

A perda alargada no “pacote anticrime”: críticas e propostas de adequação

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Resumo: O presente artigo versa a respeito da proposta de inclusão da perda alargada ao Código Penal brasileiro, na forma apresentada no Pacote Anticrime engendrado pelo Governo Federal. Para tanto, apresenta-se o instituto em questão, em cotejo com as espécies de confisco já adotadas pela legislação penal; descrevem-se os requisitos delineados pela proposta legislativa em comento para a decretação da perda alargada; e contrapõem-se tais requisitos àqueles demandados pelas legislações de Portugal e do Reino Unido. Na sequência, procede-se a uma leitura crítica quanto às escolhas que norteiam o Pacote Anticrime, com o apontamento de impropriedades e de lacunas, bem como dos acertos do projeto de lei. Conclui-se que, realizados os ajustes necessários, é possível a incorporação da perda alargada à legislação penal brasileira.

Palavras-chave: Perda alargada. Pacote Anticrime. Direito Penal Econômico. Código Penal.

Abstract: This article deals with the proposal to include the extended loss to the Brazilian Penal Code, as presented in the “Pacote Anticrime” proposed by the Federal Government. To this end, the institute in question is introduced, in comparison with the confiscation species already adopted by the criminal legislation; the requirements outlined by the legislative proposal under consideration for decreeing extended loss are described; and such requirements are opposed to those required by the Portuguese and British laws. Following, a critical reading is made regarding the choices that guide the “Pacote Anticrime”, pointing out improprieties and gaps, as well as the correctness of the bill. It is concluded that, after making the necessary adjustments, it is possible to incorporate the extended loss into the Brazilian criminal legislation.

Keywords: Extended loss. “Pacote Anticrime”. Criminal Law. Penal Code.

A perda alargada (ou confisco alargado) foi incluída no Pacote Anticrime proposto pelo Ministro Moro em meio à Medida VIII (“Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime”), prevista no Projeto de Lei 882/2019, encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados. A incorporação do instituto em questão ao ordenamento jurídico brasileiro se daria por meio da inclusão, no Código Penal, do art. 91-A, cuja redação é a seguinte:

“Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

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

§ 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

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

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

§ 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”.

A perda (gênero) representa, em uma definição ampla, “a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”, na forma do que dispõe o artigo 2º, g, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, similar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000.

O gênero (perda) tem diversas espécies, a exemplo da perda clássica, da perda por equivalente – essas duas consagradas pela

lei penal brasileira – e da perda alargada.

O Código Penal, em seu art. 91, II, b, disciplina a perda “clássica”, efeito secundário não automático da condenação que resulta no confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Mais recentemente, com o intuito de sobrepujar dificuldades na localização dos bens a serem atingidos pela perda clássica,⁽¹⁾ a Lei 12.694/2012 acresceu o § 1º ao art. 91 da lei penal. Tal dispositivo disciplina a chamada perda por equivalente, que possibilita o confisco também de “bens ou valores equivalentes” àqueles mencionados pelo art. 91, II, b. De todo modo, as espécies de confisco previstas pelo Código Penal circunscrevem-se aos valores relativos ao delito por cuja prática o agente é condenado.

Por outro lado, como sua própria denominação indica, a perda alargada amplia o âmbito de incidência do confisco. Assim, alcançam-se não apenas os bens e valores diretamente vinculados ao delito objeto de sentença condenatória (os quais já são atingidos pela perda clássica, disciplinada no art. 91, II, b, do Código Penal) ou equivalentes (art. 91, § 1º), mas todos aqueles que se revelarem incongruentes com os rendimentos lícitos do réu e que sejam presumivelmente decorrentes de outros crimes.

A extensão do tradicional âmbito de incidência do confisco ocorreu, principalmente, com o objetivo de suplantiar os obstáculos probatórios insitos às tradicionais espécies de perda, que demandam a existência de vínculo entre os bens e valores a serem confiscados e o crime que gerou uma condenação.

A instituição da perda alargada demonstra, ademais, uma paulatina utilização de medidas patrimoniais, sobretudo no combate à criminalidade econômica organizada, cujo enfrentamento mais eficaz ocorre mediante o asfixiamento econômico das organizações criminosas e de seus integrantes.⁽²⁾

Nesse cenário, a perda alargada é utilizada com vistas a três objetivos centrais: o aprofundamento da prevenção geral e especial; a constrição de ativos ilícitos, que não poderão financiar novas atividades delitivas; e a mitigação dos riscos de

concorrência desleal, decorrentes da inserção de valores ilícitos em atividades econômicas lícitas (ou seja, a prevenção à lavagem de dinheiro).⁽³⁾

O principal questionamento, ante a iminente incorporação da perda alargada à lei penal brasileira, diz respeito aos critérios utilizados para que se identifiquem tanto a incongruência patrimonial quanto a presunção de origem criminosa dos bens e valores a serem confiscados.

A proposta do Poder Executivo, agora materializada no PL 882/2019, arrola os seguintes requisitos para a decretação da perda alargada: a) condenação por delito ao qual a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão (*caput*); b) diferença entre o valor do patrimônio⁽⁴⁾ do condenado e aquele que seja compatível com seus rendimentos lícitos (*caput*). Ademais, há requisitos alternativos, mencionados no § 1º: i) conduta criminal habitual, reiterada ou profissional ou ii) vinculação a organização criminosa.

A decretação do confisco alargado é condicionada, pois, à prova quanto aos dois requisitos compulsórios (a e b) e a um dos requisitos alternativos (i ou ii).

A proposta, no entanto, é simplista quanto aos requisitos imprescindíveis à decretação da perda alargada. De fato, não há regulamentação em relação à limitação temporal eventualmente atribuída a esse instituto; além disso, os requisitos alternativos (i e ii) são ambíguos e subjetivos, motivo pelo qual suscitam indagações: o que representa a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? como se comprova a vinculação a organização criminosa?

A propósito, salienta-se que a perda alargada, além de constituir o objeto de mais de uma dezena de anteprojetos e projetos legislativos em território brasileiro,⁽⁵⁾ é consagrada em diversos ordenamentos jurídicos mundo afora. Mencionam-se, a título ilustrativo, a Alemanha, a Austrália, os Estados Unidos e o Reino Unido – precursores na instituição da perda alargada e de medidas similares –, além de nações que adotaram a medida mais recentemente, como Espanha, Portugal e Itália.

Paralelamente cotejados, tais ordenamentos jurídicos comungam de algumas previsões em relação à perda alargada. Destacam-se, nesse sentido, requisitos mais robustos que aqueles previstos no Pacote Anticrime para a decretação da perda alargada, além de uma delimitação mais precisa e adequada quanto ao âmbito de incidência do instituto. Mencionam-se, a título ilustrativo, os casos de Portugal e do Reino Unido.

Em Portugal, a perda alargada foi instituída pela Lei 5/2002, que disciplina as condições para a decretação dessa modalidade de confisco em seu art. 7º. Muito embora não exija prova “a existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou [à] sua vinculação a organização criminosa” (redação proposta para o art. 91-A, § 1º), a lei lusa acresce outros requisitos relevantes: prevê um rol (taxativo) de crimes aos quais é aplicável a perda alargada⁽⁶⁾ e exclui do âmbito de incidência do instituto os bens transferidos ou recebidos pelo agente nos cinco anos anteriores à sua constituição como “arguido”.⁽⁷⁾

No Reino Unido, o instituto denominado *extended forfeiture* é previsto pelo *Proceeds of Crime Act* (POCA), de 2002, e a sua decretação vincula-se à constatação de que o condenado possui um *criminal lifestyle* (estilo de vida criminoso). Conquanto à primeira vista a expressão soe ambígua – tão ambígua quanto os

requisitos do PL 882/2019 –, o próprio POCA define-a em termos objetivos. Nos termos de tal *Act*, considera-se que o agente leva um *criminal lifestyle* quando, alternativamente, a) a condenação disser respeito a crimes como tráfico de drogas, pessoas e armas e direção de grupos terroristas; ou b) em um período de até seis anos, o delito se inserir em uma sequência de pelo menos três atividades criminosas que tenham gerado, no mínimo, benefício de cinco mil libras; ou c) o crime houver sido praticado durante pelo menos seis meses, e o condenado obtiver um benefício não inferior a cinco mil libras. Presente um desses requisitos, presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos precedentes ao início do processo, e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento entre a prolação da sentença penal condenatória e o fim do processo, constituem resultado de atividade criminosa, motivo pelo qual serão alvo de confisco.

Como se vê, tanto a lei portuguesa quanto a lei britânica estabelecem critérios objetivos bastante minuciosos para que se possa decretar a perda alargada. A propósito, particularmente em relação à norma britânica, destaca-se a previsão quanto à configuração do *criminal lifestyle*, em contraste com as expressões ambíguas e subjetivas de que se vale o PL 882/2019.

Destaca-se ainda a existência de limites temporais em ambos os países. Como o PL apresentado pelo Poder Executivo não consigna um limite temporal à perda alargada, na prática, todo o patrimônio adquirido pelo agente ao longo de toda a sua vida estaria sujeito a constrição⁽⁸⁾ e posterior perda. Dessa forma, ante a possibilidade de decretação da perda alargada, o agente teria o encargo de comprovar a licitude de todos os seus bens, independentemente do período em que os tenha adquirido. Trata-se de ônus pesadíssimo, sobretudo em país cuja economia é marcada pela informalidade.⁽⁹⁾

Outros projetos e anteprojetos de lei, como é o caso das Dez Medidas Contra a Corrupção e das Novas Medidas Contra a Corrupção, estabelecem um prazo de cinco anos, contados retroativamente desde o início das investigações criminais. Nesse sentido, **Vieira**, a propósito daquele primeiro projeto e em cotejo com a legislação portuguesa, destaca que, “*como definido em Portugal, o projeto estabelece um período de cinco anos para a depuração patrimonial. Aqui, como lá, a escolha parece ter se apoiado na legislação tributária para definir o prazo de cinco anos, que é o mesmo para lançamento e cobrança do crédito tributário pelo Estado*”.⁽¹⁰⁾

Além disso, destaca-se que a perda alargada usualmente vincula-se a rol taxativo de crimes ou de gêneros delitivos, os quais em geral são delitos econômicos (em que se busca o lucro) cometidos por organizações criminosas.

As próprias normas convencionais que fundamentam a perda alargada⁽¹¹⁾ sugerem a adoção desse instituto como forma de combate à criminalidade econômica organizada, e não como resposta indiscriminada a todos os gêneros delitivos.

O PL 882/2019, por sua vez, efetuou uma opção mais simples: estabeleceu que a perda alargada pode ser aplicada em relação a todos os crimes com pena máxima superior a seis anos de reclusão.

Essa escolha, entretanto, delimita de forma inadequada o âmbito de incidência da perda alargada: por um lado, atinge crimes cuja repressão não deve se dar pela via patrimonial (como o homicídio e o estupro, por exemplo, que, em tese, são crimes sem conteúdo financeiro); por outro lado, excluem-se do alcance

do confisco alargado crimes relevantes com penas máximas inferiores a seis anos de reclusão. Apenas a título de exemplo, vale citar os crimes de apropriação indébita previdenciária, tráfico de influência, sonegação de contribuição previdenciária, associação criminosa, exploração de prestígio e delitos contra o sistema financeiro nacional.

Seria conveniente, portanto, que o PL 882/2019 incluísse um rol de crimes aos quais o confisco alargado pode ser aplicado, como já se verifica nas propostas das “Dez Medidas Contra a Corrupção” e das “Novas Medidas Contra a Corrupção”; ou, pelo menos, que determinasse a aplicação daquela modalidade de perda aos crimes cometidos por organizações e associações criminosas.⁽¹²⁾

Por outro lado, é positivo que a proposta legislativa em questão tenha previsto, no § 1º do art. 91-A, a necessidade de comprovação de requisitos alternativos: conduta criminal habitual, reiterada ou profissional ou vinculação a organização criminosa.

Essa exigência é particularmente relevante porque determina que, além da condenação criminal e da diferença patrimonial, o Ministério Público deve provar que o agente é criminoso habitual ou integrante de organização criminosa.⁽¹³⁾ Assim, com a exigência de prova quanto àqueles requisitos alternativos (habitualidade criminal ou participação em organização criminosa), impõe-se ao Ministério Público o ônus de demonstrar, segundo o *standard* civilístico da preponderância de provas,⁽¹⁴⁾ a presença dos requisitos necessários à imposição da perda alargada. Ressalva-se, todavia, que é conveniente o acréscimo de dispositivos que elucidem em quê, exatamente, consistem aqueles requisitos – a exemplo do que se verifica no POCA britânico.

Caso esses requisitos alternativos não fossem exigidos, a perda alargada seria fundamentada tão somente em presunção quanto à ilicitude do patrimônio do condenado e na inversão do ônus da prova, porque se imporia ao agente o encargo de comprovar a licitude de seu patrimônio.

Isso seria temerário, particularmente em um país em cuja economia prepondera, como se destacou acima, a informalidade.

Além disso, vale destacar que o PL 882/2019 nada dispõe acerca do procedimento que deve ser adotado para a imposição da perda alargada e da possibilidade de utilização de medidas cautelares patrimoniais.

Nesse cenário, a despeito das importantes lacunas que maculam a regulamentação da perda alargada contida na proposta legislativa em comento, e do fato de esse instituto já ser objeto de mais de uma dezena de projetos e anteprojetos legislativos pretéritos, vislumbra-se a possibilidade de adoção do confisco alargado pela legislação penal brasileira, desde que se proceda aos ajustes necessários – como a previsão mais detalhada a respeito dos requisitos e do procedimento e a inclusão de um limite temporal. De todo modo, ainda que em última análise se almeje a recuperação de ativos ilícitos, a persecução desse objetivo deve ser acompanhada do respeito incondicional aos direitos e às garantias individuais.

Notas

- (1) A respeito do regime brasileiro de perda de bens e de medidas patrimoniais no processo penal, remete-se, respectivamente, aos seguintes estudos monográficos: ESSADO, Tiago Cintra. *Perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014; SAAD, Marta. *As medidas assecuratórias do Código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo, 2007.

- (2) SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Revista Julgar on-line*, p. 3, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/Vc4Kt5>>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- (3) Idem, ibidem, p. 2. DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O combate aos lucros do crime – o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro: a inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações*. 2013. 53 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 14.
- (4) Conceituado o patrimônio como os bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente, bem como aqueles transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal (§ 2º).
- (5) A par do próprio PL Anticrime, a perda alargada é abordada nas Dez Medidas Contra a Corrupção (condensadas no PL 4.850/2016), nas Novas Medidas Contra a Corrupção e nos seguintes Projetos de Lei: a) da Câmara dos Deputados – PLS 3.912 e 4.003, de 2015; 4.268 e 6.719, de 2016; 8.727 e 9.173, de 2017; 11.127, 11.172 e 10.372, de 2018; 94, de 2019; b) no Senado Federal – PLS 103 e 306, ambos de 2016.
- (6) O extenso rol é descrito no art. 1º da mesma Lei, e indica, em regra, crimes de conteúdo econômico (cujo móbil é o lucro financeiro) praticados por organizações criminosas.
- (7) A constituição como arguido indica a ciência, dada ao cidadão, de que ele é alvo de algum procedimento penal, como uma investigação ou uma ação penal. Assemelha-se ao indiciamento.
- (8) Apesar de o PL silenciar a respeito do tema, presume-se que as medidas cautelares patrimoniais seriam aplicáveis aos bens e valores sobre os quais poderá incidir a perda alargada. No PL 4.850/2016, a propósito, há dispositivo nesse sentido.
- (9) Pesquisa recente mostra que, em 2017, 40,3% da população economicamente ocupada desempenhava trabalhos informais: Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/12/05/ibge-trabalhadores-informalidade-brasil-2017.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- (10) VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil*. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017. p. 101.
- (11) Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 (Convenção de Viena), promulgada no Brasil pelo Decreto 154/1991; Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, de 2000 (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto 5.015/2004, e Convenção das nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto 5.687/2006, além da Diretiva 2014/42 da União Europeia.
- (12) Como sugere Solon Cícero Linhares (*Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 194), para quem o ideal seria a conjugação do rol taxativo com a exigência de que os crimes tenham sido praticados “no marco de uma organização criminosa”.
- (13) A propósito, o Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) já assentou que, para que o confisco alargado não viole direitos humanos, a prova que permite a sua decretação deve ser distinta daquela que levou à condenação do agente. Recorde-se, a propósito, que o confisco alargado é um modelo de *non-conviction based confiscation*, isto é, os bens confiscados estão desvinculados de uma condenação criminal.
- (14) O *standard* probatório necessário à decretação do confisco alargado é o da preponderância de provas, usualmente vinculado ao processo civil: ou seja, para que se determine o confisco alargado dos bens do condenado, basta que preponderem as provas apresentadas pelo Ministério Público quanto aos requisitos subjacentes à medida. Essa compreensão é defendida por Roberto D'Oliveira Vieira (*Análise de direito comparado do confisco alargado*, 2017. p. 110) e mencionada, por exemplo, nas “Novas Medidas Contra a Corrupção” (Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>>. Acesso em: 1 Mar. 2019).

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Doutorando e mestre em Direito pela UFSC. Especialista em
Direito Penal e Processual Penal pela Univali e pela ABDCONST.

Membro da Comissão Especial de Estudos sobre mudanças
previstas no Pacote Anticrime da OAB/SC. Advogado.

ORCID: 0000-0002-9432-1379

luizeduardo.cardoso@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 17.03.2019

Versão final: 17.06.2019