

# ALARGAR A PERDA ALARGADA: O PROJECTO FENIX<sup>1</sup>

Érico Fernando Barin

**ABSTRACT:** *The extended confiscation powers, present in various Democratic States, are being used to fight organized crime for monetary profit. The extended confiscation is a controversial doctrine and practice since it may breach rights of defence, such as the presumption of innocence. Moreover, there are doubts on how to calculate the profits from the criminal activity in broad terms. The paper supports the leading idea of the Project Fenix, which recommends "extend the extended confiscation".*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Perda alargada. 1.1 A perda de vantagens da criminalidade: "o crime não compensa". 1.2 Legado histórico do confisco. Perda clássica e perda alargada. 1.3 O fomento à recuperação de ativos. Breves considerações sobre dois modernos instrumentos legais: criminalização do enriquecimento ilícito e ação *in rem*. 1.4 A perda alargada em si: apreciação crítica à luz do sistema português. 2. O Projecto Fenix. 2.1 Síntese. Manual de Boas Práticas e Canais Dedicados de Comunicação. 2.2 Dificuldades detetadas relativamente à recuperação de ativos. 2.3 Um objetivo: aumento de volume e valor económico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada. 2.4 Recomendações concernentes ao instrumento da perda alargada. 3. Boas práticas e recomendações do Projecto Fenix quanto à intensificação da perda alargada e sua compatibilidade com o sistema penal português. 3.1 Notas preliminares. 3.2 Uso de presunções para a qualificação da origem criminoso dos bens/património do condenado. 3.3 Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar. 3.4 Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime. 3.5 Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O instrumento jurídico da perda alargada tem sido adotado em diversos ordenamentos legais como estratégia de política criminal no combate às formas

---

<sup>1</sup> O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

de criminalidade denominadas econômico-financeira e organizada – esta que, no mais das vezes, igualmente visa à obtenção de vantagens patrimoniais.

Por envolver aspectos penais e processuais penais como o ônus da prova e a (re)definição sobre o que é “vantagem proveniente da atividade criminosa”, potencialmente afetando princípios como da presunção de inocência, da culpa e do *nemo tenetur se detegere*, além do direito à propriedade privada, a perda alargada não “navega em águas tranquilas”, seja na doutrina, seja na jurisprudência, gerando controvérsias de âmbito constitucional nos Estados que a contemplam.

Pois, em meio a esse controvertido contexto, o Projecto Fenix (fruto de parceria entre órgãos de persecução penal de Portugal, Espanha e Holanda), que tem por objetivo “prevenir e combater a criminalidade”, recomenda “alargar a perda alargada” em prol da repressão e da prevenção da criminalidade organizada com expressão econômica.

Aqui surge o tema do presente artigo, a saber, se a ampliação da ferramenta jurídica da perda alargada, na linha das boas práticas e das recomendações conclusivas do Projecto Fenix, é compatível com os direitos fundamentais e com os princípios penais e processuais penais vigentes em Portugal – e, também, em outros Estados de Direito Democrático.

O primeiro capítulo, dedicado à perda alargada, inicia com o trato do genérico confisco de vantagens da criminalidade com expressão econômica e sua relação com a síntese de prevenção geral consubstanciada na máxima “o crime não compensa”. Em seguida, são estudadas as “perdas clássicas” e dois modernos instrumentos legais de recuperação de ativos (a criminalização do enriquecimento ilícito e a ação *in rem*), culminando com a perda alargada em si, apreciada à luz do sistema português.

No segundo, há a abordagem do Projecto Fenix e de seus produtos (“Manual de Boas Práticas” e “Canais Dedicados de Comunicação”), bem assim da lista das dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos. Outrossim, são analisados o objetivo de aumentar o volume e o valor econômico das decisões de perda (mediante a utilização da perda alargada), e as boas práticas e recomendações concernentes a esse instrumento de recuperação de ativos.

No terceiro e último capítulo, as boas práticas e recomendações do Projecto Fenix de intensificação da perda alargada são confrontadas com normas e princípios do ordenamento legal português. Como o objeto do artigo atém-se à perda alargada, foram escolhidas, dentre as boas práticas e recomendações, as metas: a) do uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos

bens/patrimônio do condenado; b) de recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico, com admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar; c) de autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime; e d) da criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado.

## 1. PERDA ALARGADA

### 1.1. A perda de vantagens da criminalidade: “o crime não compensa”

Pensa-se ser caminho irreversível a ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando àquilo que comumente se denomina recuperação de ativos. O direito penal do século XXI, por todo lado, depara-se com espécie distinta de criminalidade, organizada em simulacro de modelo empresarial em que o fim almejado é o lucro<sup>2</sup>. Essa forma de criminalidade, outrora mais concentrada e localizada (por exemplo, as máfias italianas ou os grupos de *gangsters* norte-americanos), aproveitou fenômenos como a globalização, o surgimento da *internet* e os sistemas comunitários para pulverizar-se pelo mundo<sup>3</sup>, distinguindo-se dos demais crimes patrimoniais (em que o lucro também é o fim) notadamente por contar com características como a organização hierárquica e empresarial, a transnacionalidade, a expertise de seus integrantes e a dispersão das vantagens angariadas mediante dissimulação e ocultação da origem, localização e propriedade.

Em paralelo à disseminação dessa nova face da criminalidade, os Estados, por seus sistemas penais, prosseguiram, por bom tempo, ainda adstritos à visão

---

2 Nesta definição, podem ser inseridas tanto a criminalidade altamente organizada trazida pelo artigo 1.º, alínea m), do Código de Processo Penal português (desde que com algum fim de lucro, o que engloba a imensa maioria dos casos), como os tipos penais do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) a n), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada), condizentes à “criminalidade organizada e económico-financeira”. Neste trabalho, cujo objeto foca os instrumentos de recuperação de ativos, serão tratadas indistintamente a criminalidade organizada (inclusive a “altamente”) e a criminalidade económico-financeira, porquanto têm no lucro ilícito denominador – quase sempre – comum, embora não se ignore a existência de diferenças substanciais entre elas – vide, neste aspecto, Silva Dias, 2010: 30. Doravante, neste artigo, dar-se-á preferência à genérica expressão “criminalidade organizada com fim de lucro”.

3 Em suma, esse tipo de criminalidade “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre”, e na qual “procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo” (Faria Costa, 2009a: 99 e 100, respectivamente).

única da responsabilização criminal do agente (relação culpa como medida da pena). Atuação incensurável, diga-se, porquanto o fim do direito penal não se pode divorciar da apuração do ilícito típico e da responsabilização de quem o cometeu, tudo atrelado a um sistema de garantias penais – preferencialmente, de quilate constitucional. Contudo, frente à criminalidade organizada com fim de lucro, em que a pena de prisão não raro é tratada como um risco do negócio, o direito penal “tradicional” vê-se num “beco”: a sanção privativa de liberdade, isoladamente, não só desserve como instrumento de prevenção geral<sup>4</sup>, mas, ainda, acaba chancelando a compensação do crime. Um paradoxo, considerando que “o crime não compensa” sempre foi aforismo sintético da prevenção geral, uma das principais finalidades do direito penal.

Nesse contexto, para tentar preservar aquele aforismo e com justificação político-criminal no restabelecimento da ordem jurídica violada<sup>5</sup>, os Estados, embora atrasados em relação ao crime, pouco a pouco perceberam<sup>6</sup> a necessidade de aparelharem seus sistemas penais com instrumentos potencialmente capazes de evidenciarem que “a criminalidade organizada com fim de lucro não compensa” ou “não deve compensar”<sup>7</sup>.

Daí o incremento ou o alargamento dos mecanismos de confisco ou perda<sup>8</sup>, ou, numa denominação moderna mais abrangente, de recuperação de ativos. Nada mais pertinente à meta do direito penal: para a criminalidade organi-

---

4 Assim como não se presta à prevenção geral o mero aumento das penas cominadas: “os ganhos de prevenção geral de intimidação que se obtêm a partir do agravamento das penalidades são mínimos” (Sousa Mendes, 2012: 330).

5 Retirando as vantagens patrimoniais que, ilícitas, não deveriam ter sido obtidas, mecanismo que promove “uma ordenação dos bens adequada ao direito” (Figueiredo Dias, 2009: 638).

6 Ou ainda não perceberam, como parece ser o caso do Brasil, onde a recuperação de ativos não tem merecido a devida atenção, a ponto de existirem, aqui, apenas instrumentos clássicos como a perda das vantagens e dos instrumentos do crime.

7 Para Pedro Caeiro, três fatores põem em xeque aludida máxima: 1) a percepção de um baixo risco de punição pelo infrator; 2) a satisfação pessoal com a prática de certos crimes; 3) a consideração de que a pena, em alguns casos, funciona como um custo ao benefício econômico. Ou seja, alguns crimes, de certa forma, compensam, a despeito de qualquer ação preventiva ou repressiva, de modo que o conteúdo normativo da política criminal que subjaz à recuperação de ativos deveria sintetizar-se por “o crime não deve compensar” (Caeiro, 2011: 275).

8 Embora Pedro Caeiro assente que a expressão “perda” já era utilizada nas Ordenações Afonsinas (Caeiro, 2011: 270), tudo indica que a opção por “perda” em vez de “confisco” liga-se com a proibição constitucional histórica deste (aspecto infra abordado), porquanto “nem os bens foram perdidos nem o Estado acha o patrimônio” (Correia, 2012: 65). No mesmo sentido, Godinho, 2003: 1356; Damião da Cunha, 2009: 139; e Nunes, 2008: 4. Neste artigo será utilizado o termo “perda”, em compasso com a legislação penal portuguesa (v. g., artigos 109.º a 111.º do Código Penal, artigos 35.º e 36.º da Lei 15/93, de 22 de janeiro, e artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

zada com fim de lucro não compensar<sup>9</sup>, é preciso que todo o ativo fruto de sua atuação seja perdido e recuperado pelo Estado, sem prejuízo da responsabilização criminal individualizada dos agentes<sup>10</sup>. Nas palavras de Paulo de Sousa Mendes, “só conseguiremos combater eficazmente a criminalidade organizada se seguirmos a pista do dinheiro e assim descobriremos os beneficiários económicos (*ultimate beneficial owners*), os quais, como se imagina, não podem deixar de ser os mandantes dos crimes”<sup>11</sup>.

No entanto, o novel panorama, que indica serem imprescindíveis ações mais amplas e contundentes de recuperação de ativos, não foi – e continua a não ser – facilmente assimilado pela doutrina e pelos tribunais<sup>12</sup>.

## 1.2. Legado histórico do confisco. Perda clássica e perda alargada

Conjectura-se que uma das razões da aparente resistência aos modernos mecanismos de recuperação de ativos resida na má lembrança que o confisco traz por seu percurso histórico.

Já na fase inicial do direito romano, com a superação da vingança privada por uma reação estatal, criou-se a *consecratio*, que implicava a expulsão do condenado (pela prática do que então se considerava crime) da comuna e a apreensão de todos os seus bens<sup>13</sup>. O fim do Império Romano não afetou significativamente o confisco, que, durante a Idade Média, seguiu sendo utilizado ora como pena acessória, ora como instrumento “de gestão económica e de enriquecimento das autoridades que administravam a justiça”<sup>14</sup>. Embora intitulado como consequência do crime (em regra, pena acessória), o confisco cada vez mais foi utilizado para fins económicos e políticos com a sedimentação dos Estados absolutos<sup>15</sup>.

9 O que, para além da meta de ordenação dos bens adequada ao direito (nota 3, supra), agrega, por via reflexa, finalidades de prevenção geral e até mesmo especial – pois as vantagens não são apenas usufruídas pelos agentes, prestando-se, também, à continuidade das atividades criminosas.

10 Tudo isso, frise-se, sem prescindir de um amplo sistema de garantias ao arguido, evitando-se a ideia de um Estado meramente punitivo, cujas linhas de força são listadas por Faria Costa, 2009b: 116.

11 Sousa Mendes, 2010a: 201.

12 João Conde Correia aborda essa dificuldade de assimilação, refletida na jurisprudência e na doutrina portuguesas, que se justificaria por uma “carga muito negativa” (do confisco) e pelo medo da repetição da história com seus “erros monstruosos” (Correia, 2012: 25 e ss.).

13 Nunziata, 2010: 38.

14 Correia, 2012: 31.

15 Almeida, 1985: 120.

Deformado em sua finalidade<sup>16</sup>, o confisco serviu para a prática recorrente de abusos e injustiças, até sofrer rotundo golpe nas revoluções iluministas, com a propriedade privada galgando a condição de direito inviolável (artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789). Com efeito, as Constituições que se seguiram, sobretudo as do século XIX, passaram a proibir o confisco geral.

Em Portugal não foi diferente: a Constituição de 1822 aboliu o confisco, o que só veio a ser alterado com a Carta de 1976<sup>17</sup>. É importante ressaltar que a proibição de cunho constitucional (adstrita ao confisco geral) advinda com os Estados liberais não obsteu que o confisco continuasse previsto nas legislações, por vezes com nomenclatura disfarçada, prestando-se à perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime<sup>18</sup>.

O bosquejo histórico faz supor que a memória remota dos abusos e injustiças cometidos com o uso do confisco (principalmente na época dos Estados absolutos) explique o estigma que ainda hoje gera sua antipatia para boa parte dos juristas, sobretudo os atuantes na prática forense.

Outro traço de aparente oposição ao confisco quicá teve origem com os próprios ideais iluministas, vertente do direito voltado ao homem e do direito penal ligado à responsabilização criminal individualizada, hoje atrelada ao princípio da culpa. Se a pena justa deve ser individualizada e não atingir terceiros, tal dogma, de certa forma, pode ser maculado com a aplicação do confisco – que, não raro, atinge a esfera individual de terceiros orbitantes ao condenado.

E um terceiro fator de relutância ao confisco pode estar na lembrança dos Estados totalitários do século XX, em que o respeito aos direitos individuais (aí incluindo as garantias penais e o direito à propriedade) nunca foi a tônica, servindo o confisco de bens, frequentemente, como instrumento para arbitrariedades.

Contudo, parece certo que aludidos receios não mais se sustentam em pleno século XXI, nomeadamente nos ambientes dos Estados de Direito Democrático, onde as constituições e as leis infraconstitucionais prevêm sistemas de garantias ao cidadão acusado da prática de ilícito típico e/ou sob o risco de ver-se despojado de bens mediante ações de confisco. Outrossim, não se

---

16 Pois, em lugar de prevenir e punir fatos previstos como crimes, a finalidade do confisco atrelou-se à conveniência da expropriação patrimonial – direcionada a qualquer indivíduo – em virtude dos interesses do Estado absoluto.

17 Sobre o assunto, vide Souza *apud* Correia, 2012: 35.

18 Como exemplo, o Código Penal português de 1852, em seu artigo 64.º, trazia tal hipótese de confisco especial, uma exceção à vedação constitucional do confisco geral.

justifica o temor da ultrapassagem dos efeitos da pena para além da esfera do agente do ilícito típico, já que o confisco (numa acepção ampla) visa meramente restabelecer a condição econômica anterior do condenado e evitar o enriquecimento ilícito (inclusive de terceiros).

Feita a digressão da história e dos possíveis motivos de resistência ao confisco, avança-se ao recorte de algumas das modalidades presentes nos sistemas legais do século XXI, começando pelas “clássicas”<sup>19</sup>.

Tomando como exemplo o direito penal português, têm-se, nos artigos 109.º e 110.º do Código Penal (doravante, CP), a perda de instrumentos e produtos do crime, e, nos seguintes artigos 111.º e 112.º, a perda de vantagens do crime.

Ambas típicas ferramentas clássicas de confisco, a perda de instrumentos e produtos do crime mira os objetos que serviram ou seriam destinados a servir para a prática do ilícito típico (p. ex., a arma de fogo usada no homicídio), ou que foram por ele produzidos (como a moeda falsificada). Tem natureza eminentemente preventiva<sup>20</sup> (no sentido de cessação do perigo), tanto que independe de qualquer responsabilização criminal (artigo 109.º, n.º 2, do CP<sup>21</sup>), da apuração da autoria ou, mesmo, do início da ação penal, e pode atingir terceiros (artigo 110.º, n.º 2), com ressalva à boa-fé (hipótese em que, persistindo a necessidade de confisco, haverá indenização – artigo 110.º, n.º 3). Agregando tais características, assiste razão a Figueiredo Dias ao atribuir à perda de instrumentos e produtos do crime a natureza jurídica de “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”<sup>22</sup>, pois não se amolda a uma pena acessória, um efeito da pena ou da condenação, ou uma medida de segurança *tout court* (que é vincada à perigosidade do agente e não da coisa).

A perda de vantagens do crime atém-se verdadeiramente ao aforismo “o crime não compensa”, já que tem por escopo “retirar ao arguido os benefícios resultantes ou alcançados através da prática do facto ilícito típico”<sup>23</sup>. Consoante a redação do artigo 111.º do CP, englobam o conceito de vantagem

19 Adjetivação que pode ser atrelada tanto aos instrumentos de confisco com origem remota e resistentes à história, como aos que se fizeram presentes desde as primeiras codificações penais do período pós-iluminismo.

20 Nesse sentido, Figueiredo Dias, 2009: 616 e 621.

21 Também com previsão similar no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, artigo 35.º, n.º 3.

22 Figueiredo Dias, 2009: 628. Pode-se questionar, entretanto, que tal providência tenha cunho “sancionatório”, visto que independe de qualquer responsabilização.

23 Correia, 2012: 80.

a recompensa dada ou prometida aos agentes de um fato ilícito típico (n.º 1) e as coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio deste, ressalvados os direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé (n.º 2), mesmo no caso de obtenção via transação ou troca (n.º 3). O n.º 4 do mesmo artigo 111.º prevê a possibilidade de substituição da perda pelo pagamento ao Estado do respectivo valor nas hipóteses de inviabilidade de apreensão/apropriação. O instrumento português teve ampliado seu alcance pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, que instituiu a expressão “tiverem sido diretamente ou indiretamente obtidos”, em substituição à redação anterior, que só contemplava a “obtenção direta” de coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio do crime. Com efeito, com o advento da Lei n.º 32/2010, juros, lucros e outros benefícios oriundos dessas vantagens restaram na alçada da ferramenta legal<sup>24</sup>. Essa modalidade de perda<sup>25</sup> também tem natureza preventiva<sup>26</sup> e não depende, necessariamente, de responsabilização criminal; contudo, exige a apuração da autoria delituosa mediante uma ação penal. Quanto à natureza jurídica<sup>27</sup>, embora existam entendimentos que a repute como pena acessória, dependente da sanção principal<sup>28</sup>, ou de “mais próximas das penas do que das medidas de segurança”<sup>29</sup>, pensa-se que melhor se amolda à mesma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança” atribuída àquela outra modalidade de perda<sup>30</sup>, estabelecendo-se a perigosidade de cunho abstrato (a geração de riqueza ilícita como vantagem de infração penal) como suficiente.

Já não como uma modalidade clássica, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em seu artigo 7.º, trouxe a previsão da denominada perda alargada<sup>31</sup>, que não é uma inovação portuguesa. Previamente à análise da perda alargada, é pertinente o

---

24 Correia, 2012: 82.

25 Que tem previsão especial no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, artigos 35.º, 36.º -A, 37.º e 38.º, nas situações de tráfico ilícito de estupefacientes.

26 Figueiredo Dias, 2009: 632-633.

27 Para Maurach, Gössel & Zipt, não é possível estabelecer unitariamente a natureza jurídica, pois varia segundo o caráter do fato cometido e a pessoa que obtém a vantagem. Cf. Maurach, Gössel & Zipt, 1995: 677.

28 Damiano da Cunha, 1999: 7.

29 Caeiro, 2011: 307.

30 Figueiredo Dias, 2009: 638. Embora, aqui, valha a mesma discussão quanto à natureza “sancionatória” da ferramenta jurídica, que aparentemente não há.

31 Na nota 8 consignou-se o motivo da utilização do termo “perda” (em vez de “confisco”), que, no presente artigo, será conjugado com o adjetivo “alargada” (em vez de “ampliada”, também usado na denominação do instrumento legal).

enfoque de dois outros modernos (ou não clássicos) instrumentos legais de recuperação de ativos. E, antes ainda, do porquê das gradativas inserções e ampliações nos sistemas penais dessas ferramentas.

### **1.3. O fomento à recuperação de ativos. Breves considerações sobre dois modernos instrumentos legais: criminalização do enriquecimento ilícito e ação *in rem***

Talvez a principal crítica direcionada à ampliação dos instrumentos legais que visam a “não compensação do crime” resida na premissa de que, diante da relação desigual entre a organização do crime e a “desorganização” (no sentido de despreparo) do Estado frente a essa criminalidade, opte-se com cada vez mais intensidade pelo manejo de mecanismos invasivos e violadores de garantias e direitos fundamentais<sup>32</sup>.

Por um lado, a crítica se sustenta. Um Estado de Direito Democrático não deve “compensar” sua ineficiência no combate a determinadas modalidades de crimes com a relativização ou a supressão de direitos fundamentais, porquanto “não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias processuais”<sup>33</sup>. Por outro, esse mesmo Estado também não pode simplesmente assumir-se incapaz da finalidade que, sem dúvida, atinge o “calcanhar de Aquiles” da criminalidade organizada: retirar-lhe o lucro. Despiciendo frisar, de resto, quão perniciososa aos Estados e às sociedades é a atividade desse tipo de criminalidade<sup>34</sup>, bem assim que ela está espalhada e em pleno funcionamento por todo o planeta.

O impasse pode ser mitigado com a conjugação das expressões “remédios fortes para patologias graves”<sup>35</sup> e “remédios fortes devem ser administrados com cuidado”<sup>36</sup>. Ou seja, ao mesmo tempo em que é inviável negar a existência de uma criminalidade cada vez mais organizada que tem como meta precípua o

32 Partilham dessa crítica, em tom de alerta, Caeiro, 2011: 276; e Faria Costa, 2009b: 113-123.

33 Sousa Mendes, 2010a: 213.

34 Estima-se que apenas o tráfico de drogas (uma das tantas faces da criminalidade organizada com fim de lucro) movimentada, por ano, cerca de quinhentos bilhões de dólares, atingindo lucros superiores aos provenientes dos negócios do petróleo; ou, noutro exemplo alarmante, há dados de que a população norte-americana tem dispêndios com drogas (aí incluindo as verbas destinadas à prevenção, à reabilitação de dependentes químicos e à educação) em cifras superiores ao total que os Estados Unidos gastam com a defesa nacional. Cf. Pickard, 1998: 13.

35 Simões; Trindade, 2009.

36 Caeiro, 2011: 320.

lucro, o que leva à criação ou ao incremento de instrumentos de recuperação de ativos, cumpre ter sempre presente a necessária adequação dessas ferramentas às garantias penais e aos direitos fundamentais. O que não é tarefa fácil.

De qualquer sorte, já dito, robustecer os mecanismos legais que enfatizam que “o crime não compensa” parece ser, hoje, um caminho irreversível, e que não é pontual ou localizado.

A dimensão internacional do combate à criminalidade organizada com fim de lucro pode ser mensurada por sua constância como pauta nos mais diversos palcos de instâncias e organizações mundiais. Diplomas como a “Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas” (Viena, 1988)<sup>37</sup>; a “Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional” (2000)<sup>38</sup>; a “Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo” (Varsóvia, 2005)<sup>39</sup>; a “Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milênio” (aprovada pelo Conselho em março de 2000<sup>40</sup>); as Decisões Quadro sobre o tema<sup>41</sup>; a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho” (de 20 de novembro de 2008, denominada “Garantir que o crime não compensa”); e a recente proposta de “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”

37 “É necessário reforçar e intensificar os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais”, suscitando-se aos Estados contraentes a “considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros permitam” (artigo 5.º, n.º 7).

38 “Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda (...)” – artigo 12.º, n.º 7. O artigo 2.º, letra d), define como bens (passíveis de confisco) “os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos”.

39 “Cada uma das partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição de seu direito interno, que o autor declare a origem de seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno” (artigo 3.º, n.º 4).

40 Sugere a inserção de instrumento que mitigue, em sede de direito penal, civil ou fiscal, o ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada, sempre com a observância dos princípios jurídicos fundamentais.

41 Em especial, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, cujo artigo 3.º, n.º s 1 e 2, alíneas a), b) e c), traz hipóteses de perdas alargadas; e a Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, de 6 de outubro, que alude sobre perda alargada, reconhecimento e execução de decisões desse jaez proferidas noutro Estado-membro e ônus da prova (considerandos 7 e 8), salientando-se que houve alteração desta pela Decisão Quadro n.º 2009/299/JAI, de 26 de fevereiro. Todas disponíveis no site <http://eur-lex.europa.eu>.

(de 12 de março de 2012<sup>42</sup>), têm reiterado as metas não apenas de enfrentamento dessa modalidade de criminalidade<sup>43</sup>, mas, com o mesmo ênfase, de adoção de instrumentos mais agressivos de recuperação de ativos, cotejando-se o alargamento das perdas de vantagens, a relativização do ônus da prova, a desnecessidade de condenação criminal e o alcance a terceiros.

Desse cenário é que a criminalização do branqueamento de capitais<sup>44</sup> (lavagem de dinheiro, no Brasil<sup>45</sup>) gradativamente foi sendo inserida nos sistemas penais<sup>46</sup>, constituindo importante instrumento àquelas metas, e de lá também foram concebidos outros como a criminalização do enriquecimento ilícito, as ações *in rem* e a perda alargada.

Tal qual o branqueamento de capitais, a criminalização do enriquecimento ilícito<sup>47</sup> atém-se ao campo da ilicitude material, ostentando gravoso duplo efeito à criminalidade organizada: uma responsabilização criminal autônoma ao lado da perda das vantagens da atividade criminosa. Ou seja, ao menos em tese, o crime de enriquecimento ilícito (previsto, por exemplo, em França<sup>48</sup>) figura como interessante instrumento a que “o crime não compense”<sup>49</sup>.

---

42 Na qual são propostas formas de congelamento e confisco de bens de origem criminosa como confisco direto, confisco de valores, confisco alargado, confisco não baseado numa condenação e confisco de bens de terceiros.

43 Claramente, o foco inicial era o tráfico de estupefacientes, com gradativa extensão às demais formas de criminalidade organizada com fim de lucro.

44 “Uma construção legislativa que nasceu da necessidade político-criminal de melhorar os resultados da perseguição penal contra certas formas de criminalidade organizada” (Cf. Sousa Mendes, Reis & Miranda, 2008: 795), ou espécie de confisco baseado na ilicitude material, assim como alguns tipos fiscais e, mais recentemente, o crime de enriquecimento ilícito (Damião da Cunha, 1999: 41).

45 Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, recentemente alterada pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. No Brasil não há instrumento positivado de recuperação de ativos como perda alargada, procedimento *in rem* ou crime de enriquecimento ilícito.

46 O crime de branqueamento, de início voltado contra as vantagens provenientes do tráfico de drogas, acabou tendo seu alcance estendido a diversos outros crimes, sempre no sentido de “prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita, ou a sua natureza, que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas” (Caeiro, 2011: 277). Sobre o crime de branqueamento, vide Godinho, 2011.

47 Explicitado como sugestão no artigo 20.º da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003.

48 O artigo 321-6 do Código Penal francês, com redação dada pela Lei n.º 2006-64, de 23 de janeiro de 2006, prevê pena de três anos de prisão e multa de 75.000 euros para quem não possua recursos lícitos que justifiquem seu modo de vida e, em concomitância, mantenha relações habituais com pessoas que praticam crimes com pena não inferior a cinco anos e que trazem benefícios diretos ou indiretos, ou com vítimas desses crimes.

49 Em defesa da vigência do crime de enriquecimento ilícito, vide Simões, 2011: 59.

Porém, a criminalização do enriquecimento ilícito tem sofrido pesadas críticas, mormente no que toca à sua (não)conformação constitucional, violando garantias como o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da inocência<sup>50</sup>, a tal ponto de ser declarada inconstitucional, já na fase de sua inserção no sistema penal, pelo Tribunal Constitucional (doravante, TC) português<sup>51</sup>. Situação similar ocorreu em Itália, onde o TC, em Acórdão de 17 de fevereiro de 2004<sup>52</sup>, declarou inconstitucional o artigo 12-quinquies do Decreto-Lei n.º 356/92, que previa ser crime a posse injustificada de bens por arguidos por determinados crimes que não tivessem rendimentos lícitos proporcionais àquela posse.

Sem aqui aprofundar a análise, tampouco anuir às críticas ou rechaçá-las, é difícil escapar da constatação de que a criminalização do enriquecimento ilícito fere garantias penais. Assim, aduz-se preferível investir num sistema penal que contemple o crime de branqueamento de capitais e alguma modalidade eficaz de perda alargada e/ou de ação *in rem*.

Esta, também conhecida como procedimento de confisco *in rem*, de natureza extrapenal, hoje está sedimentada em sistemas como o norte-americano (a *civil forfeiture*) e o inglês (a *civil recovery*). Tal procedimento, como a própria denominação revela, é direcionado aos bens com suspeita de origem ilícita (mesmo que não criminosa) e não às pessoas que os possuem/detêm. Ou seja, não tem por escopo atribuir responsabilidade (criminal, civil ou administrativa) a alguém, mas apenas “fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida”<sup>53</sup>. O Estado retoma bens ilicitamente adquiridos sem precisar, necessariamente, responsabilizar penalmente seu detentor, de modo que o aforismo “o crime não compensa” está presente apenas por via reflexa, pois não se exerce o *jus puniendi*.

Uma virtude da ferramenta é alcançar o patrimônio ilícito seja qual for o resultado de eventual ação penal correlata. Como críticas, são citados: 1) o risco de “devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos”; 2) a dificuldade de “limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida” (mormente sendo alvo uma coisa) sem fazer referência a uma

50 Com posição radicalmente contrária ao crime de enriquecimento ilícito, vide Caeiro, 2011: 297-306; e Silva Dias, 2010: 32-36.

51 A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento não haver um bem jurídico claramente definido, a indeterminação do tipo proposto e a violação do princípio da inocência, conforme Acórdão n.º 179-2012, de 4 de abril. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

52 Acórdão disponível em <http://www.cortecostituzionale.it>.

53 Caeiro, 2011: 293.

pessoa; 3) a atuação híbrida do Estado (ora como titular do *jus puniendi*, ora como mero autor na ação *in rem*), potencialmente violadora de garantias penais; e 4) a criação de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal (com o risco de preferir-se atacar o lucro do que o crime)<sup>54</sup>.

Embora contundentes, pensa-se não se sustentam tais críticas, que mais se cingem a eventuais distorções na utilização do procedimento *in rem* do que propriamente a ele. Nada impede que o Estado, em similar a como restritamente atua com os outros procedimentos expropriatórios de natureza civil, fiscal ou administrativa, exerça a regulação da licitude patrimonial dos cidadãos, notadamente (e com atuação mais enérgica) quando houver suspeita da proveniência ilícita. Noutro argumento, não se tem como usualmente difícil – ao sedizente proprietário – demonstrar a licitude de uma coisa num procedimento extrapenal. E, num último, pondera-se que o procedimento *in rem* tem especial serventia para o alcance (e retorno ao Estado) do patrimônio de origem ilícita detido por terceiros, não raro ligados a ou utilizados por autores de ilícitos típicos de criminalidade organizada, mas que – também não raro – escapam à responsabilização criminal.

Para além desses instrumentos de recuperação de ativos, há ainda outros como as medidas fiscais de tributação do patrimônio ilícito<sup>55</sup> e, em especial, as modalidades de confiscos alargados, como o confisco geral de bens<sup>56</sup>, o confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos<sup>57</sup> e o confisco de bens suspeitos de origem ilícita<sup>58</sup>, este o nascedouro da perda alargada prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

---

54 Caeiro, 2011: 293-295.

55 Com natureza de “pena”, utilizada nos Estados Unidos por intermédio da Income Tax Act, de 1916, e, ainda hoje, em Itália. Sobre essa ferramenta legal, vide Nunziata, 2010: 112.

56 Por exemplo, a *confiscation générale* do artigo 229-49 do Código Penal francês, da *criminal forfeiture* dos Estados Unidos e da *Vermögensstrafe* do §43.º do Código Penal alemão, esta última declarada inconstitucional por decisão do Tribunal Constitucional alemão de 20 de março de 2002 (disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de>).

57 Previsto nos Códigos Penais austríaco (§20B) e suíço (§72.º), e na seção 13 do *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1989 da Inglaterra.

58 O §73d do Código Penal alemão prevê a origem ilícita de toda a vantagem, ao passo que a *confiscation* do *Drug Trafficking Act*, da Inglaterra, dispõe sobre a ilicitude de uma parte limitada no tempo.

#### 1.4. A perda alargada em si: apreciação crítica à luz do sistema português

Diferentemente do crime de enriquecimento ilícito, a perda alargada exige uma responsabilização por determinada infração penal (em regra, com aspecto de criminalidade organizada, normalmente prevista em catálogo) e a existência de um patrimônio injustificado ou destoante dos rendimentos lícitos da pessoa condenada. Ou seja, é significativa a distinção, pois, enquanto lá a infração penal que subjaz ao enriquecimento ilícito não é esclarecida (ter o patrimônio aumentado sem justificativa, por si só, é o bastante), aqui há uma condenação criminal como fonte, dela partindo os efeitos de confisco a todo ou parte do patrimônio injustificado. Mesmo que em ambos os instrumentos coteje-se uma presunção (em sentido técnico-jurídico<sup>59</sup>), na perda alargada ela não se presta ao reconhecimento de culpa ou à assunção do cometimento de outros crimes, mas tão-somente ao cálculo do *quantum* a ser confiscado. Assim, seu lastro é bem mais robusto (há uma condenação por crime que usualmente gera vantagem ilícita, aliada a um patrimônio não justificado) e, por conseguinte, o espectro da presunção é sensivelmente menor.

Acerca disso, aliás, a “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”, de 12 de março de 2012, em seu artigo 4.º (“poderes de confisco alargados”), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando “um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades”<sup>60</sup>.

O instrumento da perda alargada tem sido concebido de duas formas. Numa primeira modalidade, por intermédio de uma simples inversão do ônus da prova, de maneira que o confisco opera-se como consequência da condenação por determinada infração penal (por exemplo, como ocorre na França<sup>61</sup>).

59 Com definição no artigo 349.º do Código Civil português.

60 Trecho literal do referido artigo 4.º. No sistema português (abaixo estudado), a condenação por crime que resulta vantagem econômica e o patrimônio não justificado servem como “fatos concretos” hábeis a respaldarem “ser bastante mais provável” a origem criminosa dos bens. Ou seja, Portugal, ao menos nas hipóteses da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, já atende aquela Diretiva.

61 Onde a Lei n.º 2007-297, de 5 de março de 2007, alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês, preconizando que, nas hipóteses de crime com pena não inferior a cinco anos e que tenha resultado lucro direto ou indireto ao agente, a perda alcança os bens do condenado que ele não logre esclarecer a origem lícita.

Cumpra ao acusado, em paralelo à defesa em relação ao ilícito típico, justificar a origem de todo ou parte de seu patrimônio; isto é, há – ao menos em parte – inversão do ônus da prova no processo penal, pois apenas o arguido tem carga probatória de demonstrar a licitude do patrimônio, incumbência concomitante com sua defesa.

No outro modelo, também há o uso de presunção, mas embasada em pressupostos mais contundentes. Permanece à acusação o ônus de provar, para além do ilícito típico e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional e, quiçá, a conexão com a prática de outros crimes<sup>62</sup>. Esse é o sistema adotado na Espanha<sup>63</sup> (artigo 127 do Código Penal, modificado pela Ley Orgánica n.º 5/2010), na Itália (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92<sup>64</sup>) e em Portugal (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), e no qual não se tem uma mera inversão do ônus da prova, pois ao arguido incumbe ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante dos rendimentos líquidos – de quem, convém sublinhar, está condenado pela prática de crime em que a vantagem econômica é, normalmente, o fim almejado.

Avançando na análise, se já dito que não é pacificada a definição da natureza jurídica da perda de vantagens do crime<sup>65</sup> do artigo 111.º do CP, é ainda mais controvertida no que toca à perda alargada. “Pena”<sup>66</sup>, “feito da pena”<sup>67</sup>, “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”<sup>68</sup> e “reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança”<sup>69</sup> são definições dadas à natureza jurídica da perda alargada.

---

62 Vide nota 80, *infra*.

63 Sobre o confisco alargado espanhol, vide Correa, 2003.

64 Com redação dada pela Lei n.º 501/94, de 8 de outubro. O instrumento italiano assemelha-se ao português, e lá é frequente a afirmação pelos tribunais de que não ocorre uma inversão do ônus da prova, e sim um mero ônus de alegação quanto à origem do patrimônio. Vide Maugeri. 2001: 329.

65 Tratada como “pena acessória”, “mais próxima da pena do que da medida de segurança” ou “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”.

66 Cf. Fornari, 1997: 63 e ss., tendo por enfoque o instrumento positivado na Itália. Contra, refutando-o como pena, vide Munoz Conde & Garcia Arán, 2004: 606-607; e Mir Puig, 2004: 767.

67 Cf. Silva Dias, 2010: 39.

68 Cf. Damião da Cunha, 2009: 134.

69 Godinho, 2003: 1348.

Embora se possam reconhecer pontos comuns a todas, as primeiras (“pena” e “efeito da pena”) esbarram na constatação de que a perda alargada decorre, de fato, do patrimônio injustificado, e não da condenação (da culpa) por certo ilícito típico, que serve apenas como um dos requisitos; além disso, não se considera a gravidade do ilícito típico, tampouco há proporcionalidade entre este e o confisco a ser operado. A última (“reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança”) traz dúvida tanto acerca da existência de uma reação penal (valem aqui os argumentos retro) quanto sobre o efetivo perigo do patrimônio injustificado, cuja vinculação com a prática de crime(s) reside numa presunção<sup>70</sup>. E, mesmo como “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, pode ser objetada, pela inexistência verdadeiramente de uma sanção, sobrando mais adequada a conceituação de Pedro Caeiro, como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”<sup>71</sup>, à semelhança do que ocorre na Alemanha, onde o confisco alargado não é sanção penal ou algo análogo, e sim uma medida<sup>72</sup>.

Com efeito, a perda alargada pode ser sintetizada como uma medida administrativa *sui generis*, com as peculiaridades de depender de uma condenação criminal e de o correlato procedimento tramitar e ser decidido num tribunal criminal – em Portugal, após investigação criminal a cargo do Ministério Público, ou financeira por Gabinete de Recuperação de Activos. De qualquer modo, importa assinalar que a definição da natureza jurídica da perda alargada ainda está longe de um consenso, sendo aspecto merecedor da máxima atenção, até mesmo para o fim de situar o momento (independente, em concomitância ou depois de uma ação penal) e o ambiente (processo penal, civil ou administrativo) adequados ao manejo do instrumento.

---

70 Pondera-se inaplicável o mesmo critério dado à natureza jurídica da “perda de vantagens” do artigo 111.º do CP, pois nesta a perigosidade pode ser aceita num patamar abstrato, uma vez que a geração da riqueza ilícita é, sem qualquer presunção, vantagem direta de infração penal. Na perda alargada, a necessidade do uso de um liame presuntivo entre o crime e a vantagem enfraquece a verificação da perigosidade e, assim, sua similitude a uma medida de segurança.

71 Pedro Caeiro reconhece que, com tais características, o instrumento muito bem poderia ser manejado nas searas civil ou administrativa, mas defende sua tramitação vinculada ao processo penal pela maior gama de garantias atribuídas ao arguido (Caeiro, 2011: 311-312).

72 Strafgesetzbuch (Código Penal alemão), § 11, n.º 8. Na sentença de 14 de janeiro de 2004, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemão) decidiu que, atinente ao confisco alargado, não está em causa infligir um mal ao arguido, e sim privá-lo da vantagem obtida ilegitimamente. Disponível em [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

Os requisitos da perda alargada – em Portugal – consistem numa condenação com trânsito em julgado<sup>73</sup> por crime previsto em catálogo<sup>74</sup>, na existência de um património<sup>75</sup> incompatível com os rendimentos lícitos do condenado e na presunção<sup>76</sup> da ilicitude de sua origem, adstrita a determinado lapso temporal. Não ilidida a presunção, tem-se a assertiva jurídica da proveniência do património da atividade criminosa; e, com efeito, resulta descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada. No tema, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – doravante, CEDH)<sup>77</sup>.

Como acenado acima, há entendimento doutrinário<sup>78</sup> e jurisprudencial<sup>79</sup> de que a perda alargada inverte o ônus da prova em processo penal. Isso, em alguma medida, ocorre. No instrumento positivado em Portugal, incumbe à acusação fazer prova do crime do catálogo (a condenação é *conditio sine qua non* – artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002) e liquidar o montante apurado como

73 Com base no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. De frisar que a Lei n.º 5/2002 não faz exigência quanto à natureza ou à medida concreta da sanção.

74 O que, por um lado, vai ao encontro da ideia de restringir o “remédio forte à patologia grave”; mas, por outro, faz com que ilícitos típicos não comuns à criminalidade organizada ou econômica, mas igualmente geradores de vantagens ilícitas não raro vultosas (por exemplo, furto, roubo, extorsão e receptação), retem imunidade ao instrumento mais agressivo de recuperação de ativos.

75 Que deverá ser avaliado e liquidado, e cuja definição está prevista no artigo 7.º, n.º 2, letras a) a c), da Lei n.º 5/2002. Deve-se salientar que não se compreendem por património do condenado as vantagens do crime, que deverão ser alcançadas mediante o instrumento tradicional (com previsão no artigo 111.º do CP).

76 Relativa e ilidível por qualquer meio de prova, conforme o artigo 9.º, n.ºs 1 a 5, da Lei n.º 5/2002.

77 Entendimento sinalizado, por exemplo, nos Acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de janeiro de 2010. No Acórdão Leone contra Itália, de 2 de fevereiro de 2010, houve a ressalva de que o confisco não se pode basear numa mera suspeita. Todos disponíveis em [http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage\\_EN](http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN).

78 Nesse sentido, Damião da Cunha, 2009: 144-145; Godinho, 2003: 1336-1338; Duarte, 2002: 151 e ss.; e Bravo, 2006: 128 e ss.

79 Vide, por exemplo, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de outubro de 2006, Processo n.º 06P3163 (Relator Santos Carvalho), no qual, para além da chancela da inversão do ônus da prova, a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado foi resolvida em favor da acusação, com a declaração da perda alargada. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

devendo ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º), o que consiste em apresentar o cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final). Parte da doutrina advoga que, para além disso, incumbe à acusação a prova do anterior envolvimento do condenado com crimes similares<sup>80</sup>, com o que não se concorda, seja pela ausência de previsão legal, seja pela quase inviabilização prática que acaba ocasionando em virtude da “prova diabólica” exigida do Ministério Público (doravante, MP).

Diante desses elementos (que, reconheça-se, são consistentes), toca ao arguido ilidir a presunção de que parte de – ou todo – seu patrimônio proveio de fonte ilícita<sup>81</sup> (artigo 9.º). Veja-se que a interpretação dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002 pode levar à conclusão de que ao MP é lícito pretender simplesmente liquidar a totalidade do patrimônio do arguido, pois, se este não provar que o todo ou alguma parte provém de rendimento lícito, ou que foi adquirido há mais de cinco anos contados da data da constituição de arguido, ou foi adquirido com rendimentos angariados nesse período pretérito, a presunção autoriza que a perda alargada alcance tudo. Porém, pensa-se que aludida interpretação não é correta, até porque retira por completo a carga probatória do MP, quiçá tornando inócua a investigação criminal ou financeira. Mais adequado é retirar da conjugação dos artigos 7.º e 9.º, em consonância com a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), a exegese de que incumbe ao MP apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência – ou não – de rendimentos lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente<sup>82</sup>, é vantagem da atividade criminosa.

Seja qual for o entendimento adotado, no ponto da proveniência ilícita do patrimônio, atuando a acusação com apoio em presunção (como no artigo 350.º, n.º 1, do Código Civil português, doravante, CC), com carga probatória diminuída (ou sem ela) e parte dela suportada pelo arguido, não se pode negar que há

80 Assim pensam Damião da Cunha, 2009: 127-132; e Caeiro, 2011: 313.

81 O que não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porquanto o arguido nada tem de alegar quanto ao ilícito típico a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

82 Não esquecendo que o uso de presunção implica máxima cautela. A presunção, em maior ou menor medida, origina-se de regra de experiência. Mesmo que se atenha à perda alargada e não à prova do ilícito típico, pensa-se vale, aqui, o alerta de Paulo de Sousa Mendes: “o juiz não pode, pois, confiar nas regras da experiência mais do que na própria averiguação do real-concreto, sob pena de voltar, de forma encapotada, ao velho sistema de prova legal, o qual se baseava, afinal de contas, em meras ficções de prova” (Sousa Mendes, 2010b: 1011).

inversão do ônus da prova<sup>83</sup> (em similar ao artigo 344.º, n.º 1, do CC). Mas que se dá apenas a um aspecto (notadamente ao *quantum*) da perda alargada (que, sustenta-se, é uma “medida administrativa”), e jamais em relação à culpa. Isto é, não se tem uma efetiva inversão do ônus da prova em processo penal no sentido de retirar do MP o mister de elucidar o ilícito típico (existência e autoria) e a culpa do arguido, tampouco de infligir a este a prova de sua inocência.

Ainda no campo das críticas, pondera-se não se sustenta a afirmação de que a perda alargada viola o princípio da culpa<sup>84</sup> e a presunção da inocência<sup>85</sup>, pois não decorre de uma reação penal, principal ou acessória<sup>86</sup>, tampouco pres-supõe culpa<sup>87</sup> ou assunção da prática de outros crimes. Tais fundamentos igualmente se prestam para clarificar que o princípio *in dubio pro reo* é imaculado, recordando que a perda alargada não afeta o juízo acerca do ilícito típico e da culpa do arguido. Merece atenção, no entanto, que enquanto a dúvida sobre os requisitos da condenação e da existência de patrimônio do arguido [nas hipóteses das letras a) a c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002] deve ser resolvida em favor do condenado, não será assim, na mesma medida, no que tange à ilisão da presunção, porquanto deverá o arguido clarificar ou ao menos criar uma dúvida razoável<sup>88</sup> acerca de alguma das situações das letras a) a c) do

---

83 Para Damiano da Cunha, a criminalidade organizada enseja um juízo de perigosidade, pela possível continuação das atividades criminosas, cessada (no todo ou em parte) apenas pela intervenção estatal-penal, e um juízo de probabilidade, de os fatos esclarecidos (e levados a julgamento) serem somente uma parte da atividade criminosa, havendo inviabilidade de clarificar a totalidade exatamente pela forma de atuar desse tipo de criminalidade (Damiano da Cunha, 2009: 133-134). Pensa-se que o mesmo fundamento pode ser utilizado para justificar a inversão do ônus da prova em relação à perda alargada.

84 No sentido de que há violação do *nulla poena sine culpa*, vide Godinho, 2003: 1350-1351.

85 Prevista no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, e no artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, e que não deve ser confundida com a presunção de que todo ou parte do patrimônio do condenado constitui vantagem da atividade criminosa. Em sentido oposto, sustentado a ofensa à presunção da inocência, vide Godinho, 2003: 1358-1359.

86 Desde que se adote a natureza jurídica de “medida” (e não “sanção”) meramente administrativa. Mas, mesmo que se escolha a natureza jurídica de pena ou efeito de pena, entende-se que o princípio da inocência segue inviolado, porquanto já há sua ilidência por ocasião da condenação criminal, lembrando-se que a perda alargada só produz efeitos com o trânsito em julgado da condenação.

87 Decidiu o TEDH, no Acórdão Philips contra o Reino Unido, de 5 de julho de 2001, que, a partir da conclusão de que o arguido praticou um crime, restando apenas a definição da pena, o princípio da inocência não mais tem aplicação. Disponível em <http://www.echr.coe.int>.

88 É, ao que parece, a posição do Tribunal Constitucional português, de que a ilisão da presunção enseja a criação de uma dúvida razoável sobre os fatos que dão suporte à presunção, não se exigindo prova cabal, risco de violação da presunção da inocência – vide, por exemplo, Acórdãos n.ºs 135/92, 252/92 e 922/96. Disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. No sentido de que a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado deve ser resolvida em favor da acusação, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de outubro de 2006, Processo n.º 06P3163, referido na nota 76, retro.

n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002<sup>89</sup>. Outro que resta intacto é o princípio do processo equitativo<sup>90</sup>, uma vez que o arguido dispõe de todos os meios de prova válidos em processo penal para ilidir a presunção (artigo 9.º, n.º 2).

Em suma, a perda alargada traduz a opção do legislador que, apegado em regras de experiência comum, presume<sup>91</sup> que o patrimônio incongruente de quem é condenado por certos crimes geradores de vantagem ilícita tem origem no cometimento de outros crimes. Não se identifica na ferramenta jurídica traço de inconstitucionalidade, de violação das garantias processuais penais ou de dissonância com a CEDH<sup>92</sup>, e bem se percebe a tendência de o legislador restringir o remédio forte às patologias graves (em especial, à criminalidade organizada com fim de lucro), servindo como precioso instrumento de sedimentação da máxima “o crime não compensa”.

Discute-se, como já aventado, a conveniência de a perda alargada (e seu montante e liquidação) ser decidida no âmbito do processo penal (opção adotada em Portugal, onde o alcance do confisco integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo<sup>93</sup>), na sua sequência (como na Holanda<sup>94</sup>) ou em seara distinta, civil ou administrativa (em similar, por exemplo, a alguns procedimentos *in rem*).

O trato da perda alargada no processo penal, já com a propositura da acusação e após investigação preferencialmente especializada<sup>95</sup>, por um lado, favorece o arguido, que tem o amplo leque das garantias processuais penais

---

89 Para Salvatore Scalia, tratando do instrumento jurídico italiano, o arguido não precisa demonstrar, mas apenas explicar (o que seria um *minus*) ao tribunal a proveniência lícita do patrimônio incongruente (Scalia, 2002: 218).

90 Artigos 20.º (de forma ínsita, relativo ao processo civil) e 32.º, n.º 1 (atinentes ao processo penal), ambos da CRP.

91 Para o aprofundamento do tema das presunções, vide Marques da Silva, 2005: 356-357.

92 Nesse sentido, Balsamo, 2010: 271-272.

93 Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

94 Consoante o artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês, se o agente restar condenado por crime punível com multa do 5.º grau e existir a suspeita de vantagem ilícita superior a 12.000 euros, é instaurada investigação financeira autónoma – e posterior – ao processo penal. Caso a investigação conclua ser plausível, por não elucidar a origem lícita, que outras infrações penais geraram vantagens ilícitas ao condenado, é decretada a perda de bens.

95 É o que se tem atualmente em Portugal, com a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos, criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial dada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro. A mesma lei passou a prever o Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º e ss.), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados.

para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante e/ou a liquidação pretendidas pelo MP. Além disso, um mesmo tribunal julga o crime do catálogo e a perda alargada (e, quiçá, os indícios da prática de outros crimes), evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro lado, gera discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula ao *nemo tenetur se detegere* e à presunção de inocência, já que o arguido deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio – no mesmo momento em que se defende, com o risco de que a opção pelo silêncio confirme que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa. Por isso Augusto Silva Dias defende que a perda alargada “seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretada na sentença condenatória”<sup>96</sup>.

Para tornar a questão ainda mais complexa, não se pode ignorar haver uma tendência internacional de que os mecanismos de recuperação de ativos (mesmo os dependentes de uma condenação, como a perda alargada) sejam autonomizados<sup>97</sup>, o que, deve-se concordar, amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência. É com a autonomização que se abre brecha à cogitação dos instrumentos mais “musculosos” de recuperação de ativos sem uma sentença condenatória<sup>98</sup>, e são enfrentadas com maior facilidade as hipóteses de vantagens ou bens ilícitos detidos por terceiros.

Nessa conjuntura, tendo por escopo a eficiência no enfrentamento desse tipo de criminalidade, entende-se que, mesmo num sistema como o português, que já possui legislação específica a respeito (Lei n.º 5/2002) há mais de uma década, deveria avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada ou, no mínimo, sua tramitação em incidente concomitante ao processo penal, mas mantendo nesse sítio a decisão acerca da perda – a ser consignada na sentença ou no acórdão após a fundamentação condenatória do ilícito típico atribuído ao arguido<sup>99</sup>. Outrossim, mereceria cogitação a inserção no ordenamento legal de um procedimento *in rem* adequado aos princípios e às garantias insculpidos na CRP.

---

96 Cf. Silva Dias, 2010: 41.

97 Vide, por exemplo, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, artigos 1.º e 2.º.

98 Por excelência, os procedimentos *in rem*.

99 Nessa hipotética formatação, em havendo condenação por crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, e aplicada a pena ao arguido, cumpriria ao juiz/tribunal declarar a perda alargada com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, seria julgado prejudicado.

Elucubração à parte, é para o norte do “alargamento da perda alargada” que apontam as conclusões do Projecto Fenix, a seguir examinadas.

## 2. O PROJECTO FENIX

### 2.1. Síntese. Manual de Boas Práticas e Canais Dedicados de Comunicação

O Projecto Fenix<sup>100</sup> tem como finalidade a recuperação de ativos e consiste na parceria entre a Procuradoria-Geral da República de Portugal, a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado* (da Espanha) e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M.*<sup>101</sup> (da Holanda), inscrita no programa financeiro comunitário “Prevenir e Combater a Criminalidade”, criado pela Decisão n.º 2007/125/JAI do Conselho da União Europeia, de 12 de dezembro. Teve como inspiração a constatação, acima comentada, de que o direito penal – dos Estados da União Europeia – ainda está centrado na sanção a ser aplicada ao condenado, com pouca atenção ao confisco, seja dos instrumentos, seja das vantagens do crime, mesmo nas hipóteses de criminalidade com expressão econômica. Com esse enfoque, o Projecto Fenix objetiva alertar para a necessidade de recuperação das vantagens do crime, fomentar o aumento e o valor econômico das decisões de confisco (mormente com a utilização da perda alargada), e reforçar os meios de cooperação interna e internacional.

Como produtos específicos do projeto, foram desenvolvidos o Manual de Boas Práticas, que almeja a fixação de procedimentos para maximizar as metas pretendidas, e os Canais Dedicados de Comunicação, para o fim de prever e/ou melhor integrar órgãos internos e internacionais atuantes no campo da recuperação de ativos.

### 2.2. Dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos

No intuito de dar azo aos aludidos produtos, conceber potenciais soluções e delimitar o Manual de Boas Práticas, os integrantes do Projecto Fenix preocuparam-se em clarificar as dificuldades. Por intermédio de consultas, coletaram as percepções e as experiências dos mais diversos atores da recuperação

---

100 Que se intitula “reforço da recuperação de activos, em particular no quadro do combate à criminalidade grave susceptível de gerar proventos substanciais”. Todas as informações do Projecto Fenix reproduzidas neste artigo (inclusive nos itens abaixo discorridos) estão disponíveis em <http://www.fenix.pgr.pt>.

101 Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos (Holanda).

de ativos, e de como tal campo tem sido tratado no direito comparado, europeu e internacional. A dimensão e a variedade dos obstáculos detectados evidenciam que a missão do Projecto Fenix não é das mais singelas.

Abarcando tanto o confisco clássico como a perda alargada, verificaram-se dificuldades na fase da investigação como: a) relutância de bancos e outras instituições financeiras em colaborarem; b) utilização dos regimes *off-shore*, nos quais as informações são ainda mais raras; c) complexidade da identificação do real proprietário dos bens, devido ao uso frequente de “laranjas” ou empresas “de fachada” (por vezes situadas em paraísos fiscais); d) não elucidação da ligação probatória entre bens a serem apreendidos e crimes indiciados, mormente pelo uso de terceiros e/ou dos regimes *off-shore*; e) carência de meios especializados para realizar investigações financeiras nos prazos de duração do inquérito; f) morosidade da cooperação internacional; g) proteção acentuada do segredo profissional; h) dúvidas operacionais e quanto à legalidade das apreensões de bens feitas durante o inquérito, previamente ao ajuizamento do procedimento visando ao confisco; e i) limitações aos poderes de investigação, como no caso do *Ministerio Fiscal* (que depende de decisão do juiz de instrução para buscas, apreensões e confisco) ou da Polícia Judiciária (que não tem acesso direto a informações financeiras), ambos em Espanha.

A fase da acusação não é menos fértil em complicações, reveladas desde o que toca ao patrimônio (identificação vinculada ao investigado; determinação do que é lícito e do que pode vir a ser declarado perdido ou liquidado; localização dos bens; forma de recolha – apreensão ou arresto), passando pelo investigado (que não tem dever de colaboração ou informação) e chegando aos terceiros (com o esclarecimento de como e quando há ou não boa-fé). Não bastasse, são comuns as controvérsias quanto à constitucionalidade dos novos instrumentos de recuperação de ativos (como a perda alargada), num ambiente em que não há formação qualificada dos atores jurídicos (sobretudo dos magistrados).

O Projecto Fenix não teve melhor panorama vindo da fase do julgamento. A começar pela indefinição teórica quanto à natureza jurídica dos instrumentos de perda ou a permanência do trato da recuperação de ativos num segundo plano, avançando à constatação de que as raras decisões de perda, em regra, restringem-se (quando muito) aos bens constantes da acusação ou da pronúncia, limitando o alcance ao produto ou às vantagens diretas do crime sentenciado – e deixando de fora os bens de ou na posse de terceiros. No entre-meio, foram listadas como dificuldades as elevadas exigências probatórias para estabelecer a ligação entre bens e ilícitos típicos, preterindo-se um *standard*

civilístico de apreciação da prova – já que, predominantemente, adotam-se as regras e os princípios do direito processual penal.

Houve, ainda, a apuração de contratempos relativos às cooperações interna<sup>102</sup> e internacional<sup>103</sup>, à conservação e ao destino dos bens apreendidos<sup>104</sup> e à fase da execução<sup>105</sup>.

E, no que mais interessa a este trabalho, restaram identificadas, como dificuldades atinentes à perda alargada, a) a persistência, em alguns Estados, da exigência de demonstração do nexu causal entre o(s) crime(s) e os bens apreendidos (passíveis de decisão de perda); b) a pouca utilização de meios de prova indireta ou indiciária; c) a complexidade em elucidar o rendimento ilícito; d) a hesitação acerca da constitucionalidade do instrumento; e) a proteção dos direitos de terceiros de boa-fé; e f) a ausência de um sistema que a admita independentemente de uma condenação.

Mesmo que se atenha apenas às complicações vinculadas à perda alargada (que, em alguma medida, refletem o que ocorre no sistema português), observa-se que a tarefa de superá-las não se afigura menos complexa, mormente pretendendo o Projeto Fenix a obtenção de um sistema de recuperação de ativos minimamente padronizado e convergente no maior número possível de Estados da União Europeia.

---

102 Por exemplo, as frequentes invocações de sigilos; a distinta natureza das autoridades envolvidas para identificação, apreensão e guarda dos bens; a excessiva repartição de competências; a morosidade da comunicação; a burocracia e a falta de soluções que atendam ao valor e à utilidade social dos bens apreendidos.

103 Diferenças entre culturas, ordenamentos jurídicos, sistemas e legislação; morosidade e formalidade dos procedimentos; carência de formação especializada em línguas estrangeiras (e custos de tradução) e de interlocutores especializados; empecilhos aos pedidos de cooperação não baseados em decisões de condenação (*non conviction based confiscation*) nos Estados que não admitem essa solução; diferentes velocidades no que toca ao uso dos novos instrumentos; e pouca formação dos magistrados, com a preferência pela utilização de instrumentos mais antigos.

104 Englobando deterioração e desvalorização dos bens devido à morosidade; condições deficientes de guarda e armazenamento; custos de guarda e conservação (sem retorno com a venda); pouca eficácia e fracos resultados nas vendas de bens declarados perdidos; diminuta utilização de bens apreendidos antes da decisão judicial final sobre o seu destino; e pouca definição dos regimes legais relativos à conservação e destino dos bens apreendidos.

105 Em suma, quanto a tornar efetiva a decisão nos sistemas que prevêm a perda em valor (e não de bens) ou que permitem a investigação autónoma após o procedimento penal, sobretudo quando: a) não se tenham adotado meios cautelares ou de garantia; b) o património que responda pela decisão esteja inacessível porque em poder de terceiro de boa-fé; c) a jurisdição não reconhece a decisão de perda ou não tem condições de cooperação na fase executiva.

### 2.3. Um objetivo: aumento de volume e valor econômico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada

O objeto do Projecto Fenix é audacioso: inverter aquela tendência de os Estados concentrarem a reação penal na sanção ao condenado, enaltecendo e intensificando a perda de instrumentos, produtos e – principalmente – vantagens da criminalidade organizada com fim de lucro. Assim, não poderia ficar de fora o objetivo de aumentar o volume e o valor econômico das decisões de perda, em especial por intermédio do regime legal da perda alargada.

Com esse rumo, é cogitada a autonomização dos procedimentos de confisco de bens do processo penal, propiciando que a investigação financeira continue após a definição da ação criminal. Tem-se exemplo desse tipo de processo autónomo na Holanda (*asset recovery proceeding*), onde o tribunal avalia o montante angariado pelo réu em face das suas atividades criminosas e determina um valor a ser pago por ele ao Estado, tudo em procedimento com prazo máximo de dois anos após o fim da ação penal na primeira instância. O procedimento comporta vasto leque de meios de provas como interceptação de comunicações, vigilâncias, inquirições, buscas, recolhas e análises de informação.

Também na mesma trilha, o Projecto Fenix coteja que a perda de bens de origem suspeita possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo civil instaurado independentemente de sentença penal.

Essas e outras ideias conformaram recomendações, inclusive específicas para a perda alargada.

### 2.4. Recomendações concernentes ao instrumento da perda alargada

O Projecto Fenix compilou em um manual as boas práticas no que toca à recuperação de ativos, metodicamente separadas em gerais e objetivas, e detalhadas em todas as fases da persecução penal<sup>106</sup>. Para exemplificar, considerou-se boa prática “realizar uma investigação financeira eficaz e atempada”, mediante a criação de órgãos ou gabinetes especializados – o que espelha legislação já concretizada em Portugal<sup>107</sup>.

Como “alargar a perda alargada” é um dos principais alvos do Projecto Fenix, o manual gerado contemplou desde a otimização do aspecto operacional até

106 Fenix, 2011: 9-24.

107 Onde foram criados Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens com o advento da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro.

inovações contundentes de incremento do mecanismo jurídico. Com essas características, podem ser listadas a ampliação do uso de presunções quanto à origem do patrimônio tido por suspeito (item 1.1.5.2); a meta de recolocar o agente do crime na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico (item 1.1.5.3); a já referida autonomização dos procedimentos de confisco do processo-crime, com a atribuição da natureza patrimonial (exclusiva) à perda de bens (item 1.1.5.4); e o aumento da margem de liberdade no cálculo e na estimativa do patrimônio ou do valor a ser perdido (item 1.1.5.5)<sup>108</sup>.

A detecção das dificuldades e a elaboração do Manual de Boas Práticas propiciaram ao Projecto Fenix a construção de rol de recomendações aos Estados<sup>109</sup>, igualmente abrangendo todas as fases da persecução penal e atendo-se à meta de recuperação de ativos.

Concernente à perda alargada, foram explicitadas as recomendações de: a) autonomizar o processo de confisco de bens, com regras que possibilitem que a investigação financeira se prolongue após o fim do processo penal ou inicie-se dentro de determinado prazo depois de seu encerramento (item 8); b) adotar legislação que permita que a perda de bens possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal (item 9); c) atribuir natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda de bens a favor do Estado (item 10); d) criar mecanismos que obstem ou desincentivem a utilização de terceiros para ocultar bens provenientes de atividades criminosas, e adotar medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado (item 11); e e) admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou coletivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado (item 16).

Como todas essas boas práticas e recomendações dizem respeito à perda alargada, notadamente com a finalidade de ampliá-la ou robustecê-la, é pertinente o exame detido de cada uma delas, enfatizando sua compatibilidade com o sistema penal português.

---

108 Fenix, 2011: 11.

109 Fenix, 2011: 24-26.

### 3. BOAS PRÁTICAS E RECOMENDAÇÕES DO PROJECTO FENIX QUANTO À INTENSIFICAÇÃO DA PERDA ALARGADA E SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA PENAL PORTUGUÊS

#### 3.1. Notas preliminares

Como adrede exposto, a perda alargada, embora faça parte da legislação portuguesa desde janeiro de 2002, ainda é questionada na sua adequação aos princípios e garantias processuais penais. A despeito disso, observa-se que o legislador português parece estar atento à ampliação dos mecanismos de recuperação de ativos. Basta apontar que, com a Lei n.º 5/2002<sup>110</sup>, para além da perda alargada, advieram previsões específicas sobre quebra de segredo, mais flexíveis (artigo 2.º), procedimento relativo a instituições de crédito e afins, com ênfase no dever de informação célere (artigo 3.º), e possibilidade de controle de contas bancárias (artigo 4.º), ao passo que a recente Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou os Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens. Ou seja, providências consonantes com as metas do Projecto Fenix.

Porém, para os integrantes do Projecto Fenix, os instrumentos em vigência não são suficientes para que a criminalidade organizada “não compense”. Daí, por intermédio do Manual de Boas Práticas e das recomendações, a pretensão de tornar a perda alargada um tanto mais robusta, com a adoção dos meios a seguir analisados.

#### 3.2. Uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens/patrimônio do condenado

Pode-se dizer que essa<sup>111</sup> é uma boa prática já adotada pela Lei n.º 5/2002, uma vez que o artigo 7.º n.º 1, define “presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito”, enquanto o seguinte n.º 2 delimita o que se entende por património e fixa o alcance retroativo da decisão de perda há cinco anos da constituição de arguido. Por fim, o n.º 3 reza que sempre

---

110 Originada da Proposta de Lei n.º 94/VIII, in DAR, 1.ª Série, de 20/09/2001, cuja exposição de motivos consta que “a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa”.

111 Fenix, 2011: 11.

serão considerados vantagem de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens nas condições do artigo 111.º do CP.

Assim, o sistema português indubitavelmente contempla o uso de presunção sobre a origem do patrimônio suspeito, sendo suficiente, para a perda alargada, a responsabilização criminal por ilícito típico do catálogo (artigo 1.º da Lei n.º 5/2002) e a existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado, salvo as hipóteses do artigo 9.º, que ilidem a presunção.

Pondera-se não haver espaço para o aumento da força dessa presunção, sendo imprescindível a manutenção de meios amplos que propiciem seja ilidida, bem assim de um marco temporal limitador de sua incidência<sup>112</sup>. Conjecturar uma presunção não ilidível ou com restritas hipóteses de objeção, e sem fixação de prazo de incidência sobre o patrimônio do condenado, traria o risco da ressurreição dos abusos que acompanharam o confisco nos séculos passados, algo intolerável num Estado de Direito Democrático.

Se em algum lugar há margem para o aumento da presunção no sistema português, pensa-se é no catálogo de crimes em que a perda alargada é autorizada. O legislador deixou de fora do catálogo crimes como tráfico de pessoas, jogo ilícito e outros contra o patrimônio (como furto, roubo, receptação, burla qualificada e extorsão, por exemplo), que deveriam estar ao alcance do instrumento do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002. Veja-se que não cabe o argumento de que a Lei n.º 5/2002 destina-se apenas à criminalidade organizada, pois bastaria ressaltar – a tantos outros crimes que resultam vantagens econômicas de vulto – o que já está previsto no n.º 2 do artigo 1.º.

Noutro aspecto, mas ainda no campo da presunção (agora não ligada à origem do patrimônio suspeito), entende-se deve ser sedimentado – nomeadamente nos tribunais – que a perda alargada não exige a prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime (do catálogo) pelo qual foi condenado. Em suma, tal situação não é reclamada pela lei e pode ser presumida da existência dos dois outros requisitos – “condenação por crime do catálogo” e “patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos” – explicitamente previstos.

---

112 Que, em Portugal, parece não ser fruto do acaso, e sim da relação com o prazo prescricional de cinco anos do artigo 118.º, n.º 1, letra c), do CP.

### **3.3. Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar**

Também como boa prática, entabulou o Projecto Fenix que, na fixação dos critérios para a determinação do património ilícito, “os sistemas jurídicos devem nortear-se pelo princípio segundo o qual a pessoa sob investigação deve ser colocada na situação patrimonial em que se encontrava antes da prática do crime”<sup>113</sup>. Com esse escopo, foi acrescentada a admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar<sup>114</sup>.

Não se percebe óbice legal ou constitucional àquela meta. Longe disso, o Estado que logra restabelecer a posição patrimonial do condenado para situação idêntica a que tinha antes do ilícito típico (obviamente, de resultado econômico-financeiro) está demonstrando que “o crime não compensa”. Contudo, se, na meta, não há problemas, podem eles surgir nos meios utilizados para alcançá-la, aí incluindo a margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Um potencial problema atém-se ao aspecto operacional da mensuração do património ilícito, o qual se infere da presunção do artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei n.º 5/2002, que decorre, grosso modo, da relação aritmética “valor do património do arguido” menos “património congruente com rendimento lícito”. Ocorre que, para apurar<sup>115</sup> e realizar essa diferença, o Estado não poderá prescindir de uma investigação financeira especializada e ágil (que respeite fielmente o processo legal de obtenção de meios de prova), e de estruturas de administração e destinação dos bens apreendidos. A despeito de a legislação portuguesa fornecer esses aparelhos (vide, por exemplo, artigos 2.º a 6.º da Lei n.º 5/2002, e Lei n.º 45/2011), sabe-se que, na prática, muito dificilmente se elucida a totalidade do património angariado ilicitamente, bem assim que não é tarefa fácil administrar e destinar o que foi apreendido.

Aliás, sobre este último tópico, interessa inclusive analisar os custos da manutenção de gabinetes como de recuperação de ativos e de administração de bens. Mesmo que o foco da recuperação de ativos alinhe-se com o aforismo

113 Fenix, 2011: 11.

114 Fenix, 2011: 11.

115 Insiste-se no entendimento de que incumbe ao Ministério Público apurar a totalidade do património do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência de rendimentos lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente, é vantagem da atividade criminosa.

de que o crime não compensa, soa como um *nonsense* dispender grandes somas de dinheiro público para manter estruturas que recuperam vantagens da atividade criminosa de vulto sensivelmente inferior. Obviamente que, num curto prazo, a relação deficitária ao Estado afigura-se provável, até porque o esperado aumento das decisões de perda depende de vários fatores; contudo, com o passar dos anos, estruturas especializadas como os gabinetes deverão necessariamente gerar “retorno” ao Estado, pena de colocarem em xeque o fundamento (ao menos o econômico) de suas existências.

Já quanto à admissão da margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar, pondera-se que, sem o amparo de uma investigação financeira adequada, é utópica ou, mesmo, brecha para arbitrariedades. Utópica porque de nada adianta facultar à acusação maior margem de liberdade ao estimar a presumida vantagem da atividade criminosa, ao arrepio do que é apurado pela investigação financeira, que, em regra<sup>116</sup>, será o nascedouro da liquidação (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002). Além de pouco ou nada resultarem em termos de consequência útil na recuperação de patrimônio ou bens de origem ilícita, cálculos ou estimativas exacerbadas podem propiciar arbitrariedades, consubstanciadas na apropriação de patrimônio do condenado obtido com rendimentos lícitos (recordando que toca a ele ilidir a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002). Então, é preciso cautela com essa boa prática: uma investigação financeira ampla e qualificada deve, como regra geral, nortear o cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Outra questão suscitada neste tema atrela-se à cogitação da execução universal do patrimônio do condenado<sup>117</sup>, permitindo-se o arresto mesmo do que seja de proveniência lícita “para responder pela verba declarada perdida ou confiscada”<sup>118</sup>, desde que isso seja necessário para enfatizar que “o crime não compensa”<sup>119</sup>. Para exemplificar, imagine-se que uma investigação financeira apura que determinado arguido tem patrimônio de vulto e nenhum rendimento lícito, ou que obteve vantagem da atividade criminosa, já transferida, e que detém patrimônio fruto de rendimento lícito inferior a essa vantagem:

---

116 Salvo a hipótese do artigo 8.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002.

117 Fenix, 2011: 26.

118 Fenix, 2011: 24.

119 Aliás, é nesse sentido o artigo 10.º, n.º s 1 e 2, da Lei n.º 5/2002.

é possível liquidar a totalidade do património do condenado? Estar-se-à ressuscitando, num Estado de Direito, a figura do confisco geral de bens<sup>120</sup>?

Apesar de a hipótese trazer à lembrança aquele instrumento pretérito<sup>121</sup>, não se verifica empecilho à sua utilização nos casos em que a totalidade do património do condenado é – de fato ou presumivelmente – vantagem da atividade criminosa, mesmo que excepcionalmente atinja património de origem lícita (no caso de a vantagem ter sido transferida). Na verdade, situação assim apenas se assemelha ao confisco geral do passado remoto no que toca ao resultado (execução universal do património), sendo, em tudo o mais, diferente. Uma vez provado que todo o património do condenado é vantagem ilícita, ou que ele a obteve e a transferiu (em valor igual ou superior a seu património lícito detetado), nada impede que tudo seja declarado perdido.

Frise-se não haver espaço ao cotejo da aplicação do artigo 112.º, n.º 2.º, do CP<sup>122</sup>, à perda alargada, porque esta visa a descapitalizar a criminalidade organizada, de perigosidade muito superior à “tradicional”, bem assim porque não há previsão legal e pela diferença em relação ao regime da perda de vantagens do artigo 111.º do CP<sup>123</sup>.

### 3.4. Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime

Talvez a recomendação mais complexa direcionada à perda alargada pelo Projeto Fenix, a autonomização dos procedimentos dessa modalidade de recuperação de ativos do processo-crime pode ser lida como uma meta genérica, da qual emanam específicas, como: a) a definição de “regras que permitam que a investigação financeira se prolongue para além do encerramento do processo-crime ou se inicie dentro de determinado prazo após o seu encerramento”<sup>124</sup>; b) a adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de

120 Que está previsto na França para determinados crimes, como contra a humanidade (artigos 213-1 e 213-3 do Código Penal francês) e tráfico de pessoas (artigo 225-25, *idem*).

121 Jorge Godinho alega que a perda alargada reintroduz o confisco geral no ordenamento legal (Godinho, 2003: 1355-1357).

122 Redução equitativa do valor do confisco das vantagens do crime, norma de caráter excepcional, vinculada à hipótese do artigo 111.º, n.º 4, do CP.

123 Nesse sentido, Damião da Cunha, 2009: 139; com entendimento contrário, Godinho, 2003: 1348.

124 Fenix, 2011: 25.

prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal”<sup>125</sup>; e c) a atribuição de “natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado”<sup>126</sup>.

Percebe-se que o cerne da discussão vincula-se com a natureza jurídica da perda alargada, ambiente longe de estar pacificado. É que, exigindo a perda alargada uma responsabilização criminal, além da existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado, soa até instintivo atribuir-lhe natureza jurídica penal. Não é à toa que, como visto, respeitados doutrinadores concebem-na como “pena, “efeito da pena”, “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, “reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança” ou “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”<sup>127</sup>.

Pois, para que se cogite o acatamento das recomendações do Projecto Fenix (que, em Portugal, obviamente ensejariam alteração legislativa), deve-se ter a natureza jurídica da perda alargada como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”.

O trato como “pena”, “efeito da pena”, “reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança” ou “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal” não impede, peremptoriamente, a autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime (aí incluindo a via incidental), tampouco que a investigação financeira se prolongue ou inicie depois. Pondera-se não haver óbice, com essas concepções, a que no processo penal a acusação formule pedidos de condenação e de perda alargada, ao passo que em procedimento autônomo seja apurado o *quantum* do confisco. Nesse modelo, na decisão da ação penal tem-se a responsabilização criminal do agente e a declaração de perda alargada, cujo alcance é determinado em procedimento autônomo, sem prejuízo, inclusive, de que a investigação financeira se prolongue para após o encerramento do processo penal ou até mesmo seja iniciada depois.

No entanto, sendo a perda alargada “pena”, “efeito da pena”, “reação penal” ou “sanção administrativa”, forçosamente há empecilho a que se adote “*standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal”, ou se atribua “natureza exclusiva e

---

125 Fenix, 2011: 25.

126 Fenix, 2011: 25.

127 Vide notas 66 a 69.

inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado”. Se a perda alargada tiver natureza jurídica de reação penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração divorcie-se do processo penal, de suas regras e garantias, pena de violação de uma série de princípios constitucionais. Por conseguinte, em se optando por qualquer uma dessas quatro concepções de natureza jurídica, parece não haver dúvida de que figura como melhor sistema o já adotado em Portugal, onde a perda alargada é analisada e decidida no processo penal (artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002).

Diversamente, concebendo-se a natureza jurídica da perda alargada como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”, sem ostentar conteúdo de reação penal ou sanção, não haverá obstáculo ao acatamento das recomendações do Projeto Fenix no sentido da “adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal”, embora mantido o requisito da condenação em processo penal. Nesse molde (a demandar radical alteração legislativa, no caso de Portugal), a condenação do arguido serve de base à instauração de procedimento outro, autónomo, não penal e com regras probatórias do direito civil<sup>128</sup>, em que a perda alargada é analisada, mensurada e decidida como uma medida de natureza materialmente administrativa<sup>129</sup>, na linha do poder-dever de o Estado regrear o direito à propriedade privada, que reclama origem lícita.

Uma última remanescência, porém, é de difícil superação, ao menos no que respeita à perda alargada. O Projecto Fenix recomenda que, para além do já visto (permitir que a perda de bens seja decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal), aludido procedimento possa ser instaurado independentemente de sentença penal<sup>130</sup>. Com tais contornos, tem-se choque frontal com requisito essencial da perda alargada (condenação

---

128 O que, não necessariamente, diminui o ônus probatório do Estado ou fragiliza a posição processual do arguido.

129 Aliás, em muito similar a um procedimento *in rem*.

130 Veja-se que é nesse sentido que dispõe a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012, em seu artigo 5.º (confisco não baseado numa condenação): “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir o confisco dos instrumentos e produtos do crime na falta de uma condenação penal, na sequência de um processo que, caso o suspeito ou arguido tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação penal, quando: (a) o falecimento ou a doença crónica do suspeito ou arguido impeça o prosseguimento da ação judicial; ou (b) a doença do suspeito ou arguido ou o facto de este se ter subtraído à ação penal ou à pena impeça o exercício efetivo da ação penal num prazo razoável, representando um risco grave de prescrição”. Disponível <http://eur-lex.europa.eu>.

por crime previsto em catálogo, como no sistema português), restando, pois, como alternativa, a inserção no ordenamento legal de uma espécie de procedimento *in rem*<sup>131</sup>.

Então, ao que parece, as recomendações do Projecto Fenix concernentes à permissão de que “a perda de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal, com natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial”, têm como destino a previsão legislativa de procedimento *in rem*, em paralelo à existência da perda alargada (como ocorre, por exemplo, no Reino Unido).

Nessa hipotética conformação, mais agressiva quanto aos instrumentos de recuperação de ativos, a perda alargada teria lugar nos casos de condenação por determinados crimes de catálogo (adstritos à criminalidade organizada com fim de lucro) em que apurado patrimônio do condenado incongruente com seus rendimentos lícitos, num sistema legal como o disposto na Lei n.º 5/2002 (no processo penal), ou como os previstos na Holanda e no Reino Unido (*criminal confiscation*), isto é, em procedimentos autônomos. A perda alargada, mesmo que com natureza jurídica “não penal” (medida de natureza materialmente administrativa), seguiria aplicada por ocasião de um processo penal ou nele teria nascedouro.

Já nas situações em que não houvesse condenação penal (ou, mesmo, instauração de ação penal), mas existido investigação financeira conclusiva de patrimônio suspeito de origem ilícita, aí sim teria espaço procedimento de recuperação de ativos totalmente autonomizado do processo penal, com o *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial – por excelência, uma ação *in rem* como a *civil forfeiture* ou a *civil recovery*.

Esse último tipo de procedimento, por desprezar a pessoa que possui ou detém o bem ou patrimônio com suspeita de origem ilícita, tende a mostrar-se particularmente profícuo na recuperação de ativos detidos por terceiros (que não se enquadrem, por exemplo, na situação do artigo 7.º, n.º 2, letra b, da Lei n.º 5/2002), mantendo-se a proteção da boa-fé.

---

131 Poder-se-ia suscitar, como alternativa, a criação de nova e anômala perda alargada, nos moldes entabulados pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012 (vide nota 127, retro). Porém, em Portugal, uma inovação dessas, que prescindiria de requisito essencial ao procedimento da Lei n.º 5/2002 (condenação criminal), poderia ser chamada de todos os nomes, menos de perda alargada.

A existência dos dois instrumentos de recuperação de ativos (à semelhança do que ocorre no Reino Unido) parece ser mais consonante com a CRP do que a proposta do artigo 5.º da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, que, explicitamente, utiliza a conjectura de uma condenação (“caso o suspeito ou arguido tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação penal”) como suporte ao confisco de bens.

### **3.5. Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado**

Em verdade, essa recomendação almeja a criação de mecanismos que obstem ou desincentivem “a utilização de terceiros, nomeadamente pessoas colectivas, para ocultar o produto proveniente de actividades criminosas e adoptem medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado”<sup>132</sup>. Outrossim, há a sugestão de “admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou colectivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado”<sup>133</sup>.

A meta de desincentivar a que terceiros, sobretudo pessoas coletivas, prestem-se a ocultar vantagens originadas da atividade criminosa, além de genérica demais, tende a desbordar das funções dos direitos penal e processual penal. Aliás, vê-se que, em determinados momentos, o Projecto Fenix cogitou “vãos altos demais”<sup>134</sup>.

Certamente, o maior desincentivo desse jaez reside na concretização da máxima de que o crime não compensa, seja mediante a utilização de meios eficazes de recuperação de ativos, seja pelo alcance da responsabilidade<sup>135</sup> penal não apenas aos agentes diretos da criminalidade organizada, mas, ainda, aos seus cúmplices. E, aqui, a própria legislação portuguesa vigente (Lei n.º 5/2002) traça um caminho quanto a terceiros (artigo 7.º, n.º 2, letra b), que, mesmo restrito, pode propiciar a que outros que não o condenado (terceiros, pessoas singulares ou coletivas) sejam responsabilizados pelo pagamento do valor

---

132 Fenix, 2011: 25.

133 Fenix, 2011: 26.

134 Para exemplificar, chegou-se a recomendar “esforços ao nível internacional, no sentido de avaliar a subsistência da existência de paraísos fiscais (*off shores*)” – item 7, p. 25.

135 Para além do que prevê o artigo 7.º, n.º 2, b), da Lei n.º 5/2002.

declarado perdido. Pensa-se que, para ampliar essa via, deveria o legislador português insculpir no ordenamento ação ou procedimento *in rem*, conforme acima enfatizado.

Parece ser por aí, também, o caminho para “garantir a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado”.

## CONCLUSÃO

A concretização do aforisma “o crime não compensa” em relação à criminalidade organizada com fim de lucro exige que os Estados (de Direito Democrático), por seus sistemas legais e judiciais, estendam o foco para além da mera responsabilização criminal do agente, sendo essencial o manejo de instrumentos eficazes de recuperação de ativos. Tudo indica que essa é uma tendência irreversível em nível mundial. Contudo, não basta apenas a previsão legal de ferramentas de recuperação de ativos: é premente o despertar para que elas sejam aplicadas no “direito vivo”.

A perda alargada é um dos mais importantes instrumentos modernos de recuperação de ativos – que não podem ser confundidos com o confisco que, em período passado, foi deformado em suas finalidades para gerar abusos e injustiças. Hoje, os sistemas legais dos Estados contemplam vastas garantias – até constitucionais – aos acusados por crimes e, mesmo, àqueles que são demandados em face de bens ou patrimônio em jurisdições não-penais.

Meios clássicos como a “perda de instrumentos ou produtos do crime” e a “perda de vantagens do crime”, bem assim a criminalização do branqueamento de capitais, são insuficientes para a recuperação de ativos da criminalidade organizada com fim de lucro. Por conseguinte, os Estados devem cotejar a adoção de instrumentos como a criminalização do enriquecimento ilícito e, preferencialmente, os procedimentos *in rem* (de natureza extrapenal) e as modalidades de perda alargada – como a prevista em Portugal no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

Especificamente sobre essa ferramenta, considera-se que a perda alargada do sistema português tem natureza jurídica de “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”, sendo seus únicos requisitos a condenação com trânsito em julgado por crime do catálogo (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002) e a existência de um patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado – restando daí a presunção da ilicitude de sua origem, adstrita a lapso temporal. O instrumento positivado em Portugal enseja carga probatória ao arguido no que toca à ilusão da

presunção, mas não inverte o ônus da prova em processo penal atinente ao ilícito típico ou à formação da culpa, tampouco viola os princípios da culpa, da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, de modo que não ostenta traço de inconstitucionalidade.

Embora exista a indicação – em diplomas internacionais – de autonomizar os mecanismos de recuperação de ativos, inclusive em searas não penais (civil ou administrativa), pensa-se que a permanência da perda alargada atrelada ao processo penal (como no sistema legal português) não a torna menos útil ou eficiente. No entanto, sua tramitação em incidente paralelo e concomitante ao processo penal (e não no próprio, como prevê a Lei n.º 5/2002) pode evitar percalços e até permitir resultados melhores na meta de recuperação de ativos.

Tratando dessa meta, o Projecto Fenix, a despeito de suas recomendações não possuírem força vinculativa aos Estados, deve ser examinado com atenção, pois em grande parte espelha objetivos de combate à criminalidade organizada, discutidos e fomentados em instâncias internacionais e comunitárias.

Vê-se que algumas das boas práticas e recomendações do Projeto Fenix já estão sedimentadas na legislação portuguesa, como nas Leis n.º 5/2002 e n.º 45/2011. Uma boa prática vigente atém-se ao uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens ou patrimônio do condenado, inserida no artigo 7.º n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

Quanto ao aumento da utilização de presunções, defendido pelo Projeto Fenix, pondera-se viável apenas na ampliação do catálogo de crimes em que a perda alargada é autorizada (mediante alteração legislativa), bem como para consolidar o entendimento de que o instrumento legal não exige, como requisito, a prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime pelo qual foi condenado.

Outra boa prática, da recolocação do agente na sua situação patrimonial anterior ao crime, merece especial relevo, pois vai totalmente ao encontro do aforisma “o crime não compensa”. Porém, os meios utilizados para tanto reclamam cautela, sobretudo em relação à mensuração do patrimônio presumivelmente ilícito. Não se pode prescindir de uma investigação financeira especializada, ágil e conforme com o processo legal de obtenção de prova. Outrossim, a estrutura dos gabinetes de recuperação e administração de ativos deve ser economicamente rentável ao Estado, o que demanda planejamento e eficiência.

Já a admissão da margem de liberdade no cálculo ou estimativa do valor a confiscar (outra pretensão do Projecto Fenix) tende a ser fictícia e, mesmo,

potencial geradora de arbitrariedades. Por outro lado, não se vê óbice à execução universal do patrimônio do condenado (permitindo-se o arresto mesmo do que seja de proveniência lícita para responder pela verba declarada perdida), nem à liquidação da totalidade do patrimônio, desde que – de fato ou presumivelmente – constituído de vantagem da atividade criminosa.

A recomendação de autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime vincula-se com a natureza jurídica do instrumento, devendo ser definida como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”. Assim, não haverá empecilho à autonomização de seu procedimento ou a que a investigação financeira se prolongue ou inicie depois do processo penal, tampouco à adoção de legislação que permita que a perda possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo não penal, embora mantido o requisito da condenação criminal. Se adotada essa hipótese, a condenação deve dar ensejo à instauração de procedimento outro, autônomo, não penal e com regras probatórias do direito civil, especificamente para o trato da perda alargada. Mas, se for atribuída à perda alargada a natureza jurídica de reação penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração divorcie-se do processo penal.

Noutro tanto, a recomendação de que aludido procedimento (para além de autônomo e civilístico) seja instaurado independentemente de sentença penal condenatória é incompatível com a perda alargada, qualquer que seja sua natureza jurídica. Essa recomendação soa ter como destino a previsão legislativa de uma ação *in rem*, em paralelo à perda alargada.

Nesse hipotético contexto, previstas legalmente a ação *in rem* e a perda alargada, esta teria lugar nas hipóteses da Lei n.º 5/2002, sendo aplicada no processo penal resultante em condenação por crime do catálogo. Já nos casos em que a investigação financeira concluisse pela existência de patrimônio suspeito de origem ilícita, mas sem lastro para instauração de ação penal ou condenação, teria espaço a ação *in rem*, autonomizada do processo penal, com *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva patrimonial – procedimento mais profícuo sobretudo na recuperação de ativos detidos por terceiros.

Em similar, pensa-se que a recomendação da criação de medidas que garantam a eficácia da decisão a terceiros não demandados relacionados com o condenado, inclusive com a admissão da possibilidade de serem responsáveis pelo pagamento do valor declarado perdido, para além do que já está previsto na Lei n.º 5/2002 (artigo 7.º, n.º 2, letra *b*), passa pela inserção, na legislação portuguesa, de um procedimento *in rem*.

Conclui-se, enfim, que as recomendações do Projecto Fenix merecem consideração, respeitadas as Constituições de cada Estado (como Portugal). Potencialmente, as recomendações otimizam a que criminalidade organizada com fim de lucro não compense.

O Projecto Fenix é, sem dúvida, um remédio forte. Mas para uma doença extremamente grave.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cândido Mendes

1985 *Auxiliar Jurídico: Apêndice às Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BALSAMO, Antonio

2010 “Le misure di prevenzione patrimonial, gli orientamenti della corte europea dei diritti dell’uomo e gli strumenti della collaborazione giudiziaria internazionale”, in Balsamo, Antonio; Contrafatto, Vania; Nicastro, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè Editore, pp. 270-301.

BRAVO, Jorge dos Reis

2006 “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in *Polícia e Justiça*, Coimbra, n.º 8, pp. 73 e ss.

CAEIRO, Pedro

2011 “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, n.º 2, pp. 267-321.

CORREA, Teresa Aguado

2003 “La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04. Disponível em <http://criminnet.gr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>. Acessado em 20 de junho de 2013.

CORREIA, João Conde

2012 *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda.

DAMIÃO DA CUNHA, João Manoel

1999 *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

2009 “Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º -12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 125-156.

DUARTE, Jorge Dias

2002 “Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 89, pp. 141 e ss.

FARIA COSTA, José de

2009a “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 95-111.

2009b “A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 113-123.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2009 *Direito penal português*. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora.

FORNARI, Luigi

1997 *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”. Padova: Cedam.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes

2003 “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in Andrade, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1315-1363.

2001 *Do Crime de Branqueamento de Capitais: Introdução e Tipicidade*. Coimbra: Almedina.

MARQUES DA SILVA, Germano

2005 “Artigo 32.º”, in Miranda, Jorge & Medeiros, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º. Coimbra: Coimbra Editora.

MAUGERI, Anna Maria

2001 *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo*. Milão: Giuffrè.

MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz & ZIPF, Heinz

1995 *Derecho Penal*. Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

MIR PUIG, Santiago

2004 *Derecho Penal*. Parte General, 7. ed. Montevideo e Buenos Aires: Editorial B de F.

- MUNOZ CONDE, FRANCISCO & GARCIA ARÁN, Mercedes  
2004 *Derecho Penal*. Parte General. 6. ed. Valência: Tirant lo Blanch.
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues  
2008 *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa (não publicado).
- NUNZIATA, Massimo  
2010 *La Confisca nel Codice Penale Italiano: Un'analisi critica per la riforma*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PICKARD, Daniel B.  
1998 “When does crime become a threat to international peace and security?”, in *Florida Journal of International Law*, USA, 12. Disponível em <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>. Acessado em 18 de julho de 2013.
- SCALIA, Salvatore  
2002 “Il contrasto al fenómeno del riciclaggio. Il sequestro e la confisca dei beni nella legislazione italiana e nella prassi”, in Ferre Olive, Juan Carlos et. al. *Blanqueo de Dinero e Corrupción en el sistema bancario*. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 215 e ss.
- SILVA DIAS, Augusto  
2010 “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. *2.º Congresso de Investigação Criminal*. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, pp. 23-47.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso  
2011 “Contra a corrupção. As leis de 2010”, in Carmo, Rui do; Leitão, Helena. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-63.
- SOUSA MENDES, Paulo de  
2010a “A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. *2.º Congresso de Investigação Criminal*. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e

- Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, pp. 201-213.
- 2010b “A prova penal e as regras da experiência”, in Andrade, Manuel da Costa; Antunes, Maria João; Sousa, Susana Aires de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.
- 2012 “O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. 1.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 329-340.
- SOUSA MENDES, Paulo de, REIS, Sónia & MIRANDA, António
- 2008 “A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”, in Separata de *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 68, II/III, pp. 795-810.
- TRINDADE, José Ferreira
- 2009 “Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, in *Julgar online*. Disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/a-julgar-on-line/autores>. Acessado em 5 de julho de 2013.