op. cit.*, p. 244-245.

¹¹¹ VIEIRA, Roberto D’Oliveira. **Confisco alargado de bens**: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 203.

¹¹² CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, jan.-fev. 2016.

Com isso, a presunção de inocência não se estenderia para além do juízo de responsabilidade criminal, podendo ser mitigado o *standard* sobre questões de fixação da pena ou confisco de bens, e ser adotado um critério de decisão de preponderância de evidências. Essa mitigação atende, acima de tudo, a fins pragmáticos de combate à criminalidade.

Porém, não é essa a posição aqui adotada. De fato, em uma interpretação amigável ao instituto, parece que a mitigação do *standard* probatório não implicaria numa inversão do ônus da prova, já que ainda estaria nas mãos da acusação. Também não violaria a presunção de inocência, já que o confisco exige uma prévia condenação, na qual foi verificada a culpabilidade, além de não ser uma sanção que implicaria em responsabilização criminal.

Mas como já descrito, a escolha de um *standard* probatório é política e moral¹¹³, liga-se aos valores perseguidos por a sociedade que se insere. Dentre os critérios que levam a tal escolha política, está a gravidade das sanções que eventualmente podem ser aplicadas ao indivíduo. Quanto mais grave ela seja, maior será a exigência probatória para sua incidência¹¹⁴. Em outros termos, um *standard* probatório precisa levar em conta as consequências jurídicas da decisão, pois enquanto mecanismo de distribuição dos potenciais riscos de erros, deve se atentar aos potenciais bens jurídicos afetados pelas decisões¹¹⁵.

É esse raciocínio que leva o direito penal a ser o ramo com mais garantias asseguradas, incluindo aqui o estabelecimento de exigências probatórias elevadas. O caráter severo das repercussões penais obriga este tipo de ponderação, devendo ser evitado ao máximo a ocorrência de um falso positivo – situação em que uma consequência penal recaí sobre um inocente.

A mitigação do *standard* probatório do confisco alargado é, acima de tudo, incoerente com os valores adotados pela Constituição da República em matéria penal, pois se baseia unicamente num pragmatismo cego, incapaz de compreender os valores do sistema em que está sediado. Assim como os *standards*, a consagração da presunção de inocência, por exemplo, também é uma escolha de caráter político, enraizado nas concepções de um Estado Democrático de Direito. Ainda que possam coexistir, representam visão antagônicas quanto aos fins do sistema penal.

A perda alargada chama atenção justamente por seu caráter agressivo, um dos fundamentos que foram utilizados para fundamentar sua natureza penal. Concordamos com

¹¹³ PEIXTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 130.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, n. 282, ago. 2018, p. 120-121.

¹¹⁵ PEIXTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 152.

Godinho, ao colocar o instituto como 'atalho' processual-probatório, que permite, por meio de uma presunção, concluir que outros crimes foram praticados pelo agente¹¹⁶.

Desse modo, por meio do rebaixamento do *standard*, abre-se espaço amplo para ocorrência dos falsos positivos. Como, por exemplo, o confisco alargado não instituiu um rol fechado de delitos que permitam sua incidência, mas apenas fixou um critério genérico de pena máxima em abstrato, ele não atinge apenas a criminalidade econômica e organizada, mas também pode recair em camadas mais vulneráveis e em delitos de menor potencial ofensivo¹¹⁷.

6 CONCLUSÃO

Embora seja um instituto de direito material, o confisco alargado traz maiores discussões no âmbito processual penal, na medida em que bagunça regras de dinâmica probatória muito consolidadas em um Estado Democrático de Direito. As tensões causadas com garantias como da presunção de inocência não são acidentais, pois os fundamentos de política criminal da perda alargada pressupõem uma dose de relativização de direitos fundamentais, aceitáveis em prol de um “bem maior”, o combate à criminalidade organizada.

Ao partir de dados da realidade de um mundo globalizado, não se pode negar que essa finalidade é legítima e necessária. Por isso, perquirir meios de adequação do confisco alargado ao ordenamento pátrio se mostrava um objetivo justificável. Porém, o regime do art. 91-A do Código Penal está longe de ser uma medida razoável.

É indiscutível que sua instrumentalização se dá por meio da inversão do ônus da prova, o que não se admite para uma medida de natureza penal. Também não há como sustentar uma mitigação do ônus probatório, pela via do rebaixamento do *standard* probatório, pois a gravidade do instituto obriga o aplicador do direito a agir com cautela, no sentido de evitar que sejam decretas perdas de bens em face de indivíduos com patrimônio lícito.

A hipótese que foi levantada na introdução, portanto, não se confirma. Quando se fala na instituição de um *standard* probatório para o confisco alargado, que leva em conta os valores perseguidos constitucionalmente, então a medida só poderia ter aplicação se superado um elevadíssimo encargo probatório pela acusação. Essa situação, porém, torna a perda alargada ineficaz, ao se desvencilhar de sua característica de ‘atalho’ processual-probatório.

¹¹⁶ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Op. cit.*, p. 1320.

¹¹⁷ BUENO, João Victor Stall; MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim. BUENO, João Victor Stall; MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim. Confisco alargado no pacote anticrime: uma análise de sua (in)constitucionalidade. In: ARGUELLO, Katie Silene Cáceres (coord.) **Criminologias e políticas criminais: letalidades do sistema penal**. Curitiba: Editora Íthalia, 2021, p. 138.

7 REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O confisco alargado, sua natureza jurídica e sua aplicação imediata. *In*: CAMBI, Eduardo; MARINELA, Fernanda; SILVA, Danni Salles (Org.) **Pacote anticrime**: volume I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, n. 282, ago. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia jurídica e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUENO, João Victor Stall; MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim. Confisco alargado no pacote anticrime: uma análise de sua (in)constitucionalidade. *In*: ARGUELLO, Katie Silene Cáceres (coord.) **Criminologias e políticas criminais**: letalidades do sistema penal. Curitiba: Editora Íthalia, 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal. Parte Geral**. Vol.1. 5. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2020.

CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n.2, 2011.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, maio/ago. 2020.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; SOUZA, Claudio Macedo de. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, jan.-fev. 2016.

CORREA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Imprensa Nacional: Lisboa, 2012, versão *kindle*.

DEZEM, Guilherme M; SOUZA, Luciano A. **Comentários ao pacote anticrime - lei 13.964/2019**. - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2020.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. *In*: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

_____. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal português: parte geral II, as consequências jurídicas do crime**. Coimbra Editora, 2005.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes: o confisco com base na inversão do ônus da prova – lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1. e 7. a 12. In: ANDRADE, Manuel da Costa. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1363.

LAUDAN, Larry. Is it finally time to put ‘proof beyond a reasonable doubt’ out to pasture? **The Routledge companion to philosophy of law routledge**, 21 de março de 2012.

LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal**: implicações teóricas e práticas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LINHARES, Sólón Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra corrupção sistêmica. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV Editora, 2017.

_____. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 165-188, jun. 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; MENDES, Tiago Bunning. **Lei anticrime** – a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 735-764, maio/ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.353>

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal português. In: **Lusíada**. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 2003.

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

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: MADURO, Flávio Mirza; MALAN, Diogo Rudge; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. (orgs.) **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no Direito Penal Econômico. Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 52, 2005.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 123-158., jan./fev. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129037.

SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: reformas pontuais e assimétricas. In: MADURO, Flávio Mirza; MALAN,

Diogo Rudge; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. (orgs.) **Desafiando 80 anos de processo penal autoritário**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2021.

SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. **As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. **Boletim IBCCrim**, ano 23, n. 277, dez. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC, 2014.

SALIGER, Frank. Questões fundamentais do confisco de bens. In: TEIXEIRA, Adriano (Org.) **Perda das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

STESSENS, Guy. **Money laundering**. A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2003.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco alargado de bens: análise de direito comparado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

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

ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.