

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

RAFAEL AROUCA ROSA

**O CONFISCO SEM CONDENAÇÃO PENAL COMO MEDIDA DE RECUPERAÇÃO
DOS BENS E VALORES INSTRUMENTOS OU PRODUTOS DA LAVAGEM DE
ATIVOS**

FRANCA

2015

RAFAEL AROUCA ROSA

**O CONFISCO SEM CONDENAÇÃO PENAL COMO MEDIDA DE RECUPERAÇÃO
DOS BENS E VALORES INSTRUMENTOS OU PRODUTOS DA LAVAGEM DE
ATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

**Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade
Fernandes**

FRANCA

2015

Rosa, Rafael Arouca

O confisco sem condenação penal como medida de recuperação dos bens e valores instrumentos ou produtos da lavagem de ativos / Rafael Arouca Rosa. – Franca : [s.n.], 2015.

184 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. Recuperação de ativos. 2. Lavagem de dinheiro. 3. Direito penal. 4. Política criminal. I. Título.

CDD – 341.3953

RAFAEL AROUCA ROSA

**O CONFISCO SEM CONDENAÇÃO PENAL COMO MEDIDA DE RECUPERAÇÃO
DOS BENS E VALORES INSTRUMENTOS OU PRODUTOS DA LAVAGEM DE
ATIVOS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área
de concentração: Sistemas Normativos e os Fundamentos da Cidadania.**

Presidente: _____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, que já havia estabelecido a conclusão deste trabalho antes da fundação dos tempos.

À minha família, a quem devo o que de melhor há em mim. A meu pai Gilberto, minha mãe Eucléia e irmã Fernanda.

Ao meu orientador, professor Fernando Fernandes, referencial de docente e profissional, que com excelência me orientou no decorrer do trabalho, inclusive com palavras de encorajamento nos momentos difíceis.

Aos demais professores e funcionários da UNESP-Franca, que tanto se esforçam para manter a tradição desta casa especial que para sempre fica na memória e no coração daqueles que por ela passam.

Aos demais amigos com quem compartilhei tantos momentos inesquecíveis no decorrer destes anos de tão intensa ligação com a UNESP e a cidade de Franca.

ROSA, Rafael Arouca. **O confisco sem condenação penal como medida de recuperação dos bens e valores instrumentos ou produtos da lavagem de ativos**. 2015. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

Com o objetivo de analisar a viabilidade político-criminal e a legitimidade da incorporação do confisco sem condenação penal ao direito brasileiro, o presente estudo aborda tal instituto enquanto inserido no estágio atual do processo de globalização das sociedades, nas quais o crime organizado, a lavagem de ativos e outros delitos graves se colocam como riscos não só para a economia, mas para as instituições de modo geral, ao se valerem das inovações implementadas nas áreas das comunicações e informática. Parte-se da elaboração de um panorama geral da lavagem de ativos ilícitos nos contextos nacional e internacional, com base no ordenamento jurídico brasileiro e nos principais documentos internacionais, que constata a importância da recuperação dos bens e valores e da cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos, passando-se pela análise do crime de enriquecimento ilícito; passa-se pela análise das principais estratégias focadas na recuperação destes ativos, com destaque para a ferramenta do confisco, que deixa de ser secundário para ser visto como fundamental. Na sequência, abordam-se as características do confisco sem condenação penal e a sua compatibilidade com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro, dando-se destaque ao anteprojeto de lei que cria a ação civil de extinção de domínio. Desta forma, o estudo dedica especial atenção aos principais Tratados e Convenções internacionais, à legislação nacional pertinente e às experiências de outras nações onde o confisco sem condenação é aplicado, visando apontar conclusões e tendências relativas a uma possível experiência brasileira.

Palavras-chave: lavagem de ativos ilícitos. recuperação de ativos. confisco sem condenação penal. extinção de domínio. perda de bens.

ROSA, Rafael Arouca. **O confisco sem condenação penal como medida de recuperação dos bens e valores instrumentos ou produtos da lavagem de ativos**. 2015. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

ABSTRACT

In order to analyze the political criminology viability and the legitimacy of incorporating the non-conviction based asset forfeiture to brazilian law, this study comprehends the institute as he is involved in the current stage of the globalization process of the societies, in which organized crime, money laundering and other serious criminal offenses are risks not only to the economy but for the institutions in general as they use the innovations implemented in the areas of communications and computing technology. It starts with the elaboration of an overview of the laundering of illicit assets in national and international contexts, based on the brazilian legal system and the main international documents, which states the importance of the recovery of goods and values and the international cooperation for asset recovering; passes by the analysis of the main strategies focused on the recovery of these assets, especially the confiscation, which ceases to be a secondary tool to be seen as fundamental. Next, it discusses the characteristics of the recuperation of assets model and its compatibility with the Federal Constitution and the brazilian legal system, with prominence for the law of non-conviction based asset forfeiture. Thus, the study gives special attention to the main international treaties and conventions, the relevant national legislation and the experiences of other countries in where non-conviction based asset forfeiture is applied, aiming to identify trends and conclusions on a possible brazilian experience.

Keywords: money laundering. asset recovery. non-conviction based asset forfeiture. extinction of the right of property. property loss.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 CAPÍTULO 1 O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS NO BRASIL; ASPECTOS CONCEITUAIS; POLÍTICA CRIMINAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS; RECUPERAÇÃO DE ATIVOS; PRINCIPAIS TRATADOS INTERNACIONAIS ASSINADOS PELO BRASIL; AS RECOMENDAÇÕES DO GAFI	 13
1.1 Lavagem de ativos ilícitos	13
1.1.1 Aspectos conceituais.....	13
1.1.2 As etapas da lavagem de ativos.....	19
1.1.3 A lei de lavagem de ativos (Lei 9.613/98) e suas alterações no contexto da estratégia de recuperação de ativos	22
1.2 Evolução da política criminal de prevenção da lavagem de ativos e de recuperação de ativos nos principais documentos internacionais; os novos paradigmas.....	34
1.2.1 Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988).....	39
1.2.2 As recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)	42
1.2.3 A Convenção de Estrasburgo (Convenção Sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime)	46
1.2.4 Diretivas da Comunidade Europeia	47
1.2.5 A Convenção de Palermo (2000)	48
1.2.6 A Convenção Das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida) (2003)	50
1.3 Cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos e crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos	53
1.3.1 Cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos.....	54
1.3.2 O Crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos	61

CAPÍTULO 2 O CONFISCO E SUAS VÁRIAS MODALIDADES; PERDA DE BENS E CONFISCO NO DIREITO BRASILEIRO	69
2.1 Confisco: disposições gerais.....	69
2.2 Fundamentos	75
2.3 Confisco no Código Penal.....	82
2.4 O confisco nas Convenções Internacionais; as novas modalidades	85
2.4.1 A transformação jurídica do confisco: de pena a consequência acessória	86
2.4.2 Confisco ampliado	88
2.4.3 Confisco pelo valor equivalente.....	92
2.5 A Convenção de Mérida e a exigência da demonstração da origem lícita dos bens.....	94
2.6 Justificação político-criminal e aspectos de prevenção.....	96
 CAPÍTULO 3 O CONFISCO SEM PRÉVIA CONDENAÇÃO PENAL; ASPECTOS DE LEGISLAÇÃO COMPARADA; O ANTEPROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO DE AUTORIA DA ENCCLA.....	 99
3.1 Generalidades.....	99
3.2 Objetivos	104
3.3 O caráter subsidiário.....	108
3.4 A relação entre confisco e processo penal.....	111
3.5 Os modelos de aplicação	116
3.6 Distribuição dinâmica do ônus da prova e presunção de inocência.....	120
3.7 Delitos que podem dar origem ao procedimento de confisco sem condenação; ativos que podem ser confiscados	127
3.8 Acerca da possibilidade de aplicação do confisco sem condenação aos crimes praticados anteriormente à entrada em vigor da lei.....	130
3.9 Aspectos de legislação comparada.....	132
3.9.1 Colômbia	133
3.9.2 Peru.....	139
3.9.3 Breve abordagem comparativa das principais legislações latino-americanas frente ao caso brasileiro	142
3.10 O anteprojeto de Lei de Ação Civil de Extinção de Domínio de autoria da ENCCLA.....	146

CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS.....	158
------------------	-----

ANEXOS

ANEXO A - ANTEPROJETO DE LEI DE AÇÃO DE EXTINÇÃO CIVIL DE DOMÍNIO (ENCCLA).....	173
--	-----

INTRODUÇÃO

Na pós-modernidade, a lavagem de ativos ilícitos e o crime organizado, sobretudo o transnacional, constituem sérios riscos à integridade dos mercados e até mesmo à estabilidade das instituições nacionais e internacionais, pois no novo modelo de sociedade global, ocorre uma reconfiguração das interações humanas e econômicas.

Estudos da Organização das Nações Unidas (ONU) apontam que, somente no ano de 2009, a lavagem de dinheiro teria movimentado cerca de US\$ 1,6 trilhão de dólares, o que corresponde a 2,7 por cento de toda a riqueza produzida no mundo anualmente.¹

No Brasil, sucessivos escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro, tais como o caso “Mensalão” e o caso “Lava jato”, têm levantado questionamentos acerca da estratégia de abordagem do fenômeno, bem como expectativas sobre como se encerrarão os processos criminais e se será possível a recuperação das altas quantias de dinheiro desviadas.

A forma como tais grupos se contrapõem aos postulados básicos do Estado Democrático de Direito e o fato de praticarem condutas das mais reprováveis, tais como o tráfico de armas, de pessoas e de drogas, corrupção de funcionários públicos, entre outras, faz com que se torne fundamental uma postura dos Estados frente a tais atividades.

Como se não bastasse, o tema se torna ainda mais complexo quando se leva em consideração que uma das características mais fundamentais destes delitos é o fato de atingirem um número indeterminado de pessoas, em lugares distintos, e de uma forma difícil de mensurar.

Desse modo, diversas são as formas de prevenção e repressão idealizadas tanto para abranger os cenários nacionais individualmente considerados como as relações entre as nações, no desenvolvimento de seus papéis

¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. **Dinheiro sujo**: quanto há lá fora? Brasília, 26 out. 2011. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/10/26-illicit-money-how-much-is-there.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

internacionais, haja vista que, da mesma forma que ocorreu com tantas outras atividades, o crime se “internacionalizou”.

E um dos principais meios que hoje compõe tal estratégia é o eficiente rastreio e apreensão dos valores movimentados pelos grupos criminosos, tarefa complexa que objetiva, a um só tempo, retirar o próprio incentivo à prática dos delitos, consistente no enriquecimento de forma ilegal, e impedir o desenvolvimento de atividades básicas e fundamentais destes grupos, como o suborno de funcionários públicos de alto escalão e a compra de armas.

Para isso, uma das principais ferramentas é o confisco, que nada mais é do que a retomada dos bens ilicitamente obtidos por meio de uma ordem de um Tribunal ou outra autoridade competente, que surge, dentro desta política, como importante ferramenta, conforme se pode constatar com uma simples leitura dos principais documentos internacionais sobre o tema, que cada vez mais recomendam que se elimine a necessidade de uma condenação criminal como requisito fundamental para a retomada dos bens ou valores.

Inserido neste contexto, o presente estudo se debruça sobre o confisco de bens e valores instrumentos ou produtos da atividade de lavagem de ativos ilícitos, com enfoque na modalidade que independe da condenação penal definitiva, partindo-se da premissa de que sem alcançar os bens e valores, tornam-se pouco proveitosos os esforços de ordem criminal no sentido de prevenir ou reprimir as atividades do crime organizado e a lavagem de ativos, haja vista que o simples encarceramento dos criminosos não é suficiente.

Outrossim, considerando-se que o Brasil é signatário de documentos como a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, na qual se recomenda que os Estados analisem a possibilidade de incorporarem o instituto aos seus ordenamentos, o que motivou a criação do anteprojeto de lei da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) de ação civil de extinção de domínio², desenvolveu-se uma análise da viabilidade político-criminal e da legitimação da incorporação ao ordenamento brasileiro do confisco sem

² BRASIL. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. **Medida: recuperação do lucro derivado do crime**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

condenação penal, levando-se em conta a política criminal nacional e os mandamentos constitucionais, assim como algumas experiências internacionais.

Desta proposta, surgiu o presente estudo que se divide em três capítulos, representativos das três etapas do trabalho.

Na primeira delas, analisou-se o fenômeno da lavagem de ativos ilícitos, sobretudo nos seus aspectos criminais, enquanto inserido no contexto citado, haja vista que a compreensão dos elementos mais fundamentais desta configuração é necessária ao estudo do confisco sem condenação penal. Por isso, foram abordados a legislação nacional pertinente, que desempenha papel fundamental na estratégia de recuperação dos ativos, bem como algumas tendências extraídas da doutrina e jurisprudência e os principais documentos internacionais sobre o tema, com o que se buscou não o esgotamento da matéria, mas sim a demonstração de razões aptas a justificar a reflexão sobre o instituto do confisco. A cooperação internacional e o crime de enriquecimento ilícito enquanto componentes desta mesma estratégia também foram discutidos.

Vencida esta etapa, no capítulo dois, elaborou-se um estudo sobre o instituto do confisco como parte desta moderna política-criminal que busca viabilizar a recuperação de bens e valores, passando-se pela análise dos seus fundamentos e objetivos, disciplina no ordenamento brasileiro e novas modalidades. Trata-se de análise que se fez necessária enquanto “pano de fundo” para a abordagem do estudo da legitimação e viabilidade do confisco sem condenação penal, por demonstrar como o confisco evoluiu visando atender às demandas mais recentes, até chegar ao estágio atual.

Na sequência, no terceiro e último capítulo, fez-se um estudo minucioso sobre o confisco sem condenação penal, no qual foram apresentados os aspectos que o diferenciam das outras modalidades citadas, fundamentos e objetivos, bem como os principais argumentos favoráveis e contrários à sua implementação. Além disso, com o fim de enriquecer o estudo, tratou-se do anteprojeto de autoria da ENCCLA sobre o tema, bem como das principais legislações atualmente em vigor no cenário latino-americano.

Já nas considerações finais, foram relatadas as principais conclusões a que se chegou no decorrer do estudo, além de constatações tidas como importantes.

Em suma, o objetivo principal da pesquisa é esquadrihar o instituto do confisco sem condenação penal, nos moldes como vem sendo desenvolvido doutrinariamente em termos dogmáticos e segundo os modelos já incorporados em alguns ordenamentos jurídicos, com o intuito de verificar a justificação político-criminal, a legitimação e a estrutura dogmática mais adequada, caso venha a ser contemplado no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1 O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS NO BRASIL; ASPECTOS CONCEITUAIS; POLÍTICA CRIMINAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS; RECUPERAÇÃO DE ATIVOS; PRINCIPAIS TRATADOS INTERNACIONAIS ASSINADOS PELO BRASIL; AS RECOMENDAÇÕES DO GAFI

Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.¹

1.1 Lavagem de ativos ilícitos

1.1.1 Aspectos conceituais

O termo “lavagem de dinheiro” teria sido usado judicialmente pela primeira vez pelas autoridades americanas em 1982 para descrever atividades realizadas pelas máfias nas décadas de 1930 e seguintes, quando a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas era meio utilizado para mascarar a origem ilícita de valores. A despeito de seu aspecto um tanto coloquial, tal terminologia veio a se consolidar anos mais tarde, quando a prática passou a atrair intensas preocupações internacionais.

Seguindo a terminologia nascida nos Estados Unidos, o legislador brasileiro também manifestou preferência pela expressão “lavagem”, em detrimento de outros como a “reciclagem”, utilizada na Itália e o “branqueamento”, pelo qual optaram países como Espanha, Portugal e França. Tal escolha teria ocorrido, sobretudo, com a intenção de afastar qualquer possível conotação racista, conforme se registra na Exposição de Motivos² da primeira lei sobre o tema, documento de autoria do Poder Executivo do qual podem ser extraídos importantes aspectos da opção político-criminal adotada.

¹ ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

² COAF. **Exposição de motivos da Lei 9.613 de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/at_download/file>. Acesso em: 3 fev. 2014.

Ora, para que algo precise ser lavado, deve estar “sujo”. Dinheiro sujo é, assim, aquele originado de certos tipos de negócios ilícitos, que se torna “limpo” depois de passar pelo procedimento da lavagem.

Caso emblemático é o do criminoso Al Capone, famoso traficante de bebidas que viveu nos Estados Unidos no período da chamada “Lei Seca” (década de 1930), sobre o qual se relata:

O método investigativo utilizado pelo Fisco para caracterizar a omissão de receitas referentes ao ano de 1924 foi o da análise de despesas. Os agentes da Inteligência tributária, examinando a movimentação bancária e os hábitos de consumo de Capone (sinais exteriores de riqueza), constataram que este havia despendido, entre outras despesas, US\$ 7,000 em ternos, US\$ 1,500 semanais em contas de hotel, US\$ 40,000 por uma casa na Flórida, US\$ 39,000 em contas telefônicas e US\$ 20,000 em objetos de prata, perfazendo um total de US\$ 165,000 naquele ano, e que não foram consignados na correspondente declaração de renda.³

A lavagem de ativos consiste, basicamente, no processo por meio do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita, conforme ensina Isidoro Blanco Cordero⁴. Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró, por seu turno, conceituam o fenômeno como

[...] o ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude.⁵

Trata-se de atividade delitiva que guarda relação com os delitos de receptação e favorecimento real, também previstos no Código Penal brasileiro⁶, e que ganha atenção cada vez maior por parte da comunidade internacional,

³ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro**: lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2012.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

sobretudo a partir da década de 80, quando se percebe que aqueles tipos penais já não bastam para o adequado tratamento do delito, em razão das elevadas quantias movimentadas, da sua ligação com outros delitos graves, como tráfico de drogas e contrabando, ilícitos fiscais, bem como do seu próprio caráter transnacional, que exige um tratamento conjunto, considerando-se que os valores transitam de maneira cada vez mais intensa e veloz no atual contexto da sociedade globalizada e informatizada.

Conforme apontam os principais documentos internacionais, o delito gera várias situações de ilegalidade e desequilíbrio, pois aquele que “lava” dinheiro não se orienta pelos aspectos do mercado em geral, mas sim pelos seus objetivos escusos. Assim, é comum que ocorram distorções que podem afetar gravemente a economia a médio e longo prazo, ao que se soma o potencial incremento da já considerável volatilidade do fluxo de capitais no mercado nacional e internacional e de fatores como a taxa de juros.⁷ Nesse sentido, o posicionamento expresso em Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1998:

*The General Assembly,
Recognizing that the problem of laundering of money derived from illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances, as well as from other serious crimes, has expanded internationally to become such a global threat to the integrity, reliability and stability of financial and trade systems and even government structures as to require countermeasures by the international community as a whole in order to deny safe havens to criminals and their illicit proceeds [...] Recognizing that only through international cooperation and the establishment of bilateral and multilateral information networks such as the Egmont Group, which will enable States to exchange information between competent authorities, will it be possible to combat effectively the problem of money-laundering.*⁸

⁷ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

⁸ Tradução nossa: Reconhecendo que o problema da lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, bem como de outros crimes graves, expandiu-se internacionalmente para se tornar uma ameaça tão global para a integridade, confiabilidade e estabilidade dos sistemas financeiros e comerciais e até mesmo estruturas de governo a exigir contramedidas por parte da comunidade internacional como um todo, a fim de negar guarida a criminosos e suas receitas ilícitas [...] Reconhecendo que só através da cooperação internacional e do estabelecimento de redes bilaterais e multilaterais de informação, como o Grupo de Egmont, que irá permitir aos Estados para troca de informações entre as autoridades competentes, será possível combater eficazmente o problema do branqueamento de capitais (UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution S-20/4: Measures to Enhance International Cooperation to Counter the World Drug Problem**. New York, 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/Documents/ga/res/20sp/a20spr04.htm>>. Acesso em: 12 maio 2014). *Resolution III adopted as recommended by the Ad Hoc Committee of the Whole - Text of the draft resolution presented in A/S-20/4, chapter V, section A.*

Como se não bastasse, os procedimentos de ocultação e reinserção de valores lavados na economia são essenciais ao financiamento das atividades de uma organização criminosa, aqui entendida como:

A associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁹

, segundo recentemente definiu a Lei 12.850/13. Além disso, tem crescido a preocupação com o financiamento de grupos terroristas que também se valem da lavagem de ativos ilícitos¹⁰, o que demonstra a importância de uma disciplina adequada do fenômeno por parte dos Estados.

Como se não bastasse, a lavagem dos ativos provenientes da prática de crimes fiscais também entrou na pauta, conforme ficou evidente com a entrada em vigor da Lei 12.683/2012¹¹.

Sobre as organizações criminosas, devem também ser consideradas as seguintes características, apontadas por Rodrigo Santiago: existência de uma entidade, com vistas à prática de crimes, durante um longo período ou um período indeterminado, adoção de métodos operacionais com vistas à maximização da vantagem, recurso ao terror e o não menos essencial desiderato de obtenção de

⁹ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹⁰ GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 24. ago. 2013.

¹¹ BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

influências políticas e econômicas, que faz com que até mesmo os órgãos de investigação e punição sejam afetados em suas atividades.¹²

Não se deve ignorar, ainda, o fato de que a atividades como corrupção e crime organizado costuma estar ligada uma tendência de crescente migração de recursos do setor formal para o informal, que promove redução na arrecadação do Estado, com a consequente queda nos investimentos em setores básicos como educação, saúde e segurança.

Neste cenário, surge a ampla discussão acerca de qual bem jurídico seria tutelado pelo delito de lavagem de ativos. A despeito da crise pela qual passa o instituto do bem jurídico em si, em razão da sua falta de precisão e da incerteza sobre os valores amplamente aceitos na conjuntura atual, surgem três principais posições na doutrina.

Num primeiro momento, no qual o crime que se buscava combater era o tráfico de drogas, apontava-se, como bem jurídico tutelado, a saúde pública, ou seja, o bem jurídico tutelado pelo delito antecedente. Tal concepção tornou-se progressivamente insuficiente com as novas dimensões do fenômeno da lavagem de capitais.

Com a ampliação do rol de crimes antecedentes, passa-se a entender que o bem jurídico tutelado seria o mesmo do delito anterior, o que atrai severas críticas, em razão da falta de autonomia do delito, bem como da caracterização de “bis in idem”, não aceitável num contexto de direito penal do fato. Ademais, tal entendimento não permite a punição daquele que pratica a autolavagem (*selflaundering*), consistente no ato de o agente dissimular a origem de valores oriundos de crimes por ele mesmo praticados, conforme aponta Brasileiro.¹³

Outra importante concepção é aquela que considera como bem jurídico tutelado a administração da justiça, da mesma forma que ocorre com o

¹² SANTIAGO, Rodrigo. O “Branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Contributos para o estudo do art. 23º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro, e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no “branqueamento” (decreto-lei nº 313/93, de 15 de setembro). In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 2. p. 365.

¹³ BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 288.

favorecimento real, que encontra previsão no artigo 349 do Código Penal¹⁴, e com o qual a lavagem guarda grandes semelhanças. De acordo com este entendimento, a lavagem de capitais colocaria em risco a credibilidade do sistema de justiça, do que decorre uma maior autonomia do delito.

Além disso, torna-se possível a punição daquele que pratica a autolavagem, ou seja, o ato de dissimular, ocultar, etc., bens ou valores oriundos de crimes praticados pelo próprio autor da lavagem, medida que já é recomendada nos documentos internacionais.¹⁵

Há, ainda, adeptos de uma terceira posição que entendem que a lavagem de ativos é crime contra a ordem socioeconômica¹⁶, tendo em vista que a prática compromete as relações de consumo, a livre iniciativa e a transparência das relações financeiras, entre outros fatores. Com isso, elimina-se a necessidade de um rol fechado de crimes antecedentes, pois qualquer crime pode ser anterior à lavagem, contribuindo, com isso, para a desestabilização da ordem econômica. É a posição de Luiz Regis Prado, com quem se concorda. Tal autor defende que, para a definição do bem jurídico, o aspecto mais relevante da lavagem é a incorporação de bens e valores ilícitos na economia legal.¹⁷

Por fim, existem também aqueles, como Guilherme Nucci¹⁸, que apontam que o crime em questão seria pluriofensivo, por atingir dois ou mais bens jurídicos. Em posição que se alinha ao que tem defendido o GAFI e os mais recentes Tratados, acredita-se que a administração da justiça e a ordem econômica são os bens jurídicos mais severamente afetados.

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁵ Acerca da autolavagem, importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal 470 ("Mensalão"), posicionou-se no sentido da possibilidade de punição daquele que pratica a "autolavagem", por entender que, por não haver, em nosso ordenamento, previsão em sentido contrário, a imputação está autorizada. Outrossim, o bem jurídico tutelado é diferente daquele que foi lesionado com a prática do crime antecedente. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Reflexões sobre a AP 470 e a lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-16/direito-defesa-reflexoes-ap-470-lavagem-dinheiro#_ftnref2_6891>. Acesso em: 14 abr. 2015).

¹⁶ Nesse sentido: CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 28.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (lei 12.683/2012). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 401-436, dez. 2012.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 871.

Diante do reconhecimento da ordem econômica como bem jurídico afetado, interromper o financiamento do crime organizado passa a ser medida importante, tendo em vista que as organizações criminosas atuais substituem com facilidade os indivíduos presos, com pouco prejuízo ao desempenho de suas atividades.

Como se não bastasse, o capital disponibilizado é utilizado também para viabilizar o suborno de governantes e de autoridades encarregadas da investigação e julgamento de crimes diversos. Com isso, a organização criminosa consegue “[...] paralisar o braço que deveria combatê-la.”¹⁹

Diante destas constatações, as estratégias de recuperação de ativos, com destaque para o confisco, surgem como importantes ferramentas, conforme se tem notado nos debates internacionais.

1.1.2 As etapas da lavagem de ativos

A doutrina majoritária aponta, em consonância com a orientação adotada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a existência de três fases do delito de lavagem, após as quais o dinheiro está reinserido na economia e, assim, plenamente disponível para utilização. São elas: ocultação, dissimulação e integração.²⁰

Primeiramente, na fase de ocultação ou *placement*, o dinheiro é distanciando da sua origem criminosa, o que se dá, geralmente, com o afastamento do local onde foi praticada a infração antecedente. Citem-se como exemplos a fragmentação do montante em quantias menores, inaptas a despertar a atenção das autoridades responsáveis pela fiscalização, bem como o envio para centros de atividades lícitas, como restaurantes, nos quais a falta de um controle rígido de entradas e saídas facilita a dissimulação dos valores.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada tesis y razones. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 26, jul./set. 1998.

²⁰ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

Em especial nesta fase, há que se ter cautela para o que pode e o que não pode ser tido por ocultação que se adequa ao tipo penal da lavagem de ativos. Isto porque, via de regra, nos crimes praticados contra o patrimônio alheio, o agente busca ocultar os resultados obtidos, mas apenas numa parte desses casos, quais sejam, aqueles nos quais há a intenção de reinserção na economia com aparência de legalidade, caracteriza-se o delito em comento.

O tema foi enfrentado na Ação Penal 470 quando, por exemplo, foi posta em análise a conduta de réus que receberam vantagens indevidas por meio de terceiros, conduta que caracterizou, para a maioria dos ministros, os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em concurso, ocasião em que alguns ministros, como Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, vencidos, apontaram que o mero recebimento por intermédio de terceiros nada mais é do que a forma pela qual o delito se consuma, e não um crime adicional, no caso, a lavagem de ativos, que somente se caracteriza se preenchidos outros requisitos.^{21 22}

Obter sucesso na tarefa de rastrear e assegurar os ativos antes que o indivíduo passe para a segunda etapa tem sido o objetivo de várias estratégias nacionais e internacionais. Eis um dos motivos para a ampliação das ferramentas de acautelamento, bem como para que se exija uma postura cada vez mais ativa por parte daqueles que laboram no setor financeiro ou em setores estratégicos.

Nesse sentido, destaca-se o papel do COAF, como órgão de inteligência que envolve representantes de órgãos fundamentais como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários e a Receita Federal. Quanto maior a integração entre tais entes, mais eficiente será o rastreio e recuperação.

Num segundo momento, qual seja, o da dissimulação ou *layering*, são realizadas sucessivas transações comerciais de várias naturezas, com as quais

²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro e corrupção passiva na AP 470. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-corruptao-passiva-ap-470>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

²² Ibid. - Não menos polêmica foi a posição sustentada pelo então ministro Joaquim Barbosa pela caracterização do concurso com a lavagem de ativos nas mesmas circunstâncias, que teria ocorrido, segundo a opinião contrária do também ministro Cezar Peluso, antes do crime que deveria ser antecedente. Isso porque os valores recebidos por meio de terceiros somente ficavam à disposição dos acusados num momento posterior, por meio de um sistema de gestão fraudulenta de instituições financeiras que viabilizava o saque. Concordando com esta última posição, Pierpaolo Bottini defende que a orientação de Joaquim Barbosa inverte a lógica do tipo penal. Por ter sido acatada pela maioria, entretanto, resta-nos aguardar para saber quais serão as repercussões em casos futuros.

os valores são ainda mais afastados de sua origem, ao mesmo tempo em que se misturam a valores lícitos, em algo que se assemelha a uma atividade de “pulverização”. Aqui se destaca o papel das instituições financeiras e bancos, sobretudo os situados em paraísos fiscais, nos quais não há controle rígido sobre os valores movimentados e as identidades dos seus proprietários.

Finalizada esta etapa, é comum que a retomada dos valores se torne bem mais dificultosa, pois podem passar a ser necessárias medidas de cooperação internacional, confisco do valor equivalente, ingresso de terceiros no processo, entre outras.

Por último, na fase da integração, os valores são reintegrados na economia formal, já com aparência de licitude, momento em que já estão aptos a serem reutilizados. Como exemplos deste momento tem-se a realização de importações e exportações com preços simulados e a compra e venda de imóveis com valores diferentes dos reais.

Após esta etapa, é bem possível que a recuperação dos exatos bens ou valores ilicitamente obtidos se torne inviável, razão pela qual os organismos internacionais têm ampliado cada vez mais o alcance das medidas de assecuramento e retomada definitiva.

Deve-se destacar, contudo, que a constante evolução dos grupos criminosos e o aperfeiçoamento de suas práticas fazem com que esta tradicional divisão não seja representativa da totalidade dos procedimentos, diante das múltiplas formas pelas quais é possível dissimular a origem dos valores ilícitos atualmente.²³ No entanto, dissecar este caminho é interessante para fins de aprimoramento da investigação e retomada dos bens por meio de ferramentas como o confisco, pois para uma prevenção efetiva da lavagem é necessário que o dinheiro seja rapidamente encontrado e reavido, uma vez que a tarefa vai se tornando mais difícil conforme são cumpridas as sucessivas etapas de dissimulação da origem dos valores. Tal compreensão tem motivado o surgimento de modalidades de confisco cada vez mais amplas, que podem alcançar até mesmo terceiros.

²³ BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 287.

A Lei 9.613/98 não faz distinção entre as três etapas. Já para os Tribunais Superiores, basta que ocorra a primeira delas.²⁴

Acrescente-se que, quando do julgamento da Ação Penal 470 ("Mensalão"), o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou no sentido de não ser necessário que o procedimento de lavagem seja considerado sofisticado para que seja a conduta considerada típica (da mesma forma que o tipo penal não exige), bastando que haja alguma conduta de dissimulação, acompanhada da intenção de reinserção na economia sob uma aparência de legalidade. Desse modo, o simples ato de esconder os bens e valores poderia, em tese, fundamentar uma acusação, se presente a intenção de reinserir os valores na economia com aparência de licitude.²⁵

Outrossim, compreender o fenômeno é também importante para um adequado tratamento dogmático das condutas, sem o qual a recuperação dos ativos fica prejudicada.

1.1.3 A lei de lavagem de ativos (Lei 9.613/98) e suas alterações no contexto da estratégia de recuperação de ativos

Posteriormente à assinatura dos documentos decorrentes da Convenção de Viena e da XXII Assembleia-Geral da OEA (1992), sediada em Bahamas, quando o Brasil aprovou o "Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos", começam a se materializar, no país, iniciativas tendentes a dar cumprimento aos compromissos pactuados, do que decorria a necessidade de uma legislação específica e de nível técnico adequado.

²⁴ Nesse sentido: RHC 80816 / SP - São Paulo. Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2015).

²⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro e corrupção passiva na AP 470. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-corrupcao-passiva-ap-470>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

Destaca-se, num momento ainda anterior à Lei 9.613/98²⁶, a edição da Lei 8.383/91²⁷, que estabeleceu punições na forma de coautoria com o crime de falsidade para a conduta do gerente ou administrador de instituição financeira ou assemelhada que concorresse para a abertura de contas ou movimentação de recursos sob nome falso, de pessoa inexistente, ou de pessoa jurídica liquidada ou sem representação regular.²⁸ Tal diploma legal surge num momento em que grandes escândalos de corrupção abalam o mundo, de modo que demonstrações de intolerância para com as condutas lesivas ao sistema financeiro mostram-se fundamentais para que o país desfrute de prestígio internacional.

Finalmente, em 1998, é promulgada a Lei 9.613, que representa o primeiro momento no qual a lavagem de ativos ilícitos passa a ser tipificada como crime autônomo em nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, o legislador preferiu criar uma lei penal especial a tipificar o delito no próprio Código Penal, o que tem sido recorrente, como se deu com leis importantes a exemplo da de Drogas (11.343/06²⁹) e a de Crimes Hediondos (8.072/90³⁰). Esta escolha traz, ao mesmo tempo, consequências positivas, a exemplo da possibilidade do tratamento amplo do tema num só diploma, no qual são previstas disposições não somente de direito penal, como também de outras áreas importantes, criando-se uma espécie de microsistema, o que se mostra especialmente interessante no contexto da lavagem de ativos, tendo em vista

²⁶ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

²⁷ Id. Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

²⁹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

³⁰ Id. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

as disposições referentes às medidas assecuratórias, de recuperação, técnicas de investigação; e negativas, como o possível prejuízo à integração e harmonização político-criminal do ordenamento, pois nem sempre as disposições já positivadas são adequadamente consideradas, resultando em previsões desproporcionais e até mesmo inconstitucionais.³¹

Entre nós, a baliza máxima no que diz respeito à orientação da política criminal deve ser sempre a Constituição Federal (CF), por ser o principal documento no qual, ao menos formalmente, encontra-se a opção política de modelo estatal, qual seja, o de Estado Democrático de Direito orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, uma lei que não considera as peculiaridades da política criminal do país onde é promulgada acarreta o risco de graves distorções.

Ademais, há sempre que se levar em conta o critério da necessidade de intervenção, uma vez que o direito penal só se legitima quando atua no campo do estritamente necessário, de forma adequada e proporcional. Cuida-se de consequência direta do princípio da ofensividade ou lesividade, cuja aplicação traz como principal benefício evitar a banalização da tipificação penal de condutas que não ofendem bens jurídicos dignos de tutela penal.³²

Além disso, deve-se ter em conta que a Constituição dedicou o Título VII do Capítulo IV ao Sistema Financeiro Nacional, que, por sua vez, integra a Ordem Econômica. Disso decorre a possibilidade da criação de normas para a sua adequada proteção, que podem ser até mesmo de ordem penal, se houver necessidade. Passemos, assim, à análise das principais normas.

A Lei 9.613/98³³ enquadrava-se entre aquelas classificadas pela doutrina como de segunda geração, uma vez que a conduta tipificada já não era mais apenas ligada ao tráfico de drogas (como nas de primeira geração), ao mesmo

³¹ Exemplo muito apontado pela doutrina surgiu com lei que elevou a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do Código Penal) à condição de crime hediondo, e com pena mínima de 10 anos, ao passo que o homicídio simples parte da pena de 6 anos. Nesse sentido: GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012. v. 4.

³² FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 106.

³³ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

tempo em que não foi conferida total autonomia à lavagem, com a exclusão do rol de infrações antecedentes (legislação de terceira geração). Assim, o tipo só alcançava as operações tendentes à dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de uma lista taxativa de crimes considerados graves, tais como o tráfico de drogas e o terrorismo. Entretanto, outras condutas à época já consideradas relevantes para fins de branqueamento não eram contempladas, sendo os jogos de azar o exemplo mais expressivo, muito embora já fosse conhecida a sua potencialidade para o branqueamento de capitais.

Isso se deu em razão de uma escolha do legislador, a despeito do conhecimento de que países como os Estados Unidos, Bélgica e Itália já haviam optado pela criminalização sem a fixação de um rol fechado.³⁴ Assim, as condutas não alcançadas pela lavagem poderiam dar motivo à punição com base no delito de receptação, presente no artigo 180 do Código Penal³⁵.

É interessante ressaltar, entretanto, que o referido diploma legal trouxe logo em seu artigo 1º, VII, uma disposição já característica das legislações da geração posterior, qual seja, a previsão de que qualquer crime praticado por organização criminosa pode ser considerado antecedente da lavagem. Com isso, incluía-se uma abertura no rol inicialmente fechado.³⁶

Além disso, um outro aspecto da Lei 9.613/98 a aproximava das legislações de terceira geração: a previsão da utilização do ativo ilícito na atividade econômica como crime (art. 1º, §2º, I).

Já no que diz respeito à não inclusão dos crimes de natureza fiscal, o que se alegou na Exposição de Motivos³⁷ foi o fato de que tais condutas não geram um aumento do patrimônio do agente com a aquisição de bens ou valores, mas sim a manutenção do já existente.

³⁴ COAF. **Exposição de motivos da Lei 9.613 de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/at_download/file>. Acesso em: 3 fev. 2014.

³⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

³⁶ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

³⁷ COAF. **Exposição de motivos da Lei 9.613 de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/at_download/file>. Acesso em: 3 fev. 2014.

A lei foi muito além das disposições de direito penal, ao tratar também do controle administrativo dos setores considerados sensíveis (várias pessoas e entidades receberam funções de colaboração com a atividade fiscalizatória), prever sanções aos órgãos públicos, etc. Também relevantes são os artigos relativos ao direito processual penal, com os quais se buscava adequar o procedimento à realidade do crime de lavagem de ativos, por meio da previsão de cautelares específicas, técnicas especiais de investigação e a possibilidade de alienação dos bens apreendidos.

Quanto às medidas de cooperação privada previstas, destacam-se as estratégias *know your client*, ou seja, aquelas que dizem respeito ao relacionamento entre as entidades financeiras e entes equiparados com os clientes, bem como regras sobre conservação e sistematização de informações. Percebe-se, assim, a adoção de uma estratégia de busca da cooperação do setor privado, sem a qual já restou demonstrado que se torna praticamente inviável a fiscalização das movimentações financeiras na atualidade.

Obviamente, a adoção deste modelo suscitou várias polêmicas relativas à privacidade dos clientes, deveres de sigilo, entre outras. Ocorre que neste tema, deve-se buscar o equilíbrio, pois ao mesmo tempo em que existem direitos dos acusados a serem observados, o tratamento eficaz, sobretudo no que diz respeito à criminalidade organizada, é inviável sem um mínimo de restrição.³⁸

A lei passou por várias alterações, quais sejam, a inserção dos crimes praticados por particular contra a administração estrangeira no rol dos delitos antecedentes (Lei 10.467/02)³⁹.

³⁸ FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 60

³⁹ BRASIL. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 12 jun. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

Assim, no momento que antecede a Lei 12.683/12, a Lei 9.613/98 trazia o seguinte rol de crimes antecedentes:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002).⁴⁰

Tratava-se, como se percebe, de um rol de crimes de considerável gravidade, mas que ainda não contemplava algumas condutas também relevantes que posteriormente viriam a ser previstas.

Outrossim, inovação também importante trazida pela lei foi a criação do COAF, órgão de atuação multidisciplinar ligado ao Ministério da Fazenda, cuja função é “Prevenir a utilização dos setores econômicos para a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, promovendo a cooperação e o intercâmbio de informações entre os Setores Público e Privado.”⁴¹

Trata-se de ente de caráter administrativo importante na elaboração da estratégia de prevenção da lavagem, e que teria recebido 1.289.087

⁴⁰ Id. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015. (grifo nosso).

⁴¹ COAF. **Missão, visão e valores**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/missao-visao-e-valores>>. Acesso em: 8 maio 2014.

comunicações de atividades suspeitas somente no ano de 2011.⁴² Embora tal conselho não disponha de atribuições típicas de polícia ou do Judiciário, como ocorre em outros países, seu papel tem sido fundamental no aprimoramento da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), da qual faz parte, haja vista que, para muito além do aspecto da dogmática criminal, são necessárias ferramentas de localização e elaboração de levantamentos sobre atos de lavagem.

Assim, deste órgão emanam regras aplicáveis aos setores sensíveis à lavagem de dinheiro, como bancos e financeiras, da mesma forma que é atribuição do Conselho a instauração de processos administrativos em certos casos.

Em 2012, surge a Lei 12.683, que traz como alteração mais relevante a eliminação do rol de infrações penais antecedentes ao alterar o artigo 1º da Lei 9.613/98, que agora pune uma grande variedade de condutas ligadas à ocultação e dissimulação dos bens, direitos e valores provenientes de qualquer infração penal, dentre as quais os crimes fiscais e a prática de jogos de azar. Tal opção orienta-se, sobretudo, pela percepção da potencialidade lesiva da lavagem de ativos, que vai muito além da sua ligação com o narcotráfico ou o crime organizado, bem como pelo entendimento da importância da tutela da ordem econômico-financeira.

Com isso, ocorre uma expansão no alcance das medidas de caráter patrimonial, pois não só os bens efetivamente lavados podem ser atingidos, mas também os que tiverem sido utilizados como instrumentos, ou que sejam produto ou proveito de quaisquer infrações antecedentes.

Embora traga consequências positivas, uma vez que alguns novos crimes econômicos mereciam ser alcançados, o novo dispositivo causa alguma perplexidade por abarcar também as contravenções, que estão compreendidas na expressão “infração penal”, de modo que, quanto a estas, a punição atual pela lavagem (reclusão de três a dez anos) revela-se consideravelmente maior do que a das próprias contravenções em si. Com isto, o legislador criou previsão que difere da orientação da Convenção de Palermo, na qual se recomenda a punição da lavagem

⁴² Id. **Informação do relatório de atividades COAF**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202011.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

do produto dos crimes graves⁴³ assim considerados aqueles punidos com pena maior do que quatro anos. Observe-se que este critério é também bastante utilizado em nossa legislação, como se nota com os patamares da substituição por pena restritiva de direitos e fixação do regime fechado, ambos do Código Penal. Diante disso, há quem aponte⁴⁴ que seria mais adequado elevar ao *status* de crime condutas que se queriam alcançadas, a exemplo do “jogo do bicho”, do que incluir todas as contravenções penais, dentre as quais muitas de duvidosa constitucionalidade.

Não se trata de inovação do legislador brasileiro, considerando que países como os Estados Unidos já optaram anteriormente por este modelo, mas há que se ter cautela diante da demasiada abertura, que certamente exigirá delimitações, seja por parte do próprio legislador, seja por parte do Poder Judiciário, sob pena de se comprometer o processo pelo crime de lavagem de dinheiro, pois, em tese, até mesmo um pequeno furto pode gerar valores passíveis de serem lavados.⁴⁵

Ademais, tal ampliação demasiada faz com que se perca o sentido da criação de varas especializadas em lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro, em cumprimento à Resolução 314/2003⁴⁶ do Conselho da Justiça Federal, uma vez que se diminui o grau de especialização.

Outra mudança importante trazida em decorrência desta alteração é a que diz respeito à inclusão dos crimes tributários, ou seja, aqueles previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, e 168-A, 334 e 337-A, do Código Penal, que alinhou

⁴³ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁴⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. As impressões sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/direito-defesa-lei-cade-descriminaliza-atos-beneficia-reus>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

⁴⁵ TEBET, Diego. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 237, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

⁴⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Resolução nº CJF-res-2013/00273 de 18 de dezembro de 2013. Dispõe sobre os critérios de distribuição de competência das varas federais especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e naqueles praticados por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/47399/Res%20273-2013.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 2 set. 2015.

mais um aspecto da legislação brasileira às 40 Recomendações do GAFI, as quais recomendam a previsão dos crimes fiscais.⁴⁷

Ocorre que tais delitos possuem uma peculiaridade no que diz respeito à punibilidade, qual seja, a possibilidade de sua extinção em razão do pagamento do débito a qualquer tempo. Assim, o acusado conta com a “faculdade” de inviabilizar a punição ou a execução da pena simplesmente pagando o valor mesmo após a sentença condenatória, regra que suscita polêmica.

No entanto, com a inclusão dos crimes tributários como possíveis antecedentes da lavagem de ativos, passou a ser possível a punição do agente pelas condutas de lavagem, haja vista que a regra supracitada não influencia na configuração do delito em comento.⁴⁸

Diante deste novo cenário, faz-se mister esclarecer como se dá a relação entre o crime e o delito antecedente, pois o abandono do modelo que previa o rol de crimes antecedentes está longe de importar na total autonomia destes com relação à lavagem.

Quanto à tipicidade, que num primeiro momento estava atrelada à ocorrência de um dos crimes previstos no rol de antecedentes, permanece a necessidade da infração penal antecedente como elementar da lavagem, embora as hipóteses não mais estejam atreladas ao rol fechado. Ademais, exige-se que os ativos ilícitos sejam provenientes deste ato.⁴⁹

No que diz respeito à lesividade, por exemplo, há uma relação íntima, considerando-se que a ilicitude do procedimento de lavagem deriva do caráter também ilícito do delito antecedente, o qual será disfarçado. Sem infração penal antecedente, não há branqueamento.

⁴⁷ GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁴⁸ ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 237, p. 5-6, ago. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁴⁹ FERNANDES, Fernando Andrade. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente. **Ars Iuris Salmanticensis**: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, Salamanca, v. 2, n. 1, p. 107-136, jun. 2014. Disponível em: <http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/download/11973/12334>. Acesso em: 3 set. 2015.

É no plano processual, entretanto, que a questão se torna mais complexa. Isso porque, muito embora não haja dúvida sobre a necessidade de uma infração antecedente, a lei não impõe que haja um pronunciamento judicial transitado em julgado pela condenação criminal.

Muito pelo contrário, o artigo 2º da Lei 9.613/98, por razões político-criminais ligadas à “eficiência” e alinhadas aos documentos internacionais, estabelece a autonomia entre os processos para apuração e julgamento dos crimes antecedente e de lavagem, de modo que em alguns casos torna-se possível a condenação pela conduta ainda que extinta a punibilidade referente ao crime antecedente.⁵⁰

Já para que seja recebida a denúncia, basta que haja indícios da prática de atos de lavagem, e de que os ativos derivam de um ato criminoso antecedente do qual existam também indícios de materialidade.⁵¹

A autoria do delito de lavagem de ativos ilícitos é outro tema ao qual tem sido dada relevância cada vez maior, por motivos como os complexos esquemas de desvio de verbas públicas montados no Brasil e a evolução no entendimento da forma de atuação das organizações de maior porte caracterizada pela diluição da responsabilidade.

Diante disso, ganha campo o entendimento de que limitar o conceito de autor somente ao agente que pratica diretamente a conduta típica é inadequado do ponto de vista político-criminal, haja vista que, em muitos casos, há um grau de culpabilidade mais elevado nos atos do mandante do crime ou do chefe do grupo criminoso, já que é a sua conduta a mais relevante para a afetação do bem jurídico.⁵²

Por estas razões, autores como Pierpaolo Bottini e Gustavo Badaró sugerem a análise da temática sob a ótica da teoria do domínio do fato, segundo a qual é autor aquele que controla conscientemente o curso causal dos

⁵⁰ FERNANDES, Fernando Andrade. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente. **Ars Iuris Salmanticensis**: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, Salamanca, v. 2, n. 1, p. 130, jun. 2014. Disponível em: <http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/download/11973/12334>. Acesso em: 3 set. 2015.

⁵¹ Ibid., p. 133.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 118.

acontecimentos, e a quem cabe o poder para interromper tal desdobramento.⁵³ Os mesmos autores apontam, ainda, para a importância de conceitos como a autoria mediata, em casos como o do traficante de drogas que usa um gerente de banco para movimentar dinheiro sujo.

Outra inovação importante foi o expressivo aumento no rol das pessoas obrigadas a prestar informações⁵⁴, dentre as quais se destaca a figura do advogado, que, em especial, tem causado intensos debates doutrinários. Ao prever que o advogado deve comunicar às autoridades públicas atos suspeitos de lavagem de dinheiro, a nova lei provocou estranhamento, por supostamente atentar contra a ampla defesa e o livre exercício da profissão. Após muito debate, a posição que tem prevalecido no Brasil, embora não totalmente pacífica, é a de que o advogado que atua na defesa de seu cliente não se submete ao dever de comunicação, em harmonia com a nota interpretativa da Recomendação 23 do GAFI:

Não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal.⁵⁵

É importante dizer que a lei também traz disposições de direito processual penal de elevada importância, como é o caso da delação (ou colaboração) premiada, que pode ocorrer até mesmo na fase de execução, em troca de benefícios como a redução da pena ou a modificação do regime de cumprimento. Trata-se de ferramenta que tem suscitado polêmica no desenrolar da “Operação Lava Jato”, que investiga um gigantesco esquema de corrupção na Petrobrás envolvendo grandes empresários e políticos, em razão das inéditas quantias de

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 118.

⁵⁴ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

⁵⁵ GAFI **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

dinheiro recuperadas com a utilização de informações obtidas por meio de delações⁵⁶, a despeito dos muitos questionamentos éticos que lhe são feitos.⁵⁷

Além disso, as inovações trazidas no contexto das medidas assecuratórias (ou medidas cautelares patrimoniais penais) também devem ser consideradas quando o assunto é a estratégia de recuperação dos ativos.

Isto porque tais ferramentas têm como objetivo principal assegurar o confisco enquanto efeito da condenação, bem como garantir a futura indenização ou reparação da vítima da infração penal, razões pelas quais se pode concluir que desempenham papéis importantes na própria política criminal de perseguir o dinheiro.⁵⁸

No modelo anterior à Lei 12.683/12, entendia-se possível a aplicação de apenas duas medidas: o sequestro, que recaía sobre bens móveis ou imóveis produtos indiretos da infração antecedente ou do crime de lavagem; e a apreensão, que alcançava os bens móveis produtos diretos ou instrumentos do crime.⁵⁹

Sob o amparo da nova lei, entretanto, passou a ser possível a aplicação de várias outras medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado, tais como o arresto prévio à especialização e a hipoteca legal, ou até mesmo dos existentes em nome de interposta pessoa, que sejam instrumentos, produtos ou proveitos do crime de lavagem ou de infração penal antecedente.

Como se não bastasse, o parágrafo 4º do artigo 4º da nova lei possibilita que sejam alcançados, também, bens, direitos ou valores para que se garanta a reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da própria lavagem de ativos, bem como o pagamento da prestação pecuniária, da multa ou das custas processuais.⁶⁰

⁵⁶ JUSTI, Adriana. Lava Jato completa 500 dias com a recuperação de R\$ 870 milhões. **G1**. Rio de Janeiro, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/lava-jato-completa-500-dias-com-recuperacao-de-r-870-milhoes.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁵⁷ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

⁵⁸ BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 389.

⁵⁹ Ibid., p. 390.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

Nota-se, assim, que a Lei 12.683/12⁶¹ trouxe muitas inovações interessantes, ao consagrar um modelo mais colaborativo, ao mesmo tempo em que incluiu dispositivos muito abrangentes, que exigirão delimitações nos próximos anos.

Especificamente no que diz respeito à retomada dos bens e valores, a eliminação do rol de delitos antecedentes e as novas medidas cautelares ampliaram consideravelmente o alcance dos órgãos encarregados da prevenção e repressão dos delitos em questão sobre o patrimônio do investigado ou de terceiros, o que se harmoniza com vários dos documentos internacionais mais modernos, conforme se verá adiante.

Destaque-se que a retomada definitiva destes bens será analisada em capítulos posteriores.

1.2 Evolução da política criminal de prevenção da lavagem de ativos e de recuperação de ativos nos principais documentos internacionais; os novos paradigmas

Embora o ato de falar no fenômeno da aceleração do processo de globalização já tenha se tornado lugar-comum, aqui entendido este como o processo de integração entre as economias e sociedades dos vários países, especialmente no que se refere à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações, o estudo da criminalidade econômica, dentro da qual se insere a lavagem de dinheiro exige que se tenha em mente o novo cenário internacional “globalizado” para cuja configuração tal fenômeno tem sido determinante.

Ocorre que a profunda integração dos mercados, com a criação até mesmo de espaços de livre comércio e circulação de pessoas e bens, juntamente com o aumento populacional, a internet e outros fatores, fez com que surgisse essa nova configuração mundial, na qual nascem demandas que não poderiam nem mesmo ser imaginadas num passado não tão distante.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

Da mesma forma, a revolução do cenário econômico, marcado pela multiplicação das grandes corporações, protagonismo dos investidores anônimos e do mercado financeiro global, no qual ocorrem dezenas de negociações bilionárias contribuem para a formação desse cenário altamente complexo, no qual a atuação do Estado em menor ou maior grau passa a ser necessária a fim de que sejam coibidos os abusos de várias ordens, pois

Assumindo o alto grau de especialização da criminalidade econômica e da lavagem de dinheiro, o problema do caminho preferencial para o Direito Penal deixa exposto o anacronismo de suas modalidades de representação tradicionais, adstritas a padrões de deveres jurídicos e atribuição de responsabilidade individual puramente reativos, em contraposição a uma sociedade econômica pós-tradicional, que dinamiza a delegação de deveres e dilui a responsabilidade no âmbito das organizações.⁶²

Em “A expansão do direito penal”, Jesús-María Silva Sánchez defende que as modalidades de delitos praticados no contexto da globalização econômica exigem dos Estados e da comunidade internacional uma mudança de paradigmas, uma vez que, ao contrário da “delinquência clássica” do homicídio e dos crimes patrimoniais tradicionais, a regulação penal dos “crimes dos poderosos” depende de estratégias político-criminais bastante diversas das que orientam o direito penal clássico⁶³, cujos institutos já começam a se mostrar inadequados até mesmo para o tratamento dos delitos “tradicionais”, quando praticados no contexto da sociedade globalizada. Se o direito penal clássico foi moldado com base nos delitos “clássicos” do Código Penal, o paradigma do direito penal globalizado é o do delito que atinge não uma pessoa que se encontra no lugar “x”, mas centenas, milhares de delas, localizadas nos locais “x”, “y” ou “z”.

Na mesma linha, Luiz Regis Prado pondera que, tanto o processo de internacionalização da economia, como o vertiginoso avanço das tecnologias de

⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 242, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/283-242-Janeiro2013>. Acesso em: 14 abr. 2015.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 83.

informática e comunicação são essenciais para a “nova configuração” do fenômeno.⁶⁴

Com isso, pode-se dizer que ocorre um “abalo” nas bases do direito penal anteriormente orientado quase que totalmente para a proteção da vida, saúde, liberdade e propriedade, passando esta área a tutelar também interesses como o meio ambiente e a ordem econômica, os quais, tão importantes quanto os primeiros, exigem um tratamento diferenciado até mesmo por parte da dogmática penal, conforme demonstram as novas configurações dos conceitos de autor, culpabilidade, causalidade, imputação objetiva, entre outros. Diante disso, torna-se evidente a tendência de que se torne cada vez mais difícil visualizar um direito penal de intervenção (efetivamente) mínima. Nesse sentido, Silva Sánchez destaca:

*Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión».*⁶⁵

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado, para quem a lavagem de ativos ilícitos:

Aparece como fenômeno emergente e típico da sociedade pós-industrial (de alto risco), onde se evidencia uma espécie peculiar de criminalidade organizada, de cunho transnacional e multiforme – delinquência transnacional, econômica e organizada -, na qual se insere o delito de lavagem de capitais.⁶⁶

Diante disso, cresce a ideia de que a política criminal deve ser também orientada por um papel promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, ou seja, uma função que se volta também para o futuro

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (lei 12.683/2012). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, p. 401-436, n. 926, dez. 2012.

⁶⁵ Tradução nossa: Criação de novos «bens jurídico-penais», ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam senão aspectos desta tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo «expansão». (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 20).

⁶⁶ PRADO, op. cit., p. 2.

da humanidade, que não pode aceitar que um grave crime contra o meio ambiente ou o sistema econômico somente seja punido depois de cometido.

Isso porque o novo modelo de sociedade é marcado por um sem número de novos riscos decorrentes do próprio avanço da tecnologia, que contribui para que a decisão de uns poucos indivíduos afete a vida de cada vez mais pessoas, de forma cada vez mais profunda. Cite-se aqui, como exemplo, as crises econômicas que recentemente assolaram os Estados Unidos, gerando repercussões na economia de dezenas de países. Assim, há uma transformação de uma sociedade na qual os riscos individuais e coletivos decorriam principalmente de acontecimentos naturais ou ações humanas definidas, para as quais o “[...] catálogo próprio do direito penal liberal e antropocêntrico”⁶⁷ era suficiente.

Não devem ser ignoradas, entretanto, as posições de renomados autores no sentido de que tanto o voltar-se para o futuro, como a abrangência de vários novos riscos são incompatíveis com o direito penal, sob pena de se sacrificar o seu papel de *ultima ratio*. Nessa linha, defende-se que seria mais adequado que um outro ramo do direito tutelasse essas condutas.⁶⁸

Outro ponto de destaque é a percepção da necessidade de uma estratégia de caráter transnacional, ou seja, é fundamental que a maior parte dos países se comprometa a levar a cabo as medidas internacionalmente recomendadas, sob pena de se inviabilizar tal tarefa em razão da existência dos chamados “paraísos jurídico-penais”⁶⁹, haja vista o elevado oportunismo e capacidade de adaptação dos criminosos.⁷⁰

Ademais, é necessário ter em mente que tais medidas devem ocorrer em diversos campos. No caso da lavagem de ativos ilícitos, por exemplo, a cooperação é necessária antes mesmo da ocorrência do crime, ou seja, no

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. t. 1. p. 17.

⁶⁸ Posicionando-se de forma cautelosa Jorge de Figueiredo Dias defende que uma tal expansão do direito penal jamais poderá chegar ao ponto de fazer com que se perca de vista os limites ou contornos dos bens jurídicos, sob pena de perda da sua própria legitimidade (DIAS, Jorge de Figueiredo apud FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58).

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 88.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (lei 12.683/2012). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 2, dez. 2012.

desenvolvimento de regras de fiscalização e transparência do mercado, passando pela investigação, pela fase pós-condenação, com a possibilidade de extradições, chegando até o momento da recuperação dos ativos ilegalmente obtidos.

Entretanto, chegar a um nível satisfatório de uniformidade, harmonização e “eficiência” não é tarefa fácil, em razão das diferentes visões acerca da função do direito penal, das diferentes concepções sobre a soberania dos Estados, entre outros pontos. Além disso, há que se enfrentar a tarefa de manter o processo de “expansão” do direito penal em patamares adequados, levando-se sempre em conta as garantias de contenção do *jus puniendi*, pois quanto maior o alcance do direito penal, menor a esfera de liberdade.

De outro lado, considerando que retirar do direito penal o papel de proteção de um bem jurídico ao qual a própria Constituição Federal dispensa proteção destacada também pode não ser a melhor escolha, passam a se multiplicar os Tratados Internacionais sobre matéria penal, objetivando alcançar regulamentações adequadas.

Nesse contexto, surge o papel da política-criminal, aqui entendida como a área que se encarrega da definição das estratégias de controle social do fenômeno da criminalidade.⁷¹ À profunda mudança no tipo de criminalidade corresponde não menos intensa necessidade de reformulação da estratégia adotada. Assim, cabe a esta área do conhecimento informar a dogmática, a fim de que sejam alcançados os fins pré-estabelecidos.

No que diz respeito à lavagem de ativos e ao crime organizado, tal estratégia tem sido cada vez mais direcionada a atingir o resultado patrimonial do delito, por ser este tanto o motivo para as condutas delituosas, como o “combustível” para a prática de novos ilícitos⁷².

Isso porque a pena privativa de liberdade, apesar de também aplicável, não é suficiente para fazer frente à estrutura destes grupos, já que muitos

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. t. 1. p. 19

⁷² ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

de seus agentes são facilmente substituídos sem que haja grande prejuízo da atividade desenvolvida.⁷³

Para uma abordagem efetiva da lavagem, é necessário que o dinheiro seja encontrado e retomado o mais brevemente possível, uma vez que a tarefa vai se tornando mais difícil conforme são cumpridas as sucessivas etapas de dissimulação da origem dos valores. Outrossim, quanto mais eficiente a recuperação dos valores, maior o poder persuasivo da mensagem de que “o crime não compensa” que é enviada aos criminosos.

Por estas e outras razões, a política criminal internacional de prevenção e repressão ao crime organizado revelada nos Tratados e nas Recomendações do GAFI tem se orientado, sobretudo, pela busca da prevenção. Neste contexto, ganha importância o instituto do confisco, como um dos principais instrumentos de recuperação.

Passa-se, então, à análise dos principais documentos que revelam qual tem sido a evolução das políticas internacionais, sobretudo a criminal, no que diz respeito ao tratamento da lavagem de ativos e do crime organizado, com destaque para as estratégias referentes à recuperação dos bens e valores.

1.2.1 Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988)

Pode-se afirmar que o primeiro momento em que a lavagem de ativos foi substancialmente tratada num tratado de elevada relevância ocorreu na Convenção de Viena, no ano de 1988, cuja temática principal era o tráfico de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, delito este responsável pelas primeiras grandes iniciativas que acabaram resultando no momento atual dos tratados internacionais sobre cooperação internacional em matéria penal.⁷⁴ Trata-se, também, do primeiro documento internacional no qual as partes se obrigaram a aprovar legislações internas que impusessem penas ao delito em comento. O texto

⁷³ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

dela resultante foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro três anos mais tarde, por meio do Decreto 154/91⁷⁵.

Acerca deste importante documento, Teresa Manso Porto destaca a percepção, já no ano de 1988, dos efeitos desestabilizadores que os rendimentos ilícitos derivados especificamente do narcotráfico acarretavam. Por isso, recomendou-se a tipificação de condutas como a conversão ou transferência de bens e valores provenientes do tráfico de drogas, bem como de atos que buscassem dificultar ou impedir a identificação ou localização destes ativos.⁷⁶

Neste documento, que teve como importantes fontes o relatório da *President's Commission on Organized Crime*, datado de 1984, e o *Money Laundering Control Act*, de 1986, ambos de origem norte-americana, podem ser encontradas previsões como a da necessidade de uma ação coordenada e harmônica entre os Estados e aquela que registra a percepção da ligação entre o tráfico e outros delitos:

Conscientes de que o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis.⁷⁷

Diante disso, embora não use a terminologia “lavagem de ativos ilícitos”, o texto inegavelmente aborda o tema ao recomendar a criminalização, entre outras, das práticas de conversão ou transferência de bens ou valores oriundos do crime de tráfico de drogas, bem como das condutas tendentes à ocultação ou dissimulação da origem, localização, movimentação ou propriedade

⁷⁵ BRASIL. Decreto n. 154 de 26 de Junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

⁷⁶ MANSO PORTO, Teresa. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 31, p. 305-324, 2011. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7320/1/307-326.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1998. Disponível em: <<http://www.gafisud.info/pdf/Convecaodasnacoesunidascontratrficoestupefacientes.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

destes.⁷⁸ Eis o que a doutrina denomina de legislação de primeira geração, momento no qual o tipo penal da lavagem de dinheiro alcança apenas os produtos do tráfico. Por sua relevância, merecem transcrição alguns artigos:

Artigo 3, b, i a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos;

Artigo 3, b, ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;⁷⁹

Outro ponto relevante previsto no artigo 5º do texto foi a possibilidade de perseguir os bens e valores auferidos com o crime de tráfico e com a lavagem do dinheiro dele oriundo, havendo a possibilidade de as autoridades decretarem a quebra do sigilo bancário do investigado. Além disso, o documento trouxe importantes disposições acerca do confisco, tais como a daquele que se dá com base no valor equivalente, pelo qual se poderia atingir tanto os bens diretamente auferidos, como aqueles obtidos de forma indireta, respeitando-se sempre o direito do terceiro de boa-fé, que é aquele que, a despeito de não ser acusado ou requerido no processo, é titular de um direito real principal ou acessório, que poderá ser afetado no curso do procedimento.

Por fim, o texto tratou do direito processual, por exemplo, no artigo 9º, que dedica especial tratamento às medidas e estratégias de cooperação internacional objetivando tanto o combate ao tráfico de drogas como à persecução dos bens e valores auferidos.

Assim, são inegáveis os avanços trazidos por tal Convenção, pois muito embora o seu enfoque tenha sido o tráfico de entorpecentes, já havia a percepção de que a prevenção da prática da lavagem de ativos, com especial

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1998. Disponível em: <<http://www.gafisud.info/pdf/Convecaodasnacoesunidascontratrficoestupefacientes.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014. p. 6.

⁷⁹ Ibid.

atenção para a movimentação dos valores, é fundamental para o implemento de uma estratégia adequada.

1.2.2 As recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)

Em 1989, um ano depois da Convenção de Viena, a cúpula do G7, grupo internacional que reúne os sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente do mundo, cria o *Financial Action Task Force*, ou Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (FATF-GAFI), organismo de natureza intergovernamental e multidisciplinar, atualmente sediado em Paris, que objetiva o desenvolvimento de padrões e a implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais de prevenção e repressão à lavagem de ativos ilícitos, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Por essas e outras funções, trata-se de um dos mais importantes órgãos de proteção do sistema financeiro internacional.

Apenas um ano depois, o GAFI publica um documento com suas 40 recomendações⁸⁰, no qual está consagrado um sistema abrangente que regula questões judiciais, do sistema financeiro e de cooperação internacional. Num primeiro momento, o objetivo era alcançar o uso indevido deste sistema para a lavagem de recursos provenientes do tráfico de drogas ilícitas.

Muito embora não tenha caráter obrigatório, tal documento passa a figurar entre os mais importantes sobre o tema, ao mesmo tempo em que cresce o reconhecimento internacional do Grupo. No Brasil, por exemplo, é constante a citação dos textos do GAFI como diretrizes para a formulação de políticas criminais no setor.

As 40 recomendações foram reformadas em 1996, e novamente em 2003, com o que se buscou abranger as novas técnicas de lavagem de dinheiro, bem como os novos campos em que o branqueamento vinha ocorrendo, com especial atenção para as atividades e profissões não financeiras (cassinos,

⁸⁰ GAFI **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

negociantes de metais preciosos, etc.). Entre os principais pontos elencados, destacam-se:

- a) Identificar os riscos e desenvolver políticas e coordenação doméstica;
- b) Combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e da proliferação;
- c) Aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados, com a criação de deveres de atuação preventiva e comunicação de infrações;
- d) Estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (por exemplo: autoridades investigativas, policiais e fiscalizadoras) e outras medidas institucionais;
- e) Aumentar a transparência e disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas e de outras estruturas jurídicas; e
- f) Facilitar a cooperação internacional.⁸¹

Outra alteração importante ocorreu em outubro de 2001, quando, movido pelas repercussões dos atentados de 11 de setembro, o grupo passa a voltar sua atenção também para o terrorismo e seu financiamento, para o qual a movimentação ilegal de valores também é fundamental. Quanto a este aspecto, é importante frisar que, muito embora o Brasil não esteja entre os países tradicionalmente visados pelos grupos terroristas para a prática de atentados, o desenvolvimento de atividades de prevenção e repressão ao seu financiamento não pode ser negligenciado, a fim de que o país não se torne um local propício à lavagem de ativos ligados a esta atividade.

O documento avança significativamente ao recomendar que os países apliquem o crime de lavagem a todos os crimes considerados graves⁸², conforme já havia sido recomendado nas Convenções de Viena e Palermo, o que ocorre por meio das legislações ditas de segunda geração. Trata-se, também, do modelo adotado pelo Brasil até o advento da Lei 12.683/12, quando o rol previa crimes como o tráfico de drogas e o contrabando.

No que se refere à cooperação internacional, destaca-se a criação de listas de países que não cooperam satisfatoriamente (NCCT – Non-Cooperatives

⁸¹ GAFI **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁸² Ibid.

Countries and Territories), tais como a vermelha e a negra, na qual constam países e territórios onde a situação é mais crítica. Tais listas servem como instrumento de pressão política e econômica sobre os países faltosos, o que, num cenário de integração e interdependência, representa uma dura imposição, que encontra justificativa no fato de que a omissão de uma única nação pode dificultar toda uma política criminal internacional acerca do tema.⁸³ Em Fevereiro de 2014, a lista negra, na qual o Brasil já foi arrolado, continha 11 países, dentre os quais Equador, Indonésia e Síria.⁸⁴

Interessante ressaltar a concepção de estratégia de abordagem baseada no risco, consistente na necessidade de que os países analisem o nível de risco a que estão submetidos, a fim de que sejam adotados padrões mais ou menos flexíveis, conforme a real necessidade. Cuida-se de concepção de extrema importância para que seja possível viabilizar estratégias direcionadas, ao mesmo tempo em que são evitados gastos e restrições desnecessárias a direitos.

Com isso, surge no Brasil, no ano de 1998, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, e cuja missão é “Prevenir a utilização dos setores econômicos para a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, promovendo a cooperação e o intercâmbio de informações entre os Setores Público e Privado.”⁸⁵ Cuida-se de órgão integrante do grupo Egmont, vinculado ONU, e cujo plenário é composto pelo seu presidente, que é nomeado pelo Presidente da República após indicação do Ministro da Fazenda, e por onze conselheiros designados em ato do Ministro.

Não menos importante é a considerável elevação dos padrões de transparência exigidos daqueles que atuam no sistema financeiro, sobretudo as pessoas jurídicas, cujas complexas estruturas representam os cenários mais suscetíveis à prática de crimes, e aqueles considerados politicamente expostos, ou seja, indivíduos que estão mais sujeitos à corrupção em razão da posição que ocupam. Com isso, o GAFI externa sua preocupação de dialogar com os vários

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

⁸⁴ GAFI **High-risk and non-cooperative jurisdictions**. Paris, June 2015. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>>. Acesso em: 8 maio 2014.

⁸⁵ COAF **Missão, visão e valores**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/missao-visao-e-valores>>. Acesso em: 8 maio 2014.

setores da sociedade, sem os quais não há como evitar as operações fraudulentas. Nesse sentido:

Os países deveriam assegurar que as instituições financeiras estejam sujeitas a regulação e supervisão adequadas e estejam efetivamente implementando as Recomendações do GAFI. As autoridades competentes ou supervisores financeiros deveriam tomar as medidas legais ou regulatórias necessárias para prevenir que criminosos e seus associados sejam titulares ou beneficiários de participação significativa ou de controle, ou exerçam função de gerência em instituição financeira. Os países não deveriam aprovar a constituição de bancos de fachada ou a continuidade de operação por esses bancos.⁸⁶

Já no que diz respeito ao confisco propriamente dito, merecem ser apontadas as recomendações de aplicação de medidas cautelares a exemplo do congelamento de bens lavados, que sejam produtos ou instrumentos da lavagem de ativos, ou até mesmo de valores equivalentes.⁸⁷ Muitas destas medidas já estão presentes na legislação brasileira, em diplomas como o Código Penal, Código de Processo Penal⁸⁸, Lei 12.683/12, etc. Sua aplicação, todavia, ainda é deficiente em razão de fatores como a morosidade da justiça e a falta de destinação adequada aos bens apreendidos.

O documento recomenda que os países considerem seriamente a possibilidade de adotar a medida objeto do presente trabalho, qual seja, o confisco sem a necessidade de uma condenação penal (*non-conviction based forfeiture*) ou que se exija que os criminosos demonstrem a origem lícita dos bens supostamente passíveis de confisco, desde que isso seja possível diante da lei do próprio país, medida também recomendada em convenções internacionais e que será vista em seção posterior.

Desse modo, o GAFI é hoje um órgão de importância internacional (suas recomendações gerais e especiais são adotadas como um padrão por mais de

⁸⁶ GAFI **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 8. maio 2014. p. 29.

⁸⁷ Ibid., p. 11.

⁸⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

180 países), e que trabalha como tal, pois conta com uma rede global de oito grupos regionais, aos quais cabe a elaboração de relatórios e estratégias direcionadas, também em conjunto com órgãos como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas, o que confere uma legitimidade ainda maior a cada uma de suas recomendações.

Acrescente-se que as recomendações da entidade especificamente voltadas ao confisco serão melhor analisadas em capítulo posterior.

1.2.3 A Convenção de Estrasburgo (Convenção Sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime)

Aprovado no ano de 1990, o documento, bastante representativo em razão do seu caráter vinculante, se destaca por atribuir ao delito de lavagem de ativos a devida autonomia, diante da percepção do risco que representa às sociedades.⁸⁹

Como consequência, o rol de infrações antecedentes foi aumentado para que fossem alcançados outros delitos além do tráfico de entorpecentes. Embora países não integrantes do Conselho da Europa tenham participado, tais como Estados Unidos, Canadá e Áustria, o Brasil não está entre os signatários.

O texto também consagrou importantes avanços no que se refere ao embargo e confiscação de bens, por recomendar que os tipos penais abrangessem não só a transmissão e a ocultação dos bens e valores, mas também a sua aquisição e posse.⁹⁰

A cooperação internacional também foi objeto de regras específicas, tais como a obrigação de os Estados atenderem às solicitações de confisco relacionadas aos instrumentos ou produtos de um delito situados em seus territórios.⁹¹

⁸⁹ MANSO PORTO, Teresa. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 31, p. 309, 2011. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7320/1/307-326.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 111.

1.2.4 Diretivas da Comunidade Europeia

A destacada facilidade com que as pessoas e bens transitam no contexto da União Europeia sempre exigiu estratégias diferenciadas por parte dos países do continente, a fim de evitar as consequências negativas da entrada e saída de ativos “sujos”. Por isso, são muitos os documentos importantes elaborados naquele contexto, de modo que, sem pretensões de esgotamento do tema, serão apresentados apenas aqueles tidos por mais relevantes.

Pouco antes da celebração do Tratado de Maastricht, no ano de 1991, é aprovada a Diretiva 91/308/CEE⁹², a primeira das diretivas europeias sobre o tema, na qual foi reunida uma série de documentos relativos a estratégias de prevenção e repressão do crime de lavagem de ativos. Trata-se de um conjunto de medidas de âmbito regional e aplicação obrigatória.

Eduardo A. Fabián Caparrós aponta que, embora tal documento não tenha trazido nenhuma norma inovadora, consistiu num importante passo ao prever que a prática do branqueamento deve ser combatida, sobretudo, com medidas de caráter penal, adequadas ao contexto de cada país signatário.⁹³

Mais tarde, em Dezembro de 2001, na esteira da Resolução 1.373 da ONU, foi aprovada a Diretiva 2001/97/CE, que significou passo bem mais significativo, principalmente em razão da influência dos atentados de 11 de Setembro. Assim, foi estabelecida como obrigatória a ampliação do rol dos crimes antecedentes. Com isso, em 2003, a Espanha altera o Código Penal para permitir a punição da lavagem de produtos de quaisquer delitos.⁹⁴

O documento criou certa polêmica ao impor a alguns profissionais, tais como contadores, auditores fiscais e advogados a obrigação de comunicar

⁹² DIRECTIVA DO CONSELHO de 10 de Junho de 1991 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (91/308/CEE). **Diario Oficial de la Unión Europea**, Luxemburgo, 1991. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31991L0308>>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁹³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Tipologías y lógica del lavado de dinero. Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. In: BLANCO CORDERO, Isadoro et al. **Combate del lavado de activos desde el sistema judicial**. 3. ed. Washington, DC: Organization of American States: Bolivarian Republic of Venezuela: Inter-American Development Bank, 2007. p. 22.

⁹⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 143.

operações suspeitas, o que, para alguns, geraria violação às garantias da ampla defesa e do sigilo profissional.⁹⁵ Ressalte-se que tal polêmica também aconteceu no Brasil, com o advento da Lei 12.683/13, que recentemente alterou a Lei 9.613/98.

Na sequência, no ano de 2005, a Diretiva 2005/60/CE entra em vigor revogando as primeiras duas. As medidas de precaução são mais uma vez ampliadas, com especial atenção para a relação entre lavagem de dinheiro e corrupção no setor público, sobretudo a que ocorre nos países onde a corrupção é mais recorrente.⁹⁶

As disposições previstas no texto deveriam ser internalizadas pelos países participantes até Dezembro de 2007.

1.2.5 A Convenção de Palermo (2000)

Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, consiste, segundo Caparrós, num documento que revela evolução natural das disposições da Convenção de Viena⁹⁷, por realizar certa “adequação” ao momento em que está inserido, qual seja, um contexto no qual o tráfico não é mais a preocupação única, mas sim uma entre várias outras, a exemplo da corrupção e demais delitos econômicos graves (aplicou-se o critério da pena máxima privativa de liberdade acima de 4 anos). Destaca-se, também, a conceituação trazida a respeito dos grupos criminosos, que merece transcrição:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção,

⁹⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 143.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Tipologías y lógica del lavado de dinero. Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. In: BLANCO CORDERO, Isadoro et al. **Combate del lavado de activos desde el sistema judicial**. 3. ed. Washington, DC: Organization of American States: Bolivarian Republic of Venezuela: Inter-American Development Bank, 2007. p. 31.

com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.⁹⁸

Assim, pode-se dizer que a Convenção é um marco no sentido do reconhecimento da importância da luta contra o crime organizado transnacional, bem como do emprego de esforços contra suas práticas.

No que tange às condutas de lavagem, foram citadas expressamente no documento, foram contempladas disposições importantes, como a que recomendou a criminalização, recomendações de disciplina do mercado financeiro, entre elas a da criação de unidades de inteligência financeira, regras de confisco, entre outras.⁹⁹

O confisco é tratado de forma específica nos artigos 12, 13 e 14, que abrangem as hipóteses e o campo de aplicação, a cooperação internacional e a administração dos bens e valores. Assim, determinou-se que os Estados perseguissem não só os bens ou o dinheiro diretamente auferido com o crime em si, como também os bens ou valores utilizados como instrumentos, as receitas ou benefícios obtidos por meio do produto do crime ou resultantes de sua transformação (artigo 12, 5) e os bens de origem lícita mesclados aos ilícitos, com o que se abrem inúmeras novas possibilidades de retomada.

Também se recomendou a previsão da possibilidade de o Estado parte exigir que o autor de uma infração penal demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime, desde que isso se adeque à legislação respectiva (artigo 12, 7). Desse modo, percebe-se a compreensão da importância da recuperação dos bens e valores como sendo essencial ao combate do crime organizado.

Foram também elencadas várias medidas de cooperação internacional, no sentido de facilitar, por exemplo, a extradição de criminosos e a cooperação entre as polícias dos países signatários.

⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 4 mar. 2015.

⁹⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 147.

Sven Peterke e Silvia Regina Pontes Lopes destacam, no documento, os compromissos firmados pelos Estados signatários no sentido de promoverem a criminalização de crimes como a lavagem de ativos, a corrupção e a obstrução da justiça.¹⁰⁰

Revelam-se também interessantes as técnicas especiais de investigação previstas no artigo 20, a exemplo da entrega vigiada, pela qual se permite que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território nacional, sob supervisão das autoridades competentes. Outra ferramenta prevista no documento foi a delação (ou colaboração) premiada, que tem sido fundamental para as investigações e a recuperação dos valores reavidos na operação “Lava jato”, que investiga um gigantesco esquema de corrupção na Petrobrás.

O texto, que só entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003, conta com a assinatura de mais de 145 países, o que faz deste tratado um dos mais importantes já celebrados em matéria de criminalidade organizada e, consequentemente, de direito penal. No Brasil, a incorporação se deu por meio do Decreto 5.015 de 2004¹⁰¹.

1.2.6 A Convenção Das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida) (2003)

Embora o foco desta Convenção tenha sido a corrupção, nas suas variadas formas, trata-se de mais um importante momento na evolução da política-criminal internacional de prevenção e repressão aos crimes econômicos em geral, considerando-se que da leitura do preâmbulo é possível extrair que todo o documento se baseia na premissa de que corrupção, crime organizado e lavagem de dinheiro estão intrinsecamente ligados no contexto da sociedade atual, sendo inviável o controle de qualquer destes fenômenos sem que se passe pelo adequado

¹⁰⁰ LOPES, Silvia Regina Pontes; PETERKE, Sven. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Revista Verba Juris**, João Pessoa, n. 7, p. 407. jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14894/8453>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹⁰¹ BRASIL Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

tratamento dos demais, com a utilização de ferramentas como o confisco. Neste sentido, o seguinte fragmento integrante do preâmbulo:

[...] decididos a prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos.¹⁰²

Assim, reaparece em seu texto a preocupação com a necessidade de intensa fiscalização e atenção sobre a atividade de grandes grupos financeiros, seus clientes e registros de operações.

Chama a atenção o passo fundamental que foi dado a partir do momento em que o documento identificou o retorno dos ativos como princípio fundamental, ao que se soma a previsão de que os Estados signatários se obrigam a assistirem-se mutuamente visando alcançar este objetivo.¹⁰³ Para isso, vários foram os mecanismos tratados, tais como o congelamento, a apreensão, o confisco e o retorno dos bens e valores, entre outros, sempre com uma abordagem que vai além da teoria e dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Nesse sentido, surge a previsão do artigo 54.1.c, que inova ao recomendar que os Estados analisem a viabilidade de consagrarem o confisco sem condenação penal em seus ordenamentos¹⁰⁴:

Artigo 54. Mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco

1. Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna:

[...]

¹⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014.

¹⁰³ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 5.

¹⁰⁴ AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada: análisis de la propuesta de directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, La Rioja, n. 1, p. 38, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1025.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.¹⁰⁵

Estabeleceu-se, também, que os Estados-parte deveriam tomar as medidas necessárias para que fosse viabilizado, dentro de seu território, o confisco ordenado por um tribunal ou Estado estrangeiro (artigo 54, 1, a), o que pode ocorrer antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal ou civil (artigo 57.3), desde que haja provas convincentes. Neste caso, os ativos ficam assegurados até que seja proferida a sentença final.¹⁰⁶

Também digno de nota é o estabelecimento da obrigação de devolução dos valores confiscados ao país solicitante em casos de lavagem de valores públicos, prevista no artigo 57, 3, a.¹⁰⁷ Tal previsão foi inovadora, pois até este momento, prevalecia que os valores recuperados pertenciam apenas ao Estado que promovia o confisco.¹⁰⁸

O Brasil é um dos signatários do documento que é considerado um marco não só no que diz respeito à corrupção, como também ao confisco e à cooperação internacional para a recuperação de ativos, e que foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto 5.687 de 2006.¹⁰⁹

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014. Acesso em: 30 mar. 2015. (grifo nosso).

¹⁰⁶ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 37.

¹⁰⁷ Ibid., p. 6.

¹⁰⁸ Ibid., p. 37.

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

1.3 Cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos e crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos

A evolução da estratégia de controle da lavagem de ativos e do crime organizado demonstra que, cada vez mais, o foco recai sobre a recuperação dos ativos ilicitamente auferidos, diante da constatação de sua imprescindibilidade para o funcionamento das organizações criminosas e dos demais prejuízos causados pelo dinheiro que circula ilegalmente.

Entende-se por recuperação de ativos a tarefa de reaver os bens, que podem ser carros, joias, imóveis, etc., e valores ilicitamente auferidos com a prática criminosa, em especial a lavagem de ativos ilícitos.

A tarefa envolve maior complexidade à medida que os criminosos aplicam técnicas mais sofisticadas, que vão desde a simples conversão de dinheiro em mercadorias até a utilização de múltiplas contas bancárias no exterior. Como se não bastasse, fatores como o território extenso, a economia informal e a lentidão dos processos criminais fazem do Brasil um país propício a tais práticas e impõe a necessidade de uma estratégia avançada.

Diante destas evidências, nota-se que, nos últimos 20 anos, muito se fez no Brasil objetivando estabelecer um sistema nacional de recuperação de ativos obtidos por meios criminosos, sendo a Lei 9.613/98 um marco fundamental, conforme já se demonstrou.

Apenas para demonstrar o nível de importância de uma estratégia adequada de recuperação de ativos, citem-se, aqui, os valores estimados de prejuízo de esquemas de corrupção como o caso Banestado, que envolve evasões da ordem de R\$ 60 bilhões (sessenta bilhões de reais)¹¹⁰ e o desvio de verbas na construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo¹¹¹, cujo valor devido a título de restituição supera 1 bilhão de reais.

¹¹⁰ BENITES, Afonso. Só 3% do dinheiro rastreado como fruto de corrupção retornou ao Brasil. **El País**, Madrid, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/19/politica/1418952566_793365.html>. Acesso em: 26 ago. 2015.

¹¹¹ SOUSA, Yvna. Governo recupera R\$ 468 milhões desviados do TRT-SP em 1992. **UOL Notícias**, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/valor/2012/08/23/governo-recupera-r-468-milhoes-desviados-do-trt-sp-em-1992.htm>>. Acesso em: 5 set. 2015.

Acerca da retomada definitiva dos bens, e tendo em vista o foco do estudo, às reflexões sobre a evolução no tratamento da lavagem de ativos ilícitos foram acrescentadas reflexões sobre a cooperação internacional e o confisco. Além disso, foram tecidos comentários sobre a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos, que vem ao encontro de toda esta estratégia.

1.3.1 Cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos

Tão fundamental quanto a criação de uma legislação adequada no âmbito interno, a cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos consiste, entre outros fatores, na atuação dirigida e conjunta entre as diferentes nações no sentido de prevenir e coibir as movimentações financeiras que extrapolam as fronteiras entre os países. Sua importância vem sendo cada vez mais ressaltada, como se pode observar no artigo 51 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que dispõe que “A restituição de ativos [...] é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados Partes se prestarão à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito.”¹¹²

Nesse sentido:

[...] O crime tornou-se um fenômeno de caráter internacional. Grupos criminosos organizados fixam sua sede em um país, comandam crimes praticados em outro e ocultam o produto de sua atividade em um terceiro. Nesse contexto, a cooperação jurídica internacional constitui recurso necessário para investigações e persecuções exitosas.¹¹³

Cuida-se de tarefa complexa, mas essencial, a exigir posturas por parte de setores investigativos, instituições financeiras e até mesmo dos governos propriamente ditos. Tal necessidade justifica-se pelo fato de ser igualmente necessário, a um só tempo, preservar a integridade do sistema financeiro e garantir

¹¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2015.

¹¹³ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

a atuação soberana dos países no contexto globalizado. Eis aí um dos grandes desafios impostos ao direito na atualidade.

No Brasil, o órgão central no que se refere à recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, criado em 2003 e vinculado ao Ministério da Justiça.

No âmbito criminal, os pedidos de cooperação mais frequentes dizem respeito a atos de comunicação como citação ou intimação, produção de provas, efetivação de medidas assecuratórias, a exemplo do arresto e do sequestro, aplicação do confisco e extradição, cabendo ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional a centralização dos pedidos em que o Brasil é requerente ou requerido.

O estabelecimento deste órgão como autoridade central veio em cumprimento à Meta 2, estabelecida pela ENCCLA em 2004, diante do aumento expressivo do volume e da complexidade dos atos de cooperação internacional, e se alinha ao que disciplinam documentos como a Convenção de Haia.¹¹⁴

Levantamento feito por este mesmo Departamento constatou que, entre 2003 e 2012, o Brasil conseguiu reaver apenas R\$ 2,1 milhões (dois milhões e cem mil reais), dentre os estimados R\$ 3 bilhões que foram bloqueados no exterior em processos por evasão de divisas, sendo que o delegado da Polícia Federal diretor do órgão citou a lentidão do Judiciário como uma das causas principais deste fato, haja vista que é comum que os Estados estrangeiros só liberem o dinheiro após a condenação penal transitada em julgado.¹¹⁵

Outro exemplo é o escândalo do Banestado, desenvolvido entre 1996 e 2000, cujo prejuízo estimado é de R\$ 60 bilhões (sessenta bilhões de reais), dos quais apenas R\$ 40 milhões haviam sido recuperados ou bloqueados até o ano de 2014.¹¹⁶

¹¹⁴ SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

¹¹⁵ PORTO, Gustavo. Brasil recupera só 0,06% de recursos bloqueados por evasão. **Estadão**, São Paulo, 3 set. 2012. Economia. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-recupera-so-0-06-de-recursos-bloqueados-por-evasao,125209e>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹¹⁶ BENITES, Afonso. Só 3% do dinheiro rastreado como fruto de corrupção retornou ao Brasil. **El País**, Madrid, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/19/politica/1418952566_793365.html>. Acesso em: 26 ago. 2015.

Grande parte destes valores foi remetida à agência do Banestado em Nova Iorque, de onde seguiu para outros bancos na Europa. Assim, para a compreensão do complexo esquema foi necessária uma intensa cooperação por parte de órgãos como o Departamento de Segurança Interna e procuradorias dos Estados Unidos.¹¹⁷

No entanto, há indícios de que este cenário está mudando. Só no que diz respeito à chamada operação “Lava jato”, com a qual se busca desvendar um vasto esquema de corrupção na Petrobrás, sendo assim uma das maiores investigações sobre corrupção já conduzida no Brasil, já foram bloqueados mais de R\$ 1 bilhão de reais somente na Suíça, dos quais mais de R\$ 300 milhões já foram liberados para repatriação pelas autoridades daquele país, o que se deve, em parte, à aplicação de técnicas modernas de investigação.¹¹⁸ Deve ser destacado, aqui, o fato de que até poucos anos atrás a Suíça era tida como um paraíso fiscal.

Ora, uma vez que o sistema financeiro é cada vez mais dinâmico e globalizado, a necessidade de uma estratégia específica e coordenada nada mais é do que uma decorrência lógica.

Sérgio Moro defende que o ponto de partida deve ser o entendimento de que quanto mais ampla a cooperação, maior o proveito gerado, de forma que os limites devem ser somente os estritamente necessários.¹¹⁹ Desse modo, é fundamental que os pedidos de cooperação não sejam recebidos com desídia, até mesmo porque a reciprocidade também é importante.

Um dos fatores essenciais nesta estratégia é a harmonização legislativa, que passa tanto pelo tratamento de direito material como pelo processual. O desafio aqui é buscar um denominador comum em um contexto de culturas jurídicas distintas, a exemplo do que ocorre entre os sistemas da *common law* e *civil law*.

¹¹⁷ ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 217-218.

¹¹⁸ CARVALHO, Jailton de. Suíça bloqueia mais de R\$ 1,3 bilhão desviados da Petrobras. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/suica-bloqueia-mais-de-13-bilhao-desviados-da-petrobras-15629411>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

¹¹⁹ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. (e-book).

Por esta razão, sucessivos acordos transnacionais têm sido celebrados com apoio da ONU e de outros importantes órgãos, os quais, nos termos do artigo 46.7 da Convenção de Mérida de 2003¹²⁰, aplicam-se de forma complementar aos pactos de cooperação celebrados diretamente entre os países entre si. Um exemplo deste tipo de pacto é aquele que foi celebrado entre Suíça e Brasil objetivando a prevenção da lavagem de ativos ilícitos.¹²¹ A União Europeia tem se destacado nesta seara, em razão das várias Diretivas e Convenções realizadas para promover a harmonização das legislações.

Tais tratados contribuem sobremaneira para a simplificação da comunicação e dos procedimentos de retomada dos bens e punição dos criminosos, com destaque para os do tipo *self-executing*, que dispensam a necessidade de criação de leis internas. Assim, embora não obrigatórios, tais acordos atuam como grandes facilitadores ao simplificar o procedimento e a comunicação entre os Estados.¹²²

No Brasil, não existem leis internas específicas sobre a cooperação internacional no caso de confisco, de modo que o requisito essencial para este tipo de colaboração é o do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942)¹²³, que consagra que “As leis, atos e sentenças de outro

¹²⁰ “Os parágrafos 9 a 29 do presente Artigo se aplicarão às solicitações que se formulem de acordo com o presente Artigo sempre que não se estabeleça entre os Estados Partes interessados um tratado de assistência judicial recíproca. Quando estes Estados Partes estiverem vinculados por um tratado dessa índole se aplicarão as disposições correspondentes do tal tratado, salvo quando aos Estados Partes convenha aplicar, em seu lugar, os parágrafos 9 a 29 do presente Artigo. Insta-se encarecidamente aos Estados Partes que apliquem esses parágrafos se a cooperação for facilitada” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹²¹ CONSULTOR JURÍDICO. Leia acordo entre Brasil e Suíça para combater lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 maio 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-mai-13/conheca_acordo_entre_brasil_suica_combater_lavagem>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹²² ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 21.

¹²³ BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”¹²⁴

A ordem pública consiste, basicamente, e para fins de cooperação internacional, na observância dos direitos fundamentais de um determinado ordenamento jurídico. Trata-se de um conceito bastante aberto, que deve ser interpretado de forma cuidadosa para que não se inviabilize a cooperação entre os Estados. Desse modo, devem ser levados em conta aspectos básicos como a necessidade de observância do devido processo legal, respeito aos direitos do terceiro de boa-fé, contraditório, publicidade dos atos judiciais e imparcialidade do juiz, entre outros.¹²⁵

Outrossim, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras, nos termos da Emenda Constitucional 45 de 2004¹²⁶. A despeito da evolução que houve ao se passar para o STJ uma parte da competência que antes era do STF, acredita-se que seria mais adequado ir além, promovendo-se desconcentração ainda maior, haja vista que a demora no processamento de pedidos de cooperação pode colocar o Brasil na lista de países pouco cooperantes.¹²⁷

Em um primeiro momento, considerava-se fundamental para a cooperação que o ato fosse considerado crime tanto no país que solicitava a cooperação como naquele ao qual se pedia. Recentemente, entretanto, vem ocorrendo uma mudança de entendimento, de modo que não mais se impõe que existam dois tipos penais idênticos, conforme dispõe o artigo 43.2 Convenção de

¹²⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹²⁵ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 30.

¹²⁶ BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹²⁷ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

Mérida, uma das mais importantes no que diz respeito à cooperação internacional em matéria de confisco:

Em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, este se considerará cumprido se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados Partes, independentemente se as leis do Estado Parte requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado-Parte requerente.¹²⁸

De fato, atualmente existem três modelos de tratamento da dupla incriminação, quais sejam: o que a exige para toda e qualquer cooperação, o que limita a necessidade aos casos em que se discuta a aplicação de medidas coercitivas, e, por fim, o que afasta expressamente a necessidade.

No que diz respeito à relação entre Brasil e Espanha, por exemplo, o Acordo de Cooperação Mútua, celebrado em 2006, previu a colaboração entre os países “[...] mesmo que o fato pelo qual se processa na Parte requerente não seja considerado delito pelo ordenamento jurídico da Parte requerida.”¹²⁹

No caso de países com os quais o Brasil não celebrou acordos bilaterais como os acima citados, uma possibilidade que se apresenta é a observância do princípio da reciprocidade, que encontra previsão no artigo 8º, §1º da Lei 9.613/98, segundo o qual na falta de acordo, o juiz brasileiro pode aplicar medidas assecuratórias sobre bens ou valores com base na promessa de reciprocidade da autoridade estrangeira.

Quando o tema é confisco, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção estabelece, em seu Artigo 54, que a cooperação é obrigatória sempre que há uma condenação penal, de modo que as autoridades devem dar cumprimento ao que determinar um outro Estado-parte (1.a). Ocorre, todavia, que

¹²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2015.

¹²⁹ BRASIL. Decreto n. 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, em 22 de maio de 2006. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 dez. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6681.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

nos casos em que não existe uma condenação criminal transitada em julgado, esta colaboração é apenas facultativa (1.c). Assim dispõe o texto:

Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna:

- a) Adotará as medidas que sejam necessárias para que suas autoridades competentes possam dar efeito a toda ordem de confisco ditada por um tribunal de outro Estado Parte;
- b) Adotará as medidas que sejam necessárias para que suas autoridades competentes, quando tenham jurisdição, possam ordenar o confisco desses bens de origem estrangeira em uma sentença relativa a um delito de lavagem de dinheiro ou quaisquer outros delitos sobre os quais possa ter jurisdição, ou mediante outros procedimentos autorizados em sua legislação interna; e
- c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.¹³⁰

Uma vez reconhecida a necessidade de utilização do confisco, surge, também, como decorrência lógica a necessidade do reconhecimento mútuo das decisões que apliquem o instituto, com o qual há um considerável incremento em sua eficácia.¹³¹

Ora, quanto maior for a presteza na tarefa de cooperação, maior será o montante de valores recuperados, o que favorece a integridade do sistema econômico e a boa relação entre os Estados. Outrossim, quanto maior a chance de retomada dos bens por parte do Estado requerente, maior também a mensagem dissuasiva enviada aos criminosos.

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2015 (grifo nosso).

¹³¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação Da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: produto da criminalidade organizada: “garantir que o crime não compensa” (COM 2008 – 766 final). **Diário Oficial de la Unión Europea**, Bruxelas, nov. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0766&from=ES>>. Acesso em: 6 abr. 2015. p. 7.

Uma forma interessante de se incentivar a ação coordenada é através de acordos multilaterais de repartição, ou que deem uma destinação específica aos valores recuperados nos casos em que não seja viável a devolução à vítima. Com isso, garante-se que o país do qual foi requerida a cooperação seja ressarcido das despesas efetuadas, ou seja, por outra forma beneficiado por sua presteza. Trata-se de medida já prevista na Lei 9.613/98 (art. 8º, §2º) e em documentos como o resultante da Convenção de Viena:

5 – [...]

b) Atendendo à solicitação de outra Parte, de acordo com o previsto no presente Artigo, a Parte poderá prestar particular atenção à possibilidade de negociar acordos sobre a:

ii) dividir com outras Partes, conforme critério preestabelecido e definido para cada caso, o produto ou bens em questão, ou os fundos derivados da venda do produto ou bens em questão, de acordo com as determinações do direito interno, seus procedimentos administrativos ou os acordos bilaterais ou multilaterais acertados para esse fim.¹³²

E também a Convenção de Mérida:

Art. 57

5. Quando proceder, os Estados Partes poderão também dar consideração especial à possibilidade de celebrar acordos ou tratados mutuamente aceitáveis, baseados em cada caso particular, com vistas à disposição definitiva dos bens confiscados.¹³³

Cabe aos Estados-parte o estabelecimento dos limites que serão postos à cooperação. Cite-se aqui, como exemplo, a regra do artigo 3º do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos, que prevê a

¹³² BRASIL Decreto n. 154 de 26 de Junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2015.

possibilidade de negativa de assistência quando se tratar de delito previsto apenas na legislação militar.¹³⁴

Outra forma de o Estado vítima reaver os bens ou valores é através da atuação direta no Estado receptor por meio de uma ação civil ou da atuação em processo penal. Além disso, outras ferramentas têm sido aplicadas, tais como a produção de provas diretamente no exterior, embargos de bens extraterritoriais, entre outros que não serão aqui abordados tendo em vista o recorte temático do estudo.¹³⁵

Quanto ao estágio do desenvolvimento da cooperação internacional no Brasil, nota-se que, embora ainda haja muito o se fazer, o Brasil tem avançado no tema, haja vista a criação de órgãos como o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, responsável pela elaboração do Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos¹³⁶.

1.3.2 O Crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos

Prevista no anteprojeto do novo Código Penal, a criminalização do enriquecimento ilícito tem sido incorporada em vários ordenamentos e defendida principalmente no que tange aos funcionários públicos.

Muito embora tal delito não se confunda com o instituto do confisco, sua exposição se justifica pelas bases comuns entre os dois institutos, que já foram recomendados conjuntamente em documentos sobre a recuperação de ativos por fazerem parte de uma mesma estratégia, bem como pelo fato de que à condenação por este crime pode se seguir a confiscação de bens e valores.

¹³⁴ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

¹³⁵ No caso Banestado, a autoridade brasileira colheu diretamente depoimentos de uma testemunha que estava nos Estados Unidos, com o acompanhamento de autoridades da Procuradoria norte-americana, o que foi facilitado em razão da existência do Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal celebrado entre Brasil e EUA¹ (ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 220).

¹³⁶ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal**. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/ManualExpedCRPe nal.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

O texto do artigo 20 da Convenção de Mérida afirma o seguinte:

Com sujeição a sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.¹³⁷

Diante disso, o funcionário público que obtiver um aumento expressivo de seu patrimônio criminosamente passa a estar sujeito a uma punição penal quando não puder justificar a licitude da posse de tais bens, com o que se busca, a um só tempo, evitar o acúmulo de bens oriundos de condutas criminosas (principalmente crimes de corrupção) e facilitar a prova, que é, de certa forma, transferida ao acusado quando presentes sérios indícios de ilicitude.

Mister reproduzir também as afirmações proferidas por aqueles que promoveram a proposta de criminalização no âmbito da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, nas quais fica claro o propósito principal de facilitar a atividade probatória do órgão acusador. São elas:

Es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la detección del delito en el preciso momento en que éste se produce”,

[...]

*que a esta impotencia se une la burla que significa la ostentación material de sus funcionarios, sin que los pueblos tengan modo de adivinar en qué precisa oportunidad, de las miles con las que los agentes públicos cuentan, fue cometido el delito o quizá, los innumerables delitos que dieron lugar al enriquecimiento.*¹³⁸

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 6 maio 2014.

¹³⁸ Tradução nossa: “É particularmente útil para os povos da América Latina, cujos estados carecem, frequentemente, de recursos de alta tecnologia eficazes para a detecção do delito no preciso momento em que se produz [...] que a esta impotência se une o ‘escárnio’ que significa a ostentação material de seus funcionários, sem que os povos tenham modos de advinhar em que precisa oportunidade, das mil com que os agentes públicos contam, foi cometido o delito ou, talvez, os inumeráveis delitos que deram lugar ao enriquecimento.” (MANFRONI, Carlos, **La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada**. 2. ed. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 145).

Dessa forma, por ser uma medida ao mesmo tempo eficiente e radical, obviamente surgiram várias posições intensamente favoráveis, assim como também outras tantas contrárias à proposta de criminalização. No primeiro grupo, estão aqueles que defendem que o Estado não pode se omitir diante de fortunas totalmente incompatíveis com os ganhos legais, de modo que a existência de indícios sérios autorizaria as autoridades a impor a necessidade de demonstração da origem lícita dos bens, posição sustentada na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código Penal¹³⁹. De outro lado, autores como Pierpaolo Bottini se opõem apontando que haveria ofensa grave aos princípios da presunção de inocência e *nemo tenetur se detegere*, ambos essenciais num Estado de Direito, visto que o acusado seria praticamente obrigado a provar a própria inocência.¹⁴⁰

Também contrariamente à criminalização posicionou-se a Corte Constitucional portuguesa, para a qual:

O que se pretende punir é a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes”, lê-se no acórdão. E continua: “Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido.”¹⁴¹

É importante destacar que a ideia foi recebida pela comissão de juristas responsável pela elaboração do novo Código Penal brasileiro, segundo a qual o fato de o Brasil ser signatário de tratados nos quais a medida é recomendada, juntamente com a necessidade de se aumentar a proteção à lisura da administração pública apontam para a sua necessidade. Assim, coube ao capítulo II (de outros

¹³⁹ COMISSÃO ESPECIAL DE JURISTAS. **Anteprojeto de Novo Código Penal**: Relatório final. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em 15 ago. 2012.

¹⁴⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O enriquecimento ilícito e a presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/di-reito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁴¹ PÚBLICO. Crime de enriquecimento ilícito chumbado mas PSD voltará à carga. **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**, Lisboa, 5 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.publico.pt/portugal/jornal/crime-de-enriquecimento-ilicito-chumbado-mas-psd-voltara-a-carga-24319254>>. Acesso em: 5 mar. 2015 (grifo nosso).

crimes contra a administração pública), inserto no título X (Crimes contra a administração pública), o tratamento da proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos. É o teor do artigo 277:

Enriquecimento ilícito

Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.

Pena – prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.¹⁴²

Trata-se de tipo penal bastante amplo, e que consagra um crime subsidiário, que só se configura quando não puder ser comprovada uma infração mais grave, tal como o peculato, corrupção passiva ou lavagem de ativos.

E é esta, exatamente, a intenção buscada com a tipificação: possibilitar a aplicação de punições quando, embora efetivamente demonstrada a origem ilícita dos bens, razões outras impedirem a punição pelos crimes atualmente capitulados, evitando-se, assim, que o processo resulte numa absolvição por atipicidade ou por algum motivo de natureza processual penal.

Ocorre, entretanto, que embora desejável do ponto de vista do aumento das ferramentas de prevenção da corrupção e da lavagem de ativos, não há como negar que o novo tipo penal põe em risco a presunção de inocência, pelo que se revela contrário à Constituição, tendo este entendimento sido adotado inclusive por alguns dos membros da própria Comissão de Juristas, a exemplo do advogado Nabor Bulhões, para quem o enriquecimento ilícito do funcionário público não é um crime em si, mas sim a consequência de um delito anterior, do que

¹⁴² COMISSÃO ESPECIAL DE JURISTAS. **Anteprojeto de Novo Código Penal**: Relatório final. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em 15 ago. 2012. Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código Penal.

decorreria a inconstitucionalidade da tipificação.¹⁴³ No mesmo sentido, Gustavo Badaró, para quem o modelo de tipificação proposto não escancara a inversão do ônus da prova, mas não deixa de fazê-lo de forma disfarçada.¹⁴⁴

E assim é porque faz parte das bases do direito penal o fato de que a imposição de uma pena privativa de liberdade, a mais grave dentre as aplicáveis no Brasil, exige a produção de provas robustas por parte do órgão acusador, não sendo os indícios capazes de legitimar tal punição. Além disso, da mesma forma não é adequado impor ao acusado a necessidade de provar a própria inocência em sede de direito penal.

Assim, cremos que medidas desta índole só podem ser aplicadas se isto ocorrer em outros campos do direito, tais como o civil ou o administrativo, nos quais já existem ferramentas importantes, dentre as quais destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92)¹⁴⁵ no que diz respeito ao funcionário público, visto que a não prestação de contas configura ato de improbidade (art. 11, VI), podendo sujeitar aquele que o comete a penas severas como a multa de até cem vezes o valor da remuneração percebida. Ora, o Estado já conta com a possibilidade de fiscalizar de vários modos a evolução do patrimônio dos seus agentes, sendo que o direito penal não deveria ser aqui acionado.

No mesmo sentido, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, para quem “[...] o custo a ser pago com a criminalização do enriquecimento ilícito é alto demais à sociedade, colocando em xeque garantias fundamentais a tão duras penas conquistadas nas esferas penal e processual”¹⁴⁶, uma vez que a possibilidade de privação da liberdade do indivíduo, inerente ao direito penal, pressupõe, a nosso ver,

¹⁴³ JORNAL DO SENADO. Enriquecimento ilícito de servidor pode virar crime. **Jornal do Senado**, Brasília, DF, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/04/24/enriquecimento-ilicito-de-servidor-pode- virar-crime-1>>. Acesso em: 6 maio 2014.

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. **Tribuna Virtual IBCCrim**, São Paulo, n. 1, jan./fev. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Tribuna%20Virtual_Edi%C3%A7%C3%A3o_01_04_Badar%C3%B3.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Controle da corrupção e enriquecimento ilícito. **Clipping**: Seleção de notícias, Brasília, DF, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/9/12/controle-da-corrupcao-e-enriquecimento-ilicito>>. Acesso em: 6 maio 2014.

o efetivo respeito às garantias penais e processuais. Ademais, como afirma a mesma autora, a realização de um controle e fiscalização mais eficazes por parte do Estado, que poderiam se dar com base nos instrumentos atuais, nos parece ser medida mais adequada, pelo que deveria ser buscada antes de se recorrer a tão dura criminalização.

Ainda sobre a proposta, interessante apontar que, dentre outros países, Portugal, Estados Unidos e Canadá já se manifestaram contrariamente à tipificação¹⁴⁷, alegando a incompatibilidade com os princípios de seus respectivos ordenamentos, entendimento que também se mostra conforme à Constituição brasileira.

Interessante trazer a lume a experiência da Colômbia, que elencou o enriquecimento ilícito como delito autônomo na sua Constituição, cujo artigo 34 dispõe que “[...] *por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social*”¹⁴⁸, entendimento destacado na Sentença C-319/96¹⁴⁹, de autoria da Corte Constitucional.

Ademais, a prática foi arrolada entre aquelas que dão ensejo ao confisco sem condenação com a Lei 793/2002¹⁵⁰, de iniciativa do Ministério do Interior e Justiça, com apoio de órgãos de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, a qual estabeleceu como hipóteses a conduta daquele que auferir um incremento injustificado no seu patrimônio e não oferece justificação adequada, bem como a não demonstração da origem legal da propriedade questionada em juízo. Impende frisar que a mesma lei disciplina o próprio instituto do confisco sem condenação penal, cuja abrangência vai muito além daquela do delito de enriquecimento ilícito.

¹⁴⁷ UNITED NATIONS **Treaty Collection**. New York, 31 oct. 2003. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=en>. Acesso em: 5 mar. 2015.

¹⁴⁸ Tradução nossa: Por sentença judicial, se declarará extinto o domínio sobre os bens adquiridos mediante enriquecimento ilícito em prejuízo do Tesouro Público ou com grave deterioração da moral social. (COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. **Diário Oficial**, Bogotá, 6 jul. 1991. Disponível em: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015).

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia c-319/96**. Bogotá, 18 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-319-96.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

¹⁵⁰ COLOMBIA, op. cit.

Quando questionada acerca da constitucionalidade da medida, a Corte Constitucional, órgão mais elevado da justiça colombiana, posicionou-se pela constitucionalidade da medida, afirmando que quem adquire uma propriedade ilegal não pode reclamar a proteção do sistema legal.¹⁵¹

Enfim, apesar de bem vinda do ponto de vista da recuperação de ativos, a tipificação em comento revela-se inadequada quando considerado o atual estágio da legislação brasileira e os postulados da subsidiariedade, fragmentariedade e presunção de inocência. No que diz respeito ao tipo proposto no anteprojeto do novo Código Penal, o texto aparenta ser mais uma tentativa de apelo ao direito penal como panaceia de todos os males, diante da notória dificuldade para se aplicar a punição devida aos agentes corruptos. Também evidente, entretanto, que este não tem sido um papel para o qual o direito penal tem se mostrado capaz.

¹⁵¹ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington: Mayol Ediciones, 2009. p. 208.

CAPÍTULO 2 O CONFISCO E SUAS VÁRIAS MODALIDADES; PERDA DE BENS E CONFISCO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Confisco: disposições gerais

Por confiscação ou confisco entende-se a tomada de propriedade de uma dada pessoa ou organização, por parte do governo ou outra autoridade pública, sem que haja lugar ao pagamento de qualquer compensação, o que pode ocorrer por vários motivos, nem sempre estritamente jurídicos.¹

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, por sua vez, define a medida como a privação, com caráter definitivo, de bens por ordem de um Tribunal ou outra autoridade competente² (art. 2.g), de forma semelhante à que foi estabelecida na convenção de Palermo³ (art. 2.g). Ressalte-se que, muito embora tais documentos tenham natureza predominantemente penal, a medida não se restringe a este campo.

Diferentemente da pena privativa de liberdade, que é a principal forma de reação do Estado frente aos delitos, incidindo diretamente sobre a liberdade do acusado, o confisco constitui medida que recai sobre o patrimônio do delinquente (propriedade)⁴, e que só deve incidir quando houverem prejuízos ou ganhos econômicos mensuráveis.

Hipóteses de perda de bens são listadas na Constituição Federal, que determina, por exemplo, que as glebas onde forem cultivadas plantas psicotrópicas sem autorização serão expropriadas em favor da União sem qualquer direito a indenização. Da mesma forma, os bens de valor econômico apreendidos em decorrência do tráfico serão perdidos. Trata-se de previsão severa que se

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1998. Disponível em: <<http://www.gafisud.info/pdf/Convecaodasnacoesunidascontratrficoestupefacientes.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

² Ibid.

³ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁴ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 35.

harmoniza com a opção do constituinte por tratar de forma rígida o tráfico de substâncias entorpecentes. Ressalte-se que o delito de tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos no artigo 2º da Lei 8.072/90⁵.

Além desta previsão, restrita ao tráfico, a Constituição estabeleceu a perda de bens como uma das modalidades de pena no artigo 5º, XLVI, “b”⁶, que ainda carece de uma melhor regulamentação. Tal regra foi reproduzida, também, no artigo 43 do Código Penal⁷, que lista a perda de bens e valores entre as penas restritivas de direitos.

Doutrina e jurisprudência muitas vezes vacilam no momento de diferenciar os institutos do confisco e da perda de bens e valores, em razão das semelhanças existentes entre ambos. Alceu Corrêa Junior faz a seguinte distinção: a) pena de confisco ou pena de perda de bens como sendo a espécie de sanção penal; b) confisco especial ou comisso sendo o efeito da condenação criminal e, por fim, c) perdimento de bens (CF, art. 5º, XLV) para designar a sanção administrativa.⁸

Além de prever a perda de bens como modalidade de sanção, o Código Penal, em seu artigo 91, estabelece a perda, em favor da União, dos instrumentos e produtos do crime como efeito genérico extrapenal da condenação – cujo efeito principal é a aplicação da pena –, ressaltando-se os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé.

Trata-se de medida de caráter patrimonial que recai sobre os instrumentos, ou seja, objetos que de alguma forma foram úteis para praticar o delito, bem como sobre os produtos, que são os “frutos”, os ganhos obtidos com a prática criminosa.

⁵ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

⁶ Id. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁷ Id. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁸ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 36.

Mais especificamente no campo da lavagem de ativos, o artigo 7º, I, da Lei 9.613/98⁹ prevê a perda dos valores a ela relacionados direta ou indiretamente, o que vai além do disposto no CP e se justifica pelo fato de que a simples perda do produto do crime não é suficiente, pois nem sempre se ganha com a lavagem.

Dessa forma, no caso de mescla de bens, apenas a parte maculada será objeto da perda, haja vista que esta é a parte objeto da lavagem.

O direito à propriedade, outrora tido como absoluto, tem passado por diversas releituras, que visam harmonizá-lo com outros de igual relevância, o que ocorre, entre nós, sobretudo em razão do papel desempenhado pela sua função social, prevista no art. 5º, XXIII da Constituição, havendo até mesmo quem diga que só há garantia do direito de propriedade se houver cumprimento da função social¹⁰, a qual, por sua vez, legitima institutos como a já citada expropriação, a desapropriação, a requisição administrativa, entre outros, todos voltados para o atendimento do interesse público.

Ora, não há origem mais ilícita e injusta de um bem do que a criminosa. Disso decorre o fato de que aquele que obtém bens ou valores mediante a prática de delitos não faz jus à proteção constitucionalmente garantida à propriedade, estando sujeito às medidas adequadas de perda patrimonial, *o que se aplica* mais intensamente aos crimes econômicos, pois as altas quantias movimentadas causam um enorme desequilíbrio na economia.

Ademais, a recuperação dos bens ilicitamente auferidos possui papel político-criminal fundamental quando se busca evitar que o delito se torne proveitoso. Como se não bastasse, a não recuperação dos valores é extremamente negativa do ponto de vista do interesse social. Diante disso, torna-se evidente que alguns tipos de delitos voltados contra o patrimônio exigem estratégias também focadas no seu resultado patrimonial.

⁹ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271.

Não se pode dispensar, entretanto, o papel da proporcionalidade na análise dos casos concretos, visando-se evitar tanto o enriquecimento ilícito por parte do Estado, que ocorre quando há exageros na aplicação da medida, tais como a apreensão de um caminhão em virtude do transporte de pequena quantidade de droga por parte de indivíduo que não possui antecedentes criminais, como o locupletamento do criminoso por causa de uma tolerância desarrazoada.

Por fim, como já mencionado, no campo da criminalidade organizada e econômica, recuperar os valores e evitar o financiamento dos grupos criminosos fazem parte do cerne do que se considera a mais moderna estratégia de prevenção, de modo que sem interromper o fluxo de capitais, torna-se pouco proveitosa qualquer ação por parte dos órgãos encarregados da investigação e punição. Nesse sentido, a Comunicação 766 de 2008 da Comissão das Comunidades Europeias:

A fim de pôr termo às actividades da criminalidade organizada é essencial privar os criminosos do produto do crime. Os grupos da criminalidade organizada estão a construir redes internacionais em larga escala e a acumular lucros substanciais de várias actividades criminosas. Os capitais provenientes de actividades criminosas são branqueados e reinvestidos na economia legal.¹¹

Nota-se, assim, que as medidas de confisco, que antes eram aplicadas apenas como efeitos da condenação, começam a ser protagonistas à medida que cresce a atenção dispensada aos crimes de natureza econômica com as estratégias baseadas no *follow the money*.

Todavia, impossível ignorar a oposição que o confisco ainda enfrenta, por parte dos que ainda o encaram como negativo, arbitrário. Nesse sentido, as palavras de João Conde Correia:

Temos medo, desconfiamos que a história volta sempre a repetir-se e esquecemos que hoje as circunstâncias são muito diferentes. Não admira, por isso, que a jurisprudência nacional seja muito exigente na sua declaração. A sua resposta benevolente está muito condicionada por aquele temor ancestral, dificilmente superável. O

¹¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação Da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: produto da criminalidade organizada: “garantir que o crime não compensa” (COM 2008 – 766 final). **Diário Oficial de la Unión Europea**, Bruxelas, nov. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0766&from=ES>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

*mesmo acontece com a generalidade da doutrina nacional, assustada com os erros monstruosos desse passado longínquo e versada pela auctoritas da tradição iluminista. Também ela está muito condicionada. Vencer esta empatia negativa, sem complexos nem preconceitos, é assim imprescindível para compreender que afinal já não corremos os mesmos riscos de Montesquieu, Cesare Beccaria ou Jeremias Bentham e que o problema não está tanto nos instrumentos jurídicos que utilizamos, mas no uso que, em cada momento histórico, lhes damos.*¹²

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli defende a abolição da pena de confisco ao alertar para o fato de que sua impessoalidade permite que sejam atingidas várias pessoas além do condenado.¹³

Outro fator que influencia nesta seara é a própria cultura de muitos países, nos quais os limites do direito de propriedade ainda são pouco discutidos, de modo que qualquer intenção que possa restringir esse direito no seu viés mais individualista é vista com reservas.

Dessa forma, faz-se mister a compreensão de que o confisco num Estado Democrático de Direito é uma ferramenta com objetivos e métodos totalmente diferentes daquele utilizado num Estado onde não se garantem os direitos fundamentais ou controle mútuo entre os poderes. Logo, pode-se afirmar que o instrumento ora analisado não deve ser encarado como ferramenta arbitrária, mas sim como medida útil à prevenção e repressão de uma série de crimes e preservação da integridade da ordem econômica, e, dessa forma, ao bom funcionamento das instituições e do Estado.¹⁴

¹² CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 295.

¹⁴ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 83.

Nesse sentido, João Conde Correia, para quem são três os principais objetivos do confisco:

*[...] acentuar as aludidas intenções de prevenção (geral e especial) através da demonstração de que “o crime não compensa”; ii) o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novas infracções, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime; iii) e o de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de proventos ilícitos nas actividades empresariais.*¹⁵

Importante chamar a atenção para o fato de que nenhum destes objetivos citados se enquadra na concepção tradicional de direito penal, mais voltado à aplicação de sanções penais e medidas de segurança. Todavia, uma vez observados tais efeitos, seria considerável o benefício para a sociedade, bem como para o próprio sistema criminal.

Ora, se o sistema jurídico-penal permite a privação da liberdade do indivíduo, não há como vedar a aplicação de penas que, em tese, são bem menos incisivas, como é o caso da perda de parte do patrimônio. Outrossim, quanto à afirmação de Ferrajoli, acredita-se ser mais sensata a posição de Zaffaroni e Pierangeli, segundo os quais não há pena que não ultrapasse a pessoa do condenado em alguma medida.¹⁶

O desafio neste momento passa a ser, então, harmonizar esta tendência de expansão do direito penal com a delimitação da proteção aos bens jurídicos e a sua função de proteção do cidadão contra o próprio Estado.

¹⁵ CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012. p. 41.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 815.

2.2 Fundamentos

Uma vez que o confisco constitui uma séria intervenção sobre o direito de propriedade, é necessário que este tenha por base fundamentos aptos à sua legitimação no Estado Democrático de Direito.

Dentre os principais fundamentos, destacam-se o chamado perigo objetivo decorrente do bem, ou seja, no caso dos resultados de delitos como a lavagem de ativos, a considerável possibilidade de que estes sejam utilizados para favorecer o cometimento de outros crimes ou contravenções, e a própria ilicitude material do bem considerado em si mesmo, por ser fruto de outro delito, como se dá no caso do tráfico de drogas. Nota-se que há tanto um viés preventivo, direcionado a evitar a prática de novas infrações, como um repressivo, de não admissão da situação ilícita gerada.¹⁷

Ocorre que há delitos que exigem altas quantidades de dinheiro “sujo”, que é usado, por exemplo, para comprar armas ou subornar agentes públicos. Diante dessa realidade percebida, sobretudo, a partir da década de 1980 no contexto da luta norte-americana contra o tráfico de drogas, o confisco de bens aos poucos deixa de ser visto como mero efeito extrapenal para se tornar um dos principais instrumentos nesta tarefa, ligando-se de modo intrínseco à estratégia contra a lavagem de ativos, que por sua vez, exerce papel determinante em outros crimes, conforme já se descreveu.¹⁸

Também essencial é a compreensão do confisco como instrumento com potencial para contribuir com importantes princípios constitucionais referentes à aplicação da pena, dentre os quais a culpabilidade, a proporcionalidade e a individualização da pena.¹⁹

¹⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: BARBEITO ZAPICO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). **Criminalidad organizada, terrorismo y inmigración: retos contemporáneos de la política criminal**. Granada: Comares, 2008. p. 8. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/a/03.%20Panel%208/2.%20Blanco,%20I.-Comiso%20ampliado%20y.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

¹⁸ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

¹⁹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 126.

Considerando-se que a Constituição Federal estabelece que aos indivíduos que cometem delitos devem ser cominadas diferentes sanções, que podem ser privativas de liberdade, pecuniárias, restritivas de direito, entre outras, na medida de suas culpabilidades e de outras circunstâncias verificáveis no caso concreto, é adequado que o confisco seja aplicado tanto de forma isolada como cumulativamente sempre que isto se mostrar o mais acertado do ponto de vista dos fins da pena elencados.

Outrossim, em obediência à proporcionalidade, impõe-se que a pena aplicada seja proporcional à lesão causada ao bem jurídico.²⁰ Ora, nada mais proporcional do que a imposição sanções de ordem pecuniária a quem causou um grande prejuízo financeiro.

Já no que diz respeito à culpabilidade, aqui tomada em sua acepção de juízo de reprovação individualizador, capaz de vincular o agente à conduta criminosa, cuida-se de importante ferramenta para a indicação tanto de patamares mínimos e máximos para a sanção aplicável, como para revelar hipóteses em que a substituição da pena se mostra acertada.²¹

Além disso, a tomada dos bens pelo Estado pode ser considerada uma consequência lógica da prática de uma conduta tipificada como crime, pois se uma conduta é reprovável a ponto de sujeitar aquele que a pratica a uma pena privativa de liberdade, não faria sentido algum permitir que o proveito do delito continuasse sob a propriedade do criminoso. Nota-se, aqui, um papel reforçador de aspectos político-criminais de prevenção e repressão do crime.

Assumido tal entendimento, torna-se irrelevante o fato de os bens terem sido transmitidos a terceiros sendo a retomada dos bens possível também neste caso, ressalvados os direitos da vítima e do terceiro de boa-fé. Desse modo, não se leva em conta o princípio criminal da personalidade, aplicável às sanções penais em geral, do qual decorre a impossibilidade de a pena ir além da pessoa do condenado. Isso se mostra necessário, considerando-se que a regra é que o criminoso não mantenha o bem em seu nome, mas sim o transfira a pessoas de sua confiança, com o fim de dissimular a aquisição fraudulenta.

²⁰ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 128.

²¹ Ibid.

Mister enfrentar, então, a tarefa de buscar critérios básicos acerca do que pode e do que não pode ser considerado má-fé, visando-se encontrar um ponto de equilíbrio no qual a aplicação não seja inviável, nem sejam permitidos arbítrios por parte do Estado.

A ideia de boa-fé, aqui entendida como aquele “[...] estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito”²², encontra espaço destacado em nosso direito, sobretudo no civil, mais especificamente nos negócios jurídicos.

Primeiramente, deve-se averiguar, por lógica, se o terceiro tinha conhecimento da origem criminosa do bem adquirido, caso em que o confisco mostrar-se-ia, em tese, justificado, pois a aquisição nestes casos, ainda que onerosa, não é apta a constituir justo título, visto que precedida por uma conduta evidentemente injustificada.

Contudo, para além dos casos de ciência deliberada, crê-se ser cabível a retomada dos bens no caso de culpa grave, revelada, por exemplo, na hipótese da doação ou venda em circunstâncias suspeitas de um bem com alto valor de mercado por um valor irrisório. Nesse sentido, posicionou-se a Corte Constitucional Colombiana, na sentença C-734 de 1997:

[...] se quiere salvaguardar el derecho de los terceros de buena fe, esto es, el de quienes, aun tratándose de bienes de procedencia ilícita o afectada por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 34 de la Constitución, los adquirieron ignorando ese estigma, sin intención proterva o torcida, sin haber tomado parte en los actos proscritos por el orden jurídico, sin haber buscado encubrir al delincuente o al corrupto, sin entrar en concierto con él, sin pretender ganancia o provecho contrarios a la ley, y no habiendo incurrido en culpa grave, en los términos descritos por ella. Desde luego, no puede entenderse que imposible aplicación, en términos tales que el comprador de un bien se vea obligado a adelantar una investigación exhaustiva acerca de los antecedentes penales de su vendedor y, menos, de quienes a él le vendieron o le transfirieron el dominio. Esa es una responsabilidad de las autoridades públicas competentes. Si el dolo o la culpa grave han tenido lugar y son debidamente establecidos en cabeza del adquirente, cabe la extinción del dominio, toda vez que el tercero, en esas hipótesis, participa en el proceso ilícito “a sabiendas”, o en virtud de imperdonable descuido que

²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

*constituye culpa grave aunque se haya acudido a la figura jurídica del encargo o la fidúcia.*²³

Há que se levar em conta, também, a forma como se comporta o terceiro, pois a propriedade de bens sobre os quais não se age como dono, juntamente com outros fatores apontados acima, pode significar um forte indício de que o terceiro nada mais é do que alguém que colabora atuando como “laranja”.

Ainda considerando a decisão, partilha-se do entendimento de que o que se pode exigir do adquirente do bem é apenas um nível moderado de prudência, e não a realização de uma investigação minuciosa a respeito da origem do bem objeto de negociação ou dos antecedentes criminais do outro negociante, tarefas exigíveis apenas das autoridades competentes ou das pessoas obrigadas nos termos da Lei 12.683/2012. Ademais, há que se garantir amplamente o direito de o terceiro prejudicado defender-se no curso do procedimento, seja qual for o adotado.

De outro lado, nas hipóteses em que o confisco recai sobre bens que já foram utilizados como instrumentos para o cometimento de infrações penais, o perigo objetivo de tais bens já foi demonstrado, o que torna a medida aplicável. Entretanto, há sempre que se observar critérios de proporcionalidade, pois nem todo instrumento utilizado num crime é digno de confisco. Eis o porquê de o legislador ter optado pela confiscação somente de bens cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

²³ Tradução nossa: “Quer-se salvaguardar o direito dos terceiros de boa-fé, isso é, o de quem, embora tratando-se de bens de procedência ilícita ou afetada por qualquer das causas assinaladas no artigo 34 da Constituição, os adquiriram ignorando este estigma, sem intenção perversa ou torcida, sem haver tomado parte nos atos prescritos pela ordem jurídica, sem haver buscado encobrir ao delinquente ou ao corrupto, sem entrar em acordo com ele, sem pretender ganhos ou proveitos contrários à lei, e não havendo incorrido em falta grave, nos termos descritos por esta. Desde logo, não se pode entender que tal culpa grave se configure, em uma interpretação exagerada e de impossível aplicação, em termos tais que o comprador de um bem se veja obrigado a realizar uma investigação exaustiva acerca dos antecedentes penais do seu vendedor e, menos, da pessoa que para ele o vendeu ou transferiu o domínio. Essa é uma responsabilidade das autoridades públicas competentes. Se o dolo ou a culpa grave tiveram lugar e são devidamente estabelecidos na cabeça do adquirente, cabe a extinção de domínio, toda vez que o terceiro, nessas hipóteses, participa do processo ilícito *‘intencionalmente’*, ou em virtude de imperdoável descuido que constitui culpa grave ainda que se trate da figura jurídica do encargo ou fidúcia.” (BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 368).

Diante desses fatores, Eduardo Ramón Ribas vê no confisco uma função de prevenção especial objetiva, por entender que:

*En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos lo convierte en un ejercicio de prevención especial objetiva que, fundamentalmente por tener capacidad de alcanzar terceros no contiene aspectos retributivos ni permite la actuación del principio de culpabilidad, resultando de ello, por una parte, una evidente proximidad con las medidas de seguridad personales y, por otra, la necesidad de probar na peligrosidad objetiva de determinados bienes que, por constituir instrumentos, efectos o ganancias del delito, han sido abstractamente seleccionados como susceptibles de ser decomisados [...] supondrá olhar para o futuro y no, como sucede cuando de imponer una pena se trata, hacia el pasado.*²⁴

Necessário ressaltar, contudo, que o texto atual do artigo 91 do Código Penal²⁵ atual não permite que seja feito um juízo sobre a existência ou não de um perigo objetivo do bem. Isso porque o legislador optou por fazer um juízo prévio, pré-fixando os casos em que é dever do juiz impor a perda definitiva dos bens e valores.

Na sequência, e não menos importante, tem-se como fundamento do confisco a proteção da ordem econômica, o que se mostra legítimo diante da considerável importância a ela atribuída pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo Código de Processo Penal, que permite até mesmo a prisão preventiva para sua garantia (art. 312)²⁶.

²⁴ Tradução nossa: “Com efeito, a função do confisco (anular o perigo objetivo de determinados objetos) o converte em um exercício de prevenção especial objetiva que, fundamentalmente por ter a capacidade de alcançar a terceiros, não contém aspectos retributivos nem permite a atuação do princípio da culpabilidade, resultando disso, de uma parte, uma evidente proximidade com as medidas de segurança pessoais e, por outra, a necessidade de provar o perigo objetivo de determinados bens que, por constituírem instrumentos, efeitos ou ganhos do delito, foram abstratamente selecionados como suscetíveis de serem confiscados [...] trata-se de um olhar para o futuro, e não, como ocorre quando se impõe uma pena, de um olhar para o passado.” (RAMÓN RIBAS, Eduardo. La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 24, 2002/2003. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/handle/10347/4090>>. Acesso em: 28 mar. 2014).

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

²⁶ Id. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

André Ramos Tavares define a ordem econômica como “[...] a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente.”²⁷

Ora, a movimentação do dinheiro “sujo” provoca graves distúrbios na economia, ofendendo assim a livre iniciativa e o valor que foi conferido ao trabalho pela Constituição, pois é desleal a concorrência entre o empresário que trabalha na legalidade e aquele que obtém dinheiro do crime e tem como finalidade principal do seu empreendimento a lavagem dos valores.

Diante disso, cabe ao Estado praticar atos e promover políticas no sentido de zelar pela integridade do mercado e da economia, visando-se sempre a proteção do interesse coletivo e a realização da justiça social. Exemplo disso é a possibilidade de se utilizar a ação civil pública na proteção da ordem econômica (Lei 7.347/85, art. 1º, V)²⁸.

Como último e mais importante fundamento, tem-se a função social da propriedade, que tem sido apontada como uma das principais bases sobre as quais se assenta o confisco de modo geral, incluindo-se aí aquele que é aplicado sem condenação penal.

O direito de propriedade é um dos direitos mais tratados nos ordenamentos jurídicos, sendo previsto na grande maioria das legislações do mundo, a exemplo da Constituição Federal brasileira, que fez tal previsão no artigo 5º, *caput*. Além disso, tem lugar também em Tratados como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁹

Ocorre, entretanto, que, como os demais, o direito de propriedade não é irrestrito, sendo a função social da propriedade um dos seus principais condicionantes. Cuida-se de regra prevista no art. 5º, XXIII da Constituição, que

²⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. p. 81.

²⁸ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

²⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 341.

estabelece que “[...] a propriedade atenderá a sua função social.”³⁰ De forma complementar, o artigo 184 do mesmo documento trata da perda da propriedade imóvel rural nos casos de não cumprimento desta mesma função, de modo que fica evidente que o constituinte deu destacada relevância ao tema.

Nesse sentido, Gilmar Mendes aponta o papel limitador, conformador e, em alguns casos, restritivo, da função social da propriedade ao defender que ela “[...] impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma mudança do próprio conteúdo.”³¹

O constitucionalista afirma, ainda, que

[...] o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições, cabendo-lhe preservar, porém, o núcleo essencial do direito de propriedade, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente, pelo poder de disposição.³²

Como exemplo de regra que atinge de forma severa o direito de propriedade, pode-se citar o artigo 243 da Constituição Federal, no qual se estabelece a perda da propriedade rural ou urbana na qual forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou mesmo exploração de trabalho escravo, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções. Outrossim, o parágrafo único determina a confiscação de qualquer bem apreendido em decorrência destes mesmos atos ilícitos, por meio de medida bastante semelhante, em suas causas e efeitos, ao que se entende por extinção de domínio.

Desse modo, percebe-se que desde a promulgação, o texto constitucional autoriza a perda da propriedade em casos de prática de condutas

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³² Ibid.

ilícitas, com fundamento na função social e no interesse público, sendo que o alcance da norma foi ampliado no ano de 2014 com a Emenda 81³³.

E não é outro o entendimento adotado em Tratados Internacionais que tratam do confisco, da mesma forma que fez a Lei Modelo de Extinção de Domínio da CICAD³⁴, que adota como pressuposto, em seu preâmbulo, que o reconhecimento da propriedade se condiciona ao cumprimento da sua função social, da ordem pública e do bem estar geral, de modo que não é legítimo requerer a proteção estatal quando os bens forem frutos de atividade ilícita.

Assim, resta demonstrado que a tomada definitiva dos bens nos casos aqui expostos pode ser feita de forma harmônica com a Constituição, uma vez preenchidos os critérios legais e observado o devido processo, nos termos do artigo 5º, LIV³⁵, haja vista que, muito embora em alguns casos seja difícil definir o alcance da função social da propriedade, no caso da prática de crimes, é evidente o descumprimento.

Passe-se, então, à análise da legislação correlata.

2.3 Confisco no Código Penal

Conforme já se descreveu, o artigo 91, II, do Código Penal, localizado no Título II (das penas) cuida de uma das mais importantes modalidades do instituto. Trata-se do que parte da doutrina denomina confisco especial³⁶, pelo qual aquele que comete crime fica sujeito a perder tanto os bens instrumentos do crime (doloso ou culposos), desde que sua fabricação, alienação, uso, porte ou

³³ BRASIL. Emenda constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Ley modelo sobre extinción de dominio**. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

³⁵ Neste sentido tem se posicionado a Corte Constitucional Colombiana (TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015).

³⁶ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 39.

detenção constitua fato ilícito, como os produtos ou proveitos auferidos, respeitando-se sempre os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé.

A doutrina ensina que o diploma atribuiu ao confisco especial a natureza de efeito genérico extrapenal da condenação, da mesma forma que ocorre com a obrigação de indenizar o dano causado. Tal tratamento guarda diversas diferenças com relação à pena propriamente dita, tais como a possibilidade de passar da pessoa do condenado (até os limites da herança), além dos fins a que se destina, dentre os quais afastar o condenado da situação criminosa, reforçar a proteção aos bens jurídicos violados e prevenir a reiteração da conduta.³⁷

Além disso, mister frisar que, como efeito genérico, o confisco especial previsto no CP independe de qualquer ordem ou pronunciamento judicial neste sentido, sendo assim “automático” – diferentemente dos efeitos específicos, que requerem motivação na sentença. Outrossim, a ocorrência da prescrição ou outra causa de extinção da punibilidade, desde que ocorridas após a condenação definitiva, não são aptas a impedir tais efeitos.

Acrescente-se a reflexão de Sérgio Moro, no sentido de que não se pode atribuir o caráter de pena a uma medida que visa apenas a reposição do *status quo ante*. Ora, não é adequado falar em pena quando o acusado perde algo sobre o qual não tinha qualquer direito.³⁸

No entanto, o atual modelo ainda impõe a necessidade de uma condenação criminal transitada em julgado, o que, num cenário de uma justiça e uma administração pública lentas e burocráticas compromete severamente a tarefa de recuperar os valores. Ressalte-se que esta constatação torna-se ainda mais patente no campo dos “crimes dos poderosos”, no qual recursos sucessivos e usos de brechas legais não raramente prolongam um processo penal por mais de uma década.³⁹

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁸ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

³⁹ Nesse sentido, cremos que seria interessante repensar o modelo de processo penal pátrio. Enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos impõe apenas o duplo grau de jurisdição, o que é salutar, a Constituição Federal brasileira possibilita que processos sejam julgados por até quatro instâncias diferentes.

Por estas e outras razões, a Lei 12.694/12⁴⁰, que trata, entre outros temas, do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, trouxe importante inovação ao prever a possibilidade do confisco pelo valor equivalente, que há anos vinha sendo recomendado nos documentos internacionais que tratam da recuperação de ativos.⁴¹ A partir de então, uma vez comprovados o crime e a existência dos valores, o fato destes encontrarem-se no exterior, ou de terem sido movimentados não obsta a apreensão, que poderá incidir sobre o equivalente, nos termos do artigo 91, §1º, do Código Penal. Cuida-se de ferramenta apta a possibilitar que o prejuízo seja evitado nos casos em que a movimentação dos valores impossibilita sua retomada, a exemplo das transferências para contas em paraísos fiscais. Sua utilização, entretanto, deve ser restrita aos casos estritamente necessários.

Fundamental destacar, outrossim, as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal e na Lei 9.613/98, por meio das quais torna-se possível apreender os bens de forma provisória e, se necessário, aliená-los para evitar sua deterioração. Tratam-se de institutos interessantes, mas que devem ser utilizados com cuidado, pois a manutenção de tais medidas por tempo desarrazoado ofende regras e princípios como a presunção de inocência e o devido processo legal, ao mesmo tempo em que gera altas despesas de conservação e administração.

Tal constatação ganha especial relevância num país em que as medidas assecuratórias muitas vezes são aplicadas sem o devido critério. Como se não bastasse, a conservação inadequada pode acarretar graves prejuízos ao Estado, sobretudo nos casos de absolvição ou de extinção da punibilidade do acusado.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em 2 set. 2015.

⁴¹ Cite-se como exemplo o artigo 12, 1, a, da Convenção de Palermo, que estabelece que os Estados-parte devem adotar as medidas necessárias para permitir o confisco do produto dos crimes, ou do valor a ele equivalente (Id. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015).

Por outro lado, a movimentação de bens e valores tem se tornado cada vez mais rápida e eficaz, o que viabiliza novos e eficientes métodos de dissimulação e ocultação que, não raramente, tornam inviável a recuperação dos produtos do delito.

Diante do exposto, é possível notar que a regulação atualmente vigente encontra-se desalinhada com relação aos últimos documentos internacionais, que, conforme já se demonstrou, atribuem ao confisco outro nível de relevância.⁴² Some-se a isso o quadro de ineficiência da atividade de recuperação dos ativos ilicitamente obtidos e tornar-se-á patente a necessidade de revisão do modelo atualmente aplicado no Brasil, a fim de que se aumente a credibilidade das instituições e da justiça penal. Nesse contexto, aparecem como fundamentais mudanças que contribuam para diminuir tal lapso que existe entre o quadro de burocracia e ineficiência do Estado e a complexidade e inovação das organizações criminosas, marcadas pela distribuição de tarefas e a adaptabilidade.

2.4 O confisco nas Convenções Internacionais; as novas modalidades

Juntamente com as medidas de criminalização do enriquecimento ilícito e inversão da carga probatória da posse de bens e valores, o confisco tem ganhado papel cada vez mais relevante nos documentos internacionais sobre prevenção ou combate à lavagem de ativos, corrupção e crime organizado, nos quais se busca “garantir que os delitos ligados não se tornem proveitosos”. Nesse sentido, o posicionamento do Conselho Europeu, que chegou a concluir que:

Luchar eficazmente contra el delito significa golpear a los delincuentes donde más les duele. El decomiso y la recuperación de los productos del delito afectan a sus recursos y constituyen un capítulo esencial de la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra el delito financiero. Se debería seguir trabajando para

⁴² ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

*poner de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces para luchar contra la delincuencia organizada.*⁴³

Além disso, cresce a tendência de não se considerar o confisco como uma pena, mas sim como consequência distinta e, por vezes, independente da condenação penal.

Assim, cremos que urge a necessidade de as autoridades brasileiras analisarem as várias modalidades de confisco atualmente discutidas internacionalmente, dentre as quais as que serão listadas a seguir, com o que se pretende indicar os parâmetros que devem ser levados em conta diante da “nova” criminalidade econômica.

2.4.1 A transformação jurídica do confisco: de pena a consequência acessória

Conforme já se descreveu, num primeiro momento, o confisco é visto como efeito da condenação, do que resulta a constatação elementar de que sem condenação definitiva (causa), não há confisco (efeito), ao menos quando se tem por base o artigo 91, II, do Código Penal.

Trata-se de um modelo adequado ao momento em que foi implementado, ou mesmo da reforma do Código, quando as tarefas de individualização da pena e apuração das responsabilidades baseavam-se em outros paradigmas, em virtude dos próprios delitos praticados.

Da opção por este modelo também decorre a impossibilidade da retomada de bens sob a guarda de um terceiro cuja responsabilidade penal não se comprove.

⁴³ Tradução nossa: Lutar contra a criminalidade efetivamente significa bater nos criminosos onde dói. O confisco e recuperação de produtos crime que afetam os seus recursos e são um aspecto essencial da estratégia da União Europeia na luta contra a criminalidade financeira. Deve-se continuar a trabalhar para destacar a importância da perda como um dos meios mais eficazes de combate ao crime organizado. (JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Informe de la comisión, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI)**. Bruxelas, 17 dec. 2007. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/decisoes-e-decisoes/2005-212-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2005.212.JAI_Perda_de_produtos_instrumentos_e_bens_relacionad_os_com_o_crime.pdf?nocache=1217953092.69>. Acesso em: 17 nov. 2014).

Num segundo momento, entretanto, este modelo passa a ser suplantado pelo do confisco como consequência acessória de um delito, o que gera diversas consequências práticas importantes, tais como uma maior flexibilidade na sua imposição, que, neste caso, não é obrigatória, e a possibilidade de que sejam alcançados bens de titularidade de terceiros não responsabilizados penalmente.⁴⁴

Por consequência, contata-se que o confisco passa a ser direcionado ao bem em si mesmo considerado e não mais ao agente cuja responsabilidade penal foi comprovada. Com isso, viabiliza-se a retomada do bem que foi usado como instrumento, ou que foi auferido como resultado de um crime, independentemente da pessoa a quem pertence. Impõe-se, entretanto, a previsão de defesas adequadas ao terceiro de boa-fé e à própria vítima do delito, para que sejam evitadas graves injustiças.

Diante disso, e considerando-se o caráter predominantemente patrimonial do delito, surgem três posições a respeito da sua natureza jurídica, quais sejam, a de instituto de direito penal, de direito civil ou administrativo e, finalmente, a ideia da natureza híbrida.

Adota a primeira posição Eduardo Ramón Ribas, por entender que a necessidade de realização de uma conduta típica, ilícita e culpável, bem como o seu caráter predominantemente preventivo fazem do confisco um instrumento de direito criminal intrinsecamente ligado ao delito.⁴⁵

De outro lado, Gracia Martín sustenta que a natureza mais adequada ao confisco é a de direito civil ou administrativo, visto que a culpabilidade e a periculosidade criminal não são pressupostos de sua aplicação, como é peculiar à sanção penal.⁴⁶

Conciliando as duas posições, Teresa Aguado Correa ressalta que o fato de o confisco buscar não só prevenir a prática do delito, como também evitar o enriquecimento ilícito por parte do agente faz deste um instituto de natureza híbrida

⁴⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo. La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoría. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 24, p. 528. 2002/2003. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/handle/10347/4090>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

ou dualista.⁴⁷ Desse modo, o confisco dos efeitos e instrumentos revelaria caráter mais tipicamente administrativo, visto que orientado para prevenir a utilização em futuros delitos, ao passo que a retomada dos “ganhos” guardaria mais afinidade com a proibição do enriquecimento ilícito do direito civil.

2.4.2 Confisco ampliado

O denominado confisco ampliado foi previsto, entre outros documentos, na Convenção de Palermo e na de Mérida, que dispõe (artigo 11.8):

Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.⁴⁸

Trata-se, como se vê, de medida que possibilita a retomada de ativos que superam os ingressos diretos de um delito determinado, ao mesmo tempo em que se possibilita a promoção de uma alteração na distribuição tradicional do ônus da prova, e que se aplica nos seguintes casos:

- a) existência de bens provenientes de quaisquer infrações penais anteriores à que motivou a condenação;
- b) confisco ampliado de bens que procedem de atividades similares ao crime pelo qual o acusado foi condenado;
- c) confisco ampliado com base na desproporção entre o valor da soma das propriedades do acusado e os seus ganhos legais habituais.⁴⁹

⁴⁷ AGUADO, Teresa Correa. **El comiso**. Valencia: Editorial de Derecho Reunidas, 2000. p. 80-81.

⁴⁸ BRASIL Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

⁴⁹ ALONSO ÓLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 120.

Nas duas primeiras hipóteses, há uma presunção fundamentada no envolvimento com as atividades de organizações criminosas, pois parte-se da premissa de que é provável que as quantias estejam sob controle destes grupos, em razão de um envolvimento anterior do agente.

Já no último caso, a manifesta desproporção é o fundamento alegado para se inverter o ônus da prova, sendo sempre permitido ao acusado fazer prova em sentido contrário. Há previsões deste tipo em legislações de países como Austrália e Itália.⁵⁰

Na prática, a ferramenta se assemelha à proposta presente no anteprojeto do novo Código Penal do crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos⁵¹, por permitir que o Estado exija do acusado a demonstração da origem lícita de bens sob os quais recai fundada suspeita de origem criminosa.

Importante frisar que o confisco ampliado já tem sido aplicado em diversos países, sobretudo europeus, a exemplo de Alemanha (§73.d do Código Penal), França e Áustria, nos quais se aplica a medida quando provável que os bens provenham de atividades ilícitas praticadas no período anterior ao do crime pelo qual o acusado foi condenado (primeira e segunda opções listadas acima). Encontramos no §20b do Código Penal austríaco (*strafgesetzbuch*, StGB), uma interessante regra que possibilita o confisco de bens que estejam à disposição de uma organização terrorista ou criminosa, ou, ainda, que sejam destinados ao financiamento do terrorismo.⁵²

Outra variante do confisco ampliado é a aplicada nos Estados Unidos, Itália e Holanda, *onde* a presunção relativa tem lugar quando demonstrado

⁵⁰ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁵¹ Tal proposta de criminalização será analisada pormenorizadamente no item 2.5 do presente trabalho.

⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: BARBEITO ZAPICO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). **Criminalidad organizada, terrorismo y inmigración**: retos contemporáneos de la política criminal. Granada: Comares, 2008. p. 73. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/03.%20Panel%208/2.%20Blanco,%20I.-Comiso%20ampliado%20y.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

que há uma desproporção considerável entre os ganhos habituais e as propriedades da pessoa condenada.⁵³

Cuida-se de medida polêmica que, para alguns, caracteriza ofensa à presunção de inocência, pois o acusado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não é este, porém, o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que já proferiu decisão no sentido de que, por ser posterior e distinta da condenação penal, não se tratando de sanção criminal, a medida não ofende tal princípio⁵⁴.

Entretanto, a aplicação desta modalidade do instituto em níveis internacionais tem sido dificultada por motivo das diferentes opções legislativas dos países que a adotam. Por esse motivo, o artigo 4º da Proposta de Diretiva de 12/03/2012 pretende estabelecer um substrato mínimo comum a todos, qual seja:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, cuando un tribunal concluya, basándose en hechos concretos, que es considerablemente más probable que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas similares cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades.

2. No se podrá proceder al decomiso cuando las actividades delictivas similares mencionadas en el apartado 1

a) no puedan ser objeto de un proceso penal por haber prescrito con arreglo al Derecho penal nacional, o

⁵³ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. p. 102. Trabajo de Fin de Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁵⁴ JORGE, Guillermo et al. **Recuperación de activos de la corrupción en Argentina**: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2009. p. 45.

*b) ya hayan sido objeto de un proceso penal resuelto con una sentencia firme absolutoria de la persona o en otros casos en los que se aplique el principio ne bis in idem.*⁵⁵

Ora, o próprio dispositivo da Convenção de Mérida define que a previsão da medida no direito interno deve ocorrer de forma harmônica com toda a sistemática do país que a adota.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já proferiu algumas decisões em processos nos quais se questionava a legalidade da medida, sobretudo no que diz respeito à presunção de inocência. E tem sido prevalente o entendimento de que, no que diz respeito à prova da propriedade dos bens e valores, é possível realizar a inversão do ônus probatório diante de indícios razoáveis, o que se justifica pelo fato de que não se trata da imputação de um novo delito; não se trata de procedimento processual penal; e por fim, não há a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade – importante destacar aqui o entendimento do Tribunal no sentido de que quando não há risco de cerceamento da liberdade, muitas novas possibilidades são abertas.⁵⁶

Analisando o tema, Teresa Aguado Correa demonstra que a posição do TEDH é unânime no sentido de que o confisco ampliado não constitui uma punição de natureza penal, o que, em tese, autoriza que o juiz redistribua o ônus da prova diante de indícios robustos.⁵⁷

Da mesma forma já se posicionou o Tribunal Constitucional Alemão num caso de condenação por tráfico de drogas. O recorrente havia sido condenado

⁵⁵ Tradução nossa: “Os Estados-Membros adotarão as medidas necessárias que lhes permitam confiscar total ou parcialmente de bens pertencentes a uma pessoa condenada por uma infração penal, quando um tribunal conclua, com base em fatos concretos, que é consideravelmente mais provável que os produtos em causa provenham de atividades delitivas similares cometidas pelo condenado do que outras atividades.

2. Não se poderá promover o confisco quando as atividades criminosas similares mencionadas no parágrafo 1

a) Não puderem ser sujeitas a processo criminal por terem prescrito segundo a lei, ou

b) tenham sido objeto de processo penal resultante em um juízo de absolvição da pessoa ou em outros casos em que o princípio *ne bis in idem* se aplica.” (COMISIÓN EUROPEA. **Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea**. Bruxelas, 2012. Disponível em: <<http://www.bizkaia.net/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-com85.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2015).

⁵⁶ AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada: análisis de la propuesta de directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, La Rioja, n. 1, p. 28, jan., 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1025.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

⁵⁷ Ibid.

à prisão por delitos de tráfico, mas se insurgiu contra a ordem de confisco ampliado por entender que a medida acarretaria uma inversão ilícita do ônus probatório. Contudo, não foi este o entendimento dos magistrados, para os quais o acusado possuía uma quantidade de dinheiro incompatível com seus pequenos ingressos mensais, situação que permitiria a inversão do ônus probatório.⁵⁸

O mesmo Tribunal afirmou, ainda, que a modalidade de confisco em comento não afronta o princípio da culpabilidade, tendo em vista que não possui caráter sequer similar ao de pena, uma vez que não objetiva a reprovação do acusado pela prática de um crime, mas sim a apreensão dos bens para a estabilização da norma e respeito ao direito de propriedade.⁵⁹

2.4.3 Confisco pelo valor equivalente

Tendo como tema central o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes praticados por organizações criminosas, a Lei 12.694/12 trouxe importante inovação ao acrescentar o §1º ao artigo 91 do Código Penal, que agora estabelece que “Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.”⁶⁰

Trata-se de medida que também encontra recomendação nos tratados referentes à matéria, a exemplo da contida no artigo 31, 1.a da Convenção de Mérida, e que surge na tentativa de minimizar os prejuízos causados pelas estratégias dos criminosos que de alguma forma dilapidam os bens, ou os remetem ao exterior, tornando árdua a tarefa de recuperação.

⁵⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 93.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em 2 set. 2015.

Com isso, ganha-se muito em termos de recuperação de ativos, pois condutas como as aquisições de bens lícitos com dinheiro “sujo”, transferências a terceiros (“laranjas”), entre outras que são ligadas à lavagem, deixam de constituir óbices à recuperação.

A princípio, podem ser tidos como equivalentes, para fins de confisco, aqueles bens que

[...] sem serem resultado direto ou indireto da conduta ilegal, ou estarem vinculados a esta por ser meio ou instrumento utilizado, foram utilizados para misturar, encobrir ou tentar esconder aqueles, assim como aqueles adquiridos com o produto da venda dos ativos obtidos de forma espúria.⁶¹

Ocorre, todavia, que tanto a previsão da Convenção de Mérida como a do Código Penal brasileiro não fizeram tal delimitação, de modo que estaria também autorizada a apreensão de bens lícitamente obtidos.

Diante disso, surgem aqueles que se opõem à aplicação da medida, por entendê-la desarrazoada nas hipóteses em que são alcançados bens que não guardam qualquer relação com o produto do delito, tão somente pela equivalência dos valores – note-se que a atual redação do artigo 91, II, §1º do Código Penal permite este entendimento. Esta é a posição de Luis Hernando Valero Montenegro, para quem este seria um caso de confisco ilegal.⁶²

Também relevante é a parte final do dispositivo, referente aos bens localizados no exterior. Isso porque, como vem sendo demonstrado nos tratados e estudos sobre o tema, a cooperação internacional ainda está longe de alcançar o patamar ideal, pois muitas vezes questões burocráticas e crises diplomáticas impossibilitam o retorno dos bens e valores, problema que passa a ser mitigado.

⁶¹ “[...] por bienes y valores equivalentes ha de entenderse aquellos que, sin ser producto directo o indirecto de la conducta ilícita, o estar vinculados a la misma por haber sido utilizados como medio o instrumento, se han empleado para mezclar, encubrir o tratar de ocultar aquellos, así como los adquiridos con el producto de la venta de los haberes espuriamente obtenidos.” (VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. **Revista Via Juris**, Bogotá, n. 6, p. 79, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944006.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2014).

⁶² Ibid.

Assim, se inviável o reconhecimento da decisão de confisco, aplica-se, como segunda opção, a apreensão do valor equivalente.⁶³

Ademais, a inclusão pela mesma lei do §2º ao artigo 91 do Código Penal⁶⁴ torna possível, também, a apreensão cautelar dos bens e valores equivalentes, com vistas à possível perda em definitivo ao final do processo.

2.5 A Convenção de Mérida e a exigência da demonstração da origem lícita dos bens

Outra medida polêmica tratada na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção é aquela prevista no artigo 31.8, no qual se lê:

Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.⁶⁵

Trata-se, como se vê, da possibilidade de exigir de um criminoso a demonstração da origem lícita de certos bens ou valores de procedência suspeita, medida que, se aplicada, traria um ganho considerável por parte dos órgãos de investigação e acusação, haja vista a dificuldade sempre presente de se provar a origem ilegal de produtos criminosos.

Numa linha de pensamento adotada também pelo GAFI, alguns autores defendem que a medida promoveria uma inversão do ônus da prova na esfera penal, o que é vedado em nosso direito. Para estes, tanto a prova da culpa como a prova da origem ilícita dos bens cabem somente ao órgão acusador, nunca

⁶³ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. p. 95. Trabajo de Fin de Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014.

ao acusado. Acrescente-se, ainda, que tais provas devem ser robustas, não sendo os indícios suficientes para que se exijam do réu provas em sentido contrário. Neste sentido, Jorge Cesar Silveira Baldassare afirma, referindo-se à proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos prevista no texto do anteprojeto do novo Código Penal brasileiro, que:

As disposições constantes do tipo a ser previsto violam, frontalmente, princípios vários do direito penal constitucional, a iniciar pela própria presunção, ou estado como alguns denominam, de inocência, visto que o tão-só fato de possuir bens ou valores incompatíveis com a renda ou evolução do patrimônio, já faz o funcionário público [...] incidir em graves sanções [...].⁶⁶

Héctor Hernández Basualto, por sua vez, defende que o fato de o enriquecimento ilícito gerar a presunção de que houve um crime anterior não pode justificar a imposição, ao acusado, da necessidade de provar sua inocência, mas tão somente a instauração de uma investigação que deverá averiguar os fatos pormenorizadamente. Tal medida consistiria, num atalho⁶⁷, ou seja, uma alternativa mais fácil em detrimento da defesa do acusado.

Neste contexto, ganha ainda mais importância a discussão sobre a natureza jurídica do confisco dos bens e valores ilicitamente auferidos. Se considerada uma medida de caráter penal, a exigência de comprovação por parte do acusado torna-se inviável antes da sentença condenatória definitiva, ao passo que, se considerada como medida de direito civil, nada impede a sua regulamentação.

Ora, o direito brasileiro trata os efeitos da condenação previstos no artigo 91 do Código Penal como extrapenais, conforme se posiciona a doutrina. Contudo, ainda se impõe a necessidade de uma sentença condenatória transitada

⁶⁶ GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. Criminalização do enriquecimento ilícito projeto de lei (Câmara dos Deputados) nº 5.586/2005. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 157, p. 16, 2005.

⁶⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. In: BUENO ARÚS, Francisco; GUSMÁN DÁLBORA, Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coord.). **Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez**. 2006. Disponível em: <<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.rderecho.equipu.cl%2Findex.php%2Frderecho%2Farticle%2Fdownload%2F627%2F591&ei=Ad87UI75FeSH6QHKqoD4Aw&usg=AFQjCNEWB1OBCLEzU50EZRmlmI7CQzcCTA&cad=rja>>. Acesso em: 15 set. 2012.

em julgado para que seja possível falar na aplicação de tais efeitos, o que tem limitado a eficácia do dispositivo.

Assim, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, não há mais que se falar em presunção de inocência quanto ao crime imputado, de modo que se abre a possibilidade de atribuir ao acusado a prova da origem lícita de certos bens, sempre que o órgão acusador dispuser de indícios seguros de que estes provêm daquele delito.

Cremos, assim, ser esta a melhor interpretação possível dentro da sistemática brasileira atual: o confisco em razão da prática de crimes só é cabível diante de uma sentença condenatória transitada em julgado, regra que merece críticas, entretanto conforme se descreverá em itens posteriores.

2.6 Justificação político-criminal e aspectos de prevenção

Embora o tema da legitimação político-criminal seja abordado em outros trechos, nesta seção, serão destacados os pontos considerados mais relevantes no contexto deste trabalho.

Conforme já foi demonstrado, João Conde Correia elenca três principais objetivos do confisco:

[...] acentuar as aludidas intenções de prevenção (geral e especial) através da demonstração de que «o crime não compensa»; ii) o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novas infracções, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime; iii) e o de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de proventos ilícitos nas actividades empresariais.⁶⁸

No que diz respeito à primeira das intenções citadas, qual seja, a busca da prevenção (geral e especial) por meio da demonstração de que o crime não compensa, num primeiro momento, a prevenção geral liga-se aos papéis de

⁶⁸ CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012. p. 41.

intimidação (prevenção geral negativa) e reafirmação da “expectativa depositada na norma violada” (prevenção geral positiva). Neste contexto, o confisco, criminal ou civil, demonstra, em tese, aptidão para colaborar na formação da ideia de que a prática do crime, embora potencialmente rentável, poderá trazer mais resultados negativos do que positivos àquele que cometer delitos.

De outro lado, se for considerável a possibilidade de que os bens ou valores não serão perdidos, o “estímulo” gerado pela expectativa do ganho ilegal pode ser determinante para a prática da conduta.

Num segundo momento, a aplicação do confisco no caso concreto revela à sociedade que o tipo penal ofendido ainda tem vigência e é aplicável. Isso poderia contribuir, ainda, para desfazer a ideia tão difundida de que somente a parcela mais pobre da população é punida severamente no Brasil. Ademais, a possibilidade do confisco por meios não criminais representaria uma importante ferramenta adicional.⁶⁹

Já no que diz respeito à prevenção especial, quer dizer, aquela focada no indivíduo que pratica a conduta delituosa, sobretudo em sua modalidade negativa, o que se espera é que, em tese, com a retirada do produto do delito cometido, seja desestimulada a reincidência, em razão da consciência de que, num eventual futuro delito, os ganhos ilegais poderão ser novamente perdidos.

Outrossim, a própria atividade do grupo delituoso, nos casos em que este existe, sofre uma dura perda sempre que o dinheiro é retomado, tendo em vista que os custos envolvidos em atividades como subornos, comércio de armas, veículos, etc., são altos.⁷⁰

Deve-se acrescentar ao exposto o fato de que, embora no que diz respeito aos crimes econômicos o confisco tenha importância político-criminal elevada, seus custos sociais são menores do que aqueles característicos do encarceramento. Em tempos de enxugamento das despesas da máquina pública e de sérios questionamentos a respeito dos efeitos danosos da utilização desmedida da pena de prisão e da sua real necessidade para a “ressocialização” dos que

⁶⁹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM. 2006. p. 132.

⁷⁰ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

cometem crimes econômicos, acredita-se ser esta mais uma razão para que o legislador opte por alterações desta natureza, em detrimento do tão utilizado aumento das penas privativas de liberdade. Neste sentido, Alceu Corrêa Júnior que acrescenta que o confisco incentiva o cumprimento de regras sociais.⁷¹

⁷¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM. 2006. p. 34.

CAPÍTULO 3 O CONFISCO SEM PRÉVIA CONDENAÇÃO PENAL; ASPECTOS DE LEGISLAÇÃO COMPARADA; O ANTEPROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO DE AUTORIA DA ENCCLA

3.1 Generalidades

Concluída a análise geral do instituto do confisco, com destaque para as principais modalidades atualmente aplicadas em diferentes nações, cabe-nos passar, então, ao estudo daquela forma que ocupa posição central no presente trabalho, qual seja, o confisco independente da condenação penal, também chamado perda de domínio, confisco *in rem*, confisco objetivo, *non-conviction based (NCB)* entre outras denominações.

Como já foi descrito, o modelo de confisco criminal adotado pelo direito penal brasileiro é aquele que pressupõe a prática de um delito (art. 91, II, do Código Penal) e a condenação definitiva. Logo, trata-se de uma consequência ou, ainda, um efeito genérico da condenação. Disso decorre o fato de que a recuperação dos valores ilicitamente obtidos fica, nestes casos, condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E é aí que se encontra um dos maiores óbices à efetiva recuperação: como proceder no caso de o indivíduo que cometeu o delito morrer no curso da ação penal? E se ocorrer prescrição do delito ou fuga do acusado, hipóteses não raras em nosso direito?

Como exemplo prático, pode-se citar o ocorrido com Alberto Fujimori, presidente do Peru entre 1990 e 2000 que, acusado de corrupção, fugiu para o Japão, país que veda a extradição de seus nacionais (Fujimori é filho de cidadãos japoneses). É em casos como estes que a possibilidade da aplicação do confisco independentemente da condenação penal surge como opção, sempre buscando fazer com que o delito não resulte proveitoso. Trata-se, assim, de mais um prisma da estratégia contra a corrupção e o crime organizado, focado no resultado patrimonial.

Existem diferentes modelos de aplicação do confisco sem condenação penal, conforme se lê no já citado documento das melhores práticas do GAFI.¹ Dessa forma, temos que o confisco pode ser aplicado, primeiramente, no decorrer da própria ação penal instaurada para apurar a suposta prática do crime. Um outro modelo opta pelo processamento do confisco em um procedimento distinto daquele primeiro, com o que se busca maior celeridade e rigor técnico. Como se não bastasse, existe ainda a hipótese de aplicação pela via extrajudicial.²

Acrescente-se que este procedimento distinto da ação penal pode estar ligado a esta apenas de forma acessória, ou, ainda, ser dela independente, possuindo, neste caso, caráter *in rem*, e desligando-se das questões específicas do fato criminoso. Cabe ao legislador optar pela mais adequada ao sistema jurídico e às estratégias político-criminais pré-estabelecidas.³

Atualmente, um dos documentos mais relevantes, no que tange ao confisco sem condenação penal é aquele que resulta da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, realizada em 2003, na cidade de Mérida. Nele é possível encontrar as seguintes disposições:

Art. 43. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

Art. 53.a. Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno (...) adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

Art. 54.1.c: Cada Estado parte (...) considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso

¹ GAFI. **Mejores prácticas:** Decomiso (Recomendaciones 3 y 38). Paris, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2014/06/Mejores-pr%C3%A1cticas-Decomiso-GAFI.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

² ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción:** cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 106.

³ Ibid.

*de esos bienes sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.*⁴

Diante destes importantes dispositivos, alguns aspectos chamam a atenção. Primeiramente, destaca-se mais uma demonstração de que a política criminal internacional referente ao crime organizado foca-se cada vez mais no resultado patrimonial do delito, conforme já se expôs neste trabalho. Tal orientação também já é percebida na legislação brasileira mais recente, até mesmo como forma de cumprimento dos pactos assinados. São exemplos as novas disposições da Lei 12.683/12⁵, que alteraram o diploma que trata da lavagem de ativos para inserir novas medidas de recuperação de ativos ilicitamente obtidos, bem como a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos prevista no anteprojeto do novo Código Penal. Acrescente-se a isto a existência de várias diretivas de autoria da União Europeia objetivando disciplinar a temática da recuperação de ativos.

Além disso, temos aquele que é o diferencial do instituto aqui estudado, qual seja, a desnecessidade de uma condenação penal. É dizer, uma vez consagrada em lei tal forma de confisco, o acusado passa a poder perder seus bens ainda que não venha a ser condenado penalmente de forma definitiva. Contudo, como não poderia deixar de ser, o próprio texto faz ressalvas: este tipo de medida só se justifica nos casos em que a recuperação dos valores por meio do processo penal

⁴ Tradução nossa: “Art. 43. Os Estados-parte cooperarão em assuntos penais conforme o disposto nos artigos 44 a 50 da presente Convenção. Quando procedente e em consonância com seu ordenamento jurídico interno, os Estados-parte considerarão a possibilidade de prestarem assistência às investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas à corrupção.

Art. 53.a. Cada Estado-parte, em conformidade com seu direito interno [...] adotará as medidas que sejam necessárias a fim de facultar a outros Estados-parte para interpor ante seus Tribunais uma ação civil com o objetivo de determinar a titularidade ou propriedade de bens adquiridos mediante a comissão de um delito tipificado com fundamento na presente Convenção.

Art. 54.1.c: Cada Estado-parte [...] considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que exista uma condenação, nos casos em que o delinquente não possa ser processado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014).

⁵ BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

se mostra inviável por algum motivo, a exemplo do que ocorre com a morte ou fuga do acusado.

Em seguida, o dispositivo abre espaço para uma interpretação analógica ao prever a expressão “ou em outros casos apropriados”. Obviamente o que se quer aqui não é dar “carta branca” para a confiscação de bens independente do processo penal, mas sim possibilitar que outras hipóteses sejam analisadas e, se razoáveis, também consagradas em lei. Como exemplo, pode-se apontar a hipótese de prescrição do delito, que é elencada em outros documentos internacionais.

Por fim, é fundamental frisar que o próprio texto da Convenção de Mérida destaca o fato de que a incorporação de tal regra no direito interno só deve ocorrer se houver compatibilidade com as normas já consagradas no país signatário.⁶ Com isso, busca-se o equilíbrio entre as recomendações internacionais e a soberania.

No mesmo sentido, há também a recomendação 4 do GAFI de Fevereiro de 2012, que prevê:

*[...] los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.*⁷

⁶ BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

⁷ Tradução nossa: “[...] os países devem considerar a adoção de medidas que permitam que tais produtos ou instrumentos sejam confiscados sem que se requeira uma condenação penal (confisco sem condenação), ou que exijam que o imputado demonstre a origem lícita de bens sob suspeita que estão sujeitos a confisco, na medida em que este requisito seja compatível com os princípios de suas legislações nacionais.” (GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf. Acesso em: 24 ago. 2013).

Também a União Europeia já se debruça sobre a matéria, conforme é possível ver na Diretiva COM (2012) 85 final, na qual se faz referência direta ao confisco sem prévia condenação penal:

En consecuencia, se aplica al decomiso relacionado con una infracción penal, pero permite a los Estados miembros decidir si el decomiso debe ser ordenado por los tribunales penales y/o civiles/administrativos. Los procedimientos no basados en condena permiten proceder al embargo preventivo y el decomiso de activos sin una condena previa de su propietario por um tribunal penal.

Para satisfacer el requisito de proporcionalidad, la propuesta no introduce en todos los casos el decomiso no basado en condena, pero lo posibilita solo cuando no se pueda obtener una condena penal ya que el sospechoso ha fallecido, cuando padezca una enfermedad crónica o cuando su huida o su enfermedad impidan un procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable y entrañen un riesgo de prescripción legal.⁸

Aqui, constata-se que o confisco sem condenação penal admite aplicação tanto por meio de um procedimento de natureza civil como criminal, cabendo a escolha ao legislador, de acordo com as peculiaridades e os objetivos de cada país. É possível notar, também, a preocupação com a delimitação do campo de aplicação, que constitui requisito essencial para um menor impacto aos direitos fundamentais.

Esta possibilidade versátil de aplicação é defendida por Teresa Aguado Corrêa diante das afirmações do Comitê das Regiões, órgão consultivo da União Europeia, de que o confisco seria uma medida exclusivamente de direito civil.⁹

⁸ Tradução nossa: “Consequentemente, aplica-se o confisco relacionado com uma infração penal, mas permite-se que os Estados-membros decidam se o confisco deve ser processado por tribunais penais e/ou civis/administrativos. Os procedimentos não baseados na condenação permitem promover o embargo preventivo e o confisco de ativos sem uma condenação prévia do proprietário por um tribunal penal.

Para satisfazer o requisito da proporcionalidade, a proposta não introduz em todos os casos o confisco não baseado na condenação, mas o possibilita somente quando não se pode obter uma condenação penal em razão do falecimento do suspeito, quando padeça de uma enfermidade crônica, ou quando sua fuga ou enfermidade impeçam um processamento efetivo, dentro de um prazo razoável e importem um risco de prescrição legal.” (COMISIÓN EUROPEA. **Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea**. Bruxelas, 2012. Disponível em: <<http://www.bizkaia.net/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-com85.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2015).

⁹ AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada: análisis de la propuesta de directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, La Rioja, n. 1, p. 38, jan., 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1025.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

Ainda no âmbito da União Europeia, o artigo 2.2 da diretiva 2005/212/JAI, dispõe o seguinte: *“por lo que respecta a las infracciones fiscales, los Estados miembros podrán aplicar procedimientos distintos de los penales con el fin de privar al autor del producto de la infracción”*¹⁰, procedimentos dentro dos quais se pode incluir o confisco sem condenação penal.

3.2 Objetivos

Uma vez que a retomada dos bens por parte do Estado representa uma dura intervenção na esfera de liberdades do cidadão, faz-se necessário que, tanto os objetivos como os fundamentos do confisco sejam bem delimitados, pois com isso se torna possível efetuar um adequado controle sobre a legalidade e a legitimidade de sua aplicação.

No caso do confisco sem condenação penal, interessantes objetivos, em diversos campos do direito, são perseguidos. Entre nós, vemos, por exemplo, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92)¹¹ e na Lei de Combate à Corrupção (Lei 12.846/13)¹² vários elementos que demarcam uma abordagem cada vez mais abrangente.

Enquanto o direito penal, ao menos na visão mais tradicional, tem por finalidade a proteção de bens jurídicos essenciais por meio da cominação, aplicação e execução da sanção penal, que pode ser uma pena ou uma medida de

¹⁰ Tradução nossa: “No que diz respeito às infrações fiscais, os Estados-membros poderão aplicar procedimentos distintos dos penais com o fim de privar o autor do produto da infração.” (COMISIÓN EUROPEA. DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI DEL CONSEJO de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. **Diario Oficial de la Unión Europea**, Bruxelas, 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.boe.es/doue/2005/068/L00049-00051.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2015).

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹² Id. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

segurança, o confisco foca-se tão somente no resultado patrimonial do delito, ou seja, na “coisa”, de onde se extrai o seu caráter *in rem*.

Isso porque a razão de ser principal do confisco relaciona-se não ao acusado em si e à conduta praticada, mas sim à correção da perturbação causada em decorrência da posse ilegal de determinados bens.¹³ Ou seja, não é finalidade principal do instituto punir aquele que é condenado na medida de sua culpabilidade, mas sim alcançar diretamente os proveitos do delito, que já causou prejuízo à vítima ou à coletividade, e que provavelmente gerará mais consequências negativas com o desenvolvimento de outros atos criminosos subsequentes. É dizer, o que se quer, em suma, é reaver os bens ou valores em questão, atingindo, com isso, tanto o agente como o próprio funcionamento dos grupos criminosos. Acrescente-se, ainda, o fato de que a aplicação do confisco não inova na situação patrimonial do criminoso ou da sociedade, mas apenas reestabelece o *status quo ante*, no qual o indivíduo não tinha direito algum sobre os bens ou valores que auferira.¹⁴

Partindo deste pressuposto, de importância fundamental, torna-se possível a sua aplicação até mesmo nos casos em que, em razão de motivos como os já citados, não foi possível a condenação criminal do acusado.

Há ainda quem aponta uma finalidade preventiva geral, pois, em tese, quanto maior a chance de perda dos bens ilegais, maior o contraestímulo à prática de crimes que geram resultados patrimoniais.¹⁵

Mister destacar que a medida se diferencia por possibilitar tal contraestímulo sem que se tenha que recorrer às sanções tipicamente penais, a exemplo das prisões nos regimes fechado e semiaberto. Este aspecto ganha ainda maior relevância quando considerado sob a ótica da realidade brasileira, tendo em vista a constatação de que aqui a Justiça Pública prende mais do que deveria e prende mal, com consequências indesejáveis para o condenado e a sociedade como um todo, tais como os altos índices de reincidência e o controle dos presídios por facções criminosas.

¹³ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 340.

¹⁴ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

¹⁵ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 34.

Outrossim, a própria natureza da criminalidade organizada transnacional e da corrupção, sobre as quais recai o foco das medidas apontadas nos documentos internacionais, exige esta mudança de enfoque, haja vista que capturas de criminosos geralmente não são aptas a abalar as bases dos grandes grupos, excetuando-se raros casos de captura dos líderes.¹⁶ Neste sentido a conclusão da União Europeia:

O confisco e recuperação de bens de origem criminosa constituem uma forma muito eficaz de combater a criminalidade organizada, que é exercida essencialmente com fins de lucro. O confisco impede que os capitais de origem criminosa possam ser utilizados para financiar outras atividades criminosas, comprometer a confiança nos sistemas financeiros e corromper a sociedade legítima. O confisco produz um efeito dissuasivo mediante o reforço da noção de que o "crime não compensa". Este facto pode contribuir para eliminar modelos de conduta negativos das comunidades locais. Nalguns casos, as medidas de confisco do produto do crime permitem atingir os líderes de algumas organizações criminosas, que raramente são investigados e processados.¹⁷

Partindo para outro fundamento, concordamos com Isidoro Blanco Cordero, que argumenta no sentido de que o confisco funciona, inclusive, como ferramenta de proteção e limitação ao direito fundamental à propriedade, já que, ao mesmo tempo em que se protege o direito do proprietário legítimo, ocorre uma intervenção legítima no patrimônio do praticante do delito, ao qual o Estado não deve proteção¹⁸. No mesmo sentido, a posição da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que refuta a alegação de que a medida viola o direito de propriedade.¹⁹

Corroborando este entendimento, Renato Brasileiro sustenta que “[...] a origem ilícita contamina a legitimidade sobre o exercício do direito de

¹⁶ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

¹⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação Da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: produto da criminalidade organizada: “garantir que o crime não compensa” (COM 2008 – 766 final). **Diário Oficial de la Unión Europea** Bruselas, nov. 2008. p. 3. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0766&from=ES>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

¹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 341.

¹⁹ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 17-18.

propriedade, e a ação se volta contra quem tem a posse ou detenção, pouco importando a sua relação com a origem ilícita e respectiva conduta criminosa.²⁰

Ora, da mesma forma com que é possível perder terras onde são cultivadas plantas para a fabricação de psicotrópicos (a Constituição Federal prevê tal hipótese no artigo 243²¹), ou mesmo bens e valores obtidos por meio do tráfico, seria possível perder os bens obtidos de forma ilegal sem a necessidade de uma condenação penal transitada em julgado caso o instituto passasse a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, nota-se que o confisco sem condenação penal tem potencial para colaborar na promoção de direitos fundamentais não só por servir como instrumento para a efetivação da função social da propriedade, mas também por seu papel de tutela de valores como a integridade da ordem econômica, das instituições e a própria administração da justiça, que são essenciais para a consecução dos objetivos elencados na Constituição.

Ora, especialmente nos países considerados em desenvolvimento nos quais crimes como a corrupção e o tráfico de drogas, de armas e de pessoas têm impacto na rotina de parcela considerável da população, revela-se importante a implementação de ferramentas que visem suprir lacunas como a dificuldade de se condenar políticos de alto escalão no Brasil pela prática de delitos desta e de outras espécies.

Com isso, cria-se uma perspectiva de ganho para a coletividade, em decorrência dos possíveis resultados advindos da proteção das instituições e setores fundamentais, bem como das iniciativas que são viabilizadas quando se recuperam as enormes quantias movimentadas ilegalmente.

Além disso, é comum a utilização da sanção pecuniária com o objetivo de confirmação de valores básicos desejados numa sociedade. Cite-se como exemplo as multas de trânsito, que têm sido a principal forma de “educar” os

²⁰ BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 444.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

condutores de veículos.²² Assim, acredita-se ser também possível vislumbrar bons resultados por meio da aplicação do confisco criminal.

Como se não bastasse, pode-se afirmar, já numa perspectiva mais ampla, que ao se cortar as fontes que alimentam financeiramente os grupos criminosos por meio do confisco, o Estado age em proteção da própria cidadania, uma vez que atos terroristas como os do dia 11 de Setembro de 2001, possíveis somente graças ao capital mobilizado por meio de transferências ilegais, têm transformado a forma como os órgãos de investigação e mesmo julgamento tratam tanto a estrangeiros como a nacionais.²³

3.3 O caráter subsidiário

Se utilizado sem os devidos critérios delimitadores, o confisco sem condenação penal pode se tornar um perigoso meio de o Estado cometer arbitrariedades tanto em desfavor daquele que está sendo processado, quanto contra terceiros. Tal alerta foi dado por diversos estudiosos, diante da possibilidade de o Estado passar a aplicar indiscriminadamente o confisco em todos os casos de crimes econômicos.²⁴ Há que se ponderar, todavia, que tais abusos não são restritos às novas modalidades de confisco, sendo possíveis até mesmo na aplicação do artigo 91, II, do Código Penal.

Diante disso, uma das formas apontadas para evitar tal inconveniente é a rígida delimitação das hipóteses e da forma de aplicação e resguardo de terceiros, como têm recomendado os mais importantes documentos internacionais.

²² CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal**: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 132.

²³ Eis a razão para a radical mudança de postura dos Estados Unidos da América com relação ao tratamento dado à lavagem de ativos e ao terrorismo tanto no seu âmbito doméstico como no cenário internacional após o dia 11 de setembro de 2001 (MANSO PORTO, Teresa. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 31, p. 308, 2011. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7320/1/307-326.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

²⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 359.

Como premissa básica, é necessário o entendimento de que não se trata de um substituto da ação penal, cujo objetivo principal é bastante diverso, qual seja, a aplicação de uma sanção que pressupõe a condenação em processo criminal, no qual deve ser observada a presunção de inocência, além de vários outros princípios e regras.²⁵

Dessa forma, e tendo em vista os direitos fundamentais e o devido processo legal, impõe-se que o instituto só seja aplicado nos casos relacionados, de preferência, no próprio texto de lei. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte dispositivo da Convenção de Mérida:

1. Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna:

[...]

c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.²⁶

No mesmo sentido, em seu documento de melhores práticas, o GAFI recomenda, como padrão mínimo, que seja realizado o confisco sem condenação quando, embora encontrados os bens, o sujeito tenha morrido (antes ou durante o processo), esteja foragido ou fora do território nacional ou, ainda, seja desconhecido.²⁷

²⁵ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 101.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014 (grifo nosso).

²⁷ GAFI. **Mejores practicas**: Decomiso (Recomendaciones 3 y 38). Paris, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2014/06/Mejores-pr%C3%A1cticas-Decomiso-GAFI.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

Nos termos do artigo 107, I, do Código Penal brasileiro, o falecimento do agente constitui causa de extinção da punibilidade, do que resulta o fim do processo, ou a impossibilidade do seu início.

Diante disso, e tendo em vista que o falecimento não anula a situação de ilegalidade, o confisco aparece como importante (ou até mesmo única) alternativa, sobretudo num cenário de processos penais demorados como é o caso do Brasil. Previsão neste sentido pode ser encontrada no artigo 4º da lei sobre o tema na Colômbia, que prevê: *“Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2º.”*²⁸

A segunda hipótese apresentada pelo texto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção é a da fuga do agente, que, num cenário de comunicações ainda precárias, responsáveis por boa parte da lentidão do Poder Judiciário, também aparenta ser uma medida potencialmente muito benéfica à recuperação dos valores.²⁹

Ora, num país de dimensões gigantescas como é o caso do Brasil, há que se contar sempre com a possibilidade de o criminoso conseguir se ocultar por anos das autoridades públicas, tempo suficiente para que os bens sejam dissipados ou lavados.

Se, por um lado, o desconhecimento sobre a localização do réu, impedindo sua citação, pode ser considerado motivo idôneo para impedir o regular desenvolvimento do processo para a apuração de sua responsabilidade penal, por outro, vale a reflexão para os casos em que o que se pretende alcançar são apenas os bens obtidos de forma ilícita.

Ainda como alternativa, podem ser definidos momentos ou acontecimentos do processo a partir dos quais a medida será aplicável, como, por exemplo, a fuga do acusado após o ajuizamento da ação, ou mesmo a prolação de sentença penal condenatória.

²⁸ COLOMBIA. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

²⁹ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

Outrossim, visando conferir maior legitimidade ao procedimento, pode-se-ia permitir que o acusado fosse representado por alguém de sua confiança, ou mesmo pela Defensoria Pública.

Hipótese que também dá ensejo à aplicação do instituto é a que ocorre quando se desconhece o autor do delito.

Trata-se, evidentemente, de hipótese na qual o processo penal é inviável, de modo que a retomada dos bens condicionada à condenação criminal resta impossibilitada.

Por fim, é interessante apontar outra hipótese elencada, desta vez pelo GAFI, que é a ocorrência de prescrição do delito, a qual também constitui, entre nós, causa de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, IV do Código Penal³⁰.

Assim, acredita-se que o confisco sem condenação penal só é legítimo quando aplicado em hipóteses bem delimitadas, em razão de uma real necessidade que pode ser justificada, por exemplo, nas hipóteses citadas e em outras em que o processo penal for inviável ou infrutífero. Ou seja, tal instituto deve desempenhar papel complementar.³¹

3.4 A relação entre confisco e processo penal

O aspecto mais importante no que diz respeito à relação entre o processo penal e o confisco sem condenação penal é a autonomia conferida ao segundo.³² Ou seja, muito embora haja uma ligação íntima entre o procedimento pelo qual se busca a retomada dos bens e o processo para a imposição de uma sanção penal, como regra, não há dependência.

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

³¹ AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso. **Revista Electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 15, 2013. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³² SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

Desse modo, é possível que haja processo penal sem que se aplique a modalidade de confisco ora analisada (ainda que se trate de crime econômico), da mesma forma que existem casos em que é viável o procedimento de confisco, mas não aquele para a imposição de uma sanção penal.

Outra imposição fundamental diz respeito à subsidiariedade do confisco sem condenação penal, de modo que, sendo possível a recuperação dos ativos no bojo do regular processo penal, não há que se lançar mão do instituto. Tal regra é fundamental para, por exemplo, evitar tentativas de negociação entre acusados e Ministério Público, diante da preferência de um ou outro por apenas promover o confisco, considerando a lentidão e as mais amplas garantias do processo penal - o acusado poderia, por exemplo, propor o pronto ressarcimento ao erário para não sofrer o processo criminal, o que também seria, por um lado, vantajoso para o órgão acusador, que não teria que mover um longo e demorado processo, em uma situação que poderia caracterizar uma violação à regra da indisponibilidade da ação penal -. Outrossim, esta é uma das formas de se atender ao princípio da proporcionalidade, conforme já se discorreu. Em suma, pode-se afirmar que o confisco é complementar e residual, mas não é dependente do processo penal.³³

Ainda que o processo penal culmine em uma absolvição durante o desenrolar do procedimento que visa o confisco, a retomada será possível, como previu o artigo 6º da lei mexicana: “[...] *la absolución del afectado en el proceso penal o la no aplicación de la pena de decomiso de bienes, no prejuzga respecto de la legitimidad de ningún bien.*”³⁴ No entanto, esta relação entre as diferentes instâncias merece comentários mais aprofundados.

O artigo 386 do Código de Processo Penal³⁵ estabelece as várias hipóteses de absolvição do acusado num processo penal. Na maioria delas, o fato

³³ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 27.

³⁴ Tradução nossa: [...] a absolvição do acusado no processo penal ou a não aplicação da pena de confisco de bens não importa prejulgamento sobre a legitimidade de nenhum bem (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena* (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 355).

³⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

de o réu não ter sido condenado não faz coisa julgada no âmbito cível, ou seja, não impede que o mesmo fato seja discutido com vistas a uma responsabilização civil, o que se deve exatamente ao diferente lastro probatório que é exigido nas duas esferas.³⁶

Contudo, se o motivo para a absolvição for a prova da inexistência do fato ou a prova de o acusado não ter concorrido para a infração penal, a coisa julgada extrapolará a área criminal e impedirá que o fato volte a ser discutido no cível ou no administrativo.

Por conseguinte, uma possível previsão do confisco sem condenação penal no direito brasileiro teria que se adequar a tais regras, de modo que, se condicionada à existência de uma infração penal, a aplicação do instituto ficaria inviabilizada quando houvesse absolvição com base nestas duas últimas hipóteses, mas não no caso das demais.

Ademais, sendo a infração penal uma condição para a confiscação dos bens e valores, provada a inexistência do fato depois de o confisco já ter sido aplicado, estaria-se diante de hipótese de rescisão do julgado, nos termos dos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil³⁷.

O problema maior, no entanto, surge quando analisamos a possibilidade de uma tramitação simultânea entre o processo criminal e o procedimento de confisco, pois surgem questionamentos a respeito de uma possível existência de *bis in idem*, ou referentes ao momento de instauração do procedimento de confisco, entre outros.

No que diz respeito à ocorrência de *bis in idem*, ou seja, dupla punição penal em razão da prática de um único delito, há que se considerar que este não se configura, pois uma das principais características do confisco sem condenação é exatamente o seu caráter não-penal, visto que direcionado apenas à

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Tavares. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 742.

³⁷ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

recuperação dos ativos ilicitamente obtidos.³⁸ Esta é também a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos, que afirmou em uma de suas decisões:

*(a) Congress long has authorized the Government to bring parallel criminal actions and in rem civil forfeiture proceedings based upon the same underlying events [...] and this Court consistently has concluded that the Double Jeopardy Clause does not apply to such forfeitures because they do not impose punishment [...].*³⁹

Há que se ressaltar, contudo, a existência de uma hipótese de dupla imputação, que ocorreria no caso de a retomada dos mesmos bens (ou valores equivalentes) ser discutida tanto no processo criminal como no procedimento de confisco, caso em que haveria ilegalidade.

Já no que diz respeito ao momento para a instauração do procedimento de confisco, defende-se que, também aqui, vale a regra da independência, de modo que é possível a tramitação simultânea dos procedimentos para a imposição da sanção penal e do confisco.⁴⁰

Assim, uma vez atendidos os requisitos do confisco, acredita-se que este deverá ser aplicado a qualquer momento. A ressalva fica para a hipótese de o procedimento de confisco oferecer risco ao regular andamento do procedimento criminal, caso em que caberá à autoridade responsável pelo primeiro promover sua suspensão, posição também defendida por aquela entidade, bem como pela lei norte-americana, até mesmo porque, em muitos casos, medidas como o

³⁸ LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/JoaoFelipe_Lopes.html>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³⁹ Tradução nossa: O Congresso autorizou o Governo a conduzir, paralelamente, ações de natureza criminal e procedimentos de confisco *in rem*, baseados nos mesmos eventos [...] e esta Corte concluiu consistentemente que a cláusula *double jeopardy* não se aplica a tais confiscos, tendo em vista que não são punições penais [...] (JUSTIA. **United States v. Ursery 518 U.S. 267 (1996)**. Mountain View, 1996. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/267/case.html>>. Acesso em 12 jan. 2015).

⁴⁰ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar: Ciências locais e humanas**, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 28, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

congelamento e o sequestro dos bens e valores podem ser suficientes sem causar tantos transtornos.⁴¹

Assim, se o confisco oferecer risco a direitos como os de defesa e não autoincriminação, recomenda-se suspensão, sendo que até mesmo o réu pode fazer tal pedido ao juiz, tendo em vista a prevalência dos direitos que são tratados no âmbito criminal.⁴²

Ponto também polêmico é aquele que diz respeito à possibilidade de utilização da “prova emprestada”, ou seja, aquela obtida a partir de outra prova produzida em processo distinto.

Para que se discuta a simples possibilidade de aplicação deste tipo de prova, é fundamental que sejam cumpridos dois requisitos, que são a identidade de partes nos dois feitos e a observância do contraditório no momento da sua produção.⁴³

Acredita-se que, via de regra, a utilização da prova produzida no procedimento de confisco dentro do processo criminal é inviável, tendo em vista as garantias a ele inerentes, cuja observação não se impõe para se promover a retomada dos bens. Ora, se uma prova não foi produzida segundo os rígidos critérios do Código de Processo Penal ou do diploma aplicável ao caso, não se deveria permitir sua utilização.⁴⁴

Há que se apontar uma ressalva, qual seja, a prova que inocenta ou favorece o acusado, tendo em vista que, neste caso, prevalece o direito de defesa do réu. Desse modo, se há uma prova favorável ao réu produzida no procedimento de confisco e de inviável reprodução, cabe ao juiz considerá-la, pois o direito do réu a um julgamento justo sobrepõe-se às regras referentes à produção probatória.

⁴¹ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 28, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁴² SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

⁴³ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 458.

⁴⁴ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 115.

A questão se torna mais complexa quando se coloca em debate a possibilidade de “empréstimo” da prova produzida no bojo do processo penal, caso em que a lógica nos leva a defender a posição de aceitação, considerando-se que no processo penal foram observadas garantias bem mais amplas de defesa.⁴⁵

Entretanto, é recomendável que, sempre que possível, haja uma nova produção da prova, com o que o problema fica solucionado. De outro lado, se a prova for a única favorável ao acusado, impõe-se uma flexibilização de tais requisitos, em homenagem aos seus direitos de defesa e de liberdade.

Havendo acordo entre as partes no procedimento instaurado para o confisco, seria, ainda, possível a redução de pena com base no arrependimento posterior do artigo 16 do Código Penal⁴⁶ ou, ainda, como prêmio pela espontânea cooperação (art. 65, III, b) ou pela delação premiada.⁴⁷

3.5 Os modelos de aplicação

Embora o objetivo seja sempre a recuperação dos ativos ilicitamente obtidos, o próprio GAFI aponta em seu documento de melhores práticas sobre o confisco que a modalidade sem condenação penal pode ser precedida de um procedimento de natureza criminal, civil ou até mesmo administrativa (extrajudicial).⁴⁸

Desse modo, existem Estados nos quais o confisco, embora aplicado no bojo de um processo criminal, tem natureza distinta da penal, em razão do seu caráter patrimonial.

⁴⁵ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 115.

⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁴⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

⁴⁸ GAFI. **Mejores practicas**: Decomiso (Recomendaciones 3 y 38). Paris, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2014/06/Mejores-pr%C3%A1cticas-Decomiso-GAFI.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

Diferentemente, outros países optam pela utilização de um procedimento separado, do que decorre uma maior aptidão para a solução de controvérsias relativas ao patrimônio em si, tais como a existência de bens sob posse de terceiros e a quantificação do dano, haja vista que tais questões podem comprometer significativamente o desenrolar do procedimento criminal.⁴⁹ Assim, o acusado ocupa o polo passivo de dois procedimentos, nos quais se busca, respectivamente, a apuração de sua responsabilidade penal e a retomada dos ativos ilicitamente obtidos.

Deve-se esclarecer, ainda, que, uma vez feita a escolha por um procedimento não-penal, cabe à lei, também, definir se tal procedimento será ou não dependente do principal, caso em que sua deflagração só ocorre após a sentença final. Tal é o que ocorre nos Países Baixos, nos quais há um procedimento acessório (dependente do principal), que é deflagrado após a condenação do indivíduo em um processo penal.⁵⁰

De outro lado, é também perfeitamente possível que o confisco seja aplicado de forma totalmente autônoma e independente com relação ao processo para a apuração da responsabilidade criminal. Nesse caso, o processo é deflagrado contra o bem (*in rem*), de modo que não há análise de quaisquer questões relacionadas à responsabilidade criminal dos sujeitos. Esta foi a opção do legislador colombiano, revelada desde a Lei 793/2002 de extinção de domínio⁵¹.

⁴⁹ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 114.

⁵⁰ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 27.

⁵¹ COLÔMBIA. Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. **Diário Oficial**: Bogotá, diciembre, 27 2002. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0793_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2015.

Nos termos da Diretiva 2014/42 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho, é possível afirmar que esta é também a posição da União Europeia, pois consagrou-se o seguinte:

(15) Sob reserva de condenação definitiva por uma infração penal, deverá ser possível decidir a perda de instrumentos e de produtos do crime, ou de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos ou produtos, condenação essa que poderá também ser proferida em processos à revelia. Se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá todavia continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido. Porém, em tais casos de doença ou de fuga, a existência de processos à revelia nos Estados-Membros é suficiente para dar cumprimento a essa obrigação. Se o suspeito ou arguido estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda.⁵²

Tal disposição nada mais é do que um patamar mínimo, sendo facultado aos Estados o estabelecimento de regras até mesmo mais severas, mas não menos abrangentes do que estas. O prazo previsto pelo documento para a tomada de iniciativas nesse sentido esgota-se no mês de Outubro de 2015.

No mesmo sentido, o Artigo 4º do mesmo documento prevê, em seu item 2, que:

[...] os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo.⁵³

⁵² COMISIÓN EUROPEA. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 29 abr. 2014. p. 39-50. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-diretiva/downloadFile/attachedFile_f0/DIR_2014_42.pdf?nocache=1398788387.36>. Acesso em: 12 jan. 2015. p. 41. (grifo nosso).

⁵³ Ibid., p. 46. (grifo nosso).

Diante destas alternativas, concorda-se com Isidoro Blanco Cordero⁵⁴ e João Felipe Menezes Lopes⁵⁵, no sentido de que o modelo que se apresenta mais adequado aos fins buscados pelo confisco sem condenação e ao respeito aos direitos fundamentais é aquele que ocorre de forma autônoma e independente com relação ao processo penal, haja vista que em um procedimento desta natureza torna-se muito mais propícia a discussão a respeito da propriedade e movimentação dos bens e valores em questão.

Ademais, tal autonomia evita que obstáculos na apuração de questões relativas ao patrimônio do agente venham a obstar a discussão da sua responsabilidade no campo penal. Neste sentido a afirmação de Oscar Antonio Müller Creel.

*[...] debido a su naturaleza puramente civil e indemnizatoria, el proceso de extinción de dominio no tiene por qué relacionarse con el procedimiento penal. No existe un argumento válido por el cual deba estar supeditada la acción indemnizatoria de que se habla con la culpabilidad de los sujetos involucrados en las actividades delictivas que se encuentran relacionadas con los bienes, debido a que la acción de extinción de dominio tiene su origen en el daño causado a la sociedad por las conductas delictivas, con independencia de quien las haya realizado, siempre que los bienes respecto de los cuales se ejercita se encuentren relacionados con dichas conductas.*⁵⁶

Por fim, em meio às várias outras modalidades de confisco anteriormente apresentadas neste trabalho, o que destaca o tipo ora estudado é exatamente a sua independência com relação às questões de natureza criminal, e,

⁵⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 349.

⁵⁵ LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/JoaoFelipe_Lopes.html>. Acesso em: 27 ago. 2015.

⁵⁶ Tradução nossa: “[...] debido à sua natureza puramente civil e indenizatória, o processo de extinção de domínio não tem por que relacionar-se com o procedimento penal. Não existe um argumento válido pelo qual deva estar impedida a ação indenizatória que se relacione com a culpabilidade dos sujeitos envolvidos nas atividades delitivas que se encontram relacionadas com os bens, devido a que a ação de extinção de domínio tem sua origem no dano causado à sociedade pelas condutas delitivas, com independência de quem as tenha realizado, sempre que os bens a respeito dos quais se exercita se encontrem relacionados com tais condutas.” (MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa. **Criterio Jurídico**, Santiago de Cali, v. 9, ago. 2009. Disponível em: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/336/890>>. Acesso em: 31 ago. 2015).

consequentemente, uma maior dinâmica procedimental que possibilita, ao menos em tese, maior eficiência na tarefa de retomada dos ativos.

Ademais, a necessidade de um procedimento mais célere dificilmente se compatibilizaria com as garantias e peculiaridades relativas à prova e outros aspectos do âmbito criminal.

3.6 Distribuição dinâmica do ônus da prova e presunção de inocência

A distribuição dinâmica do ônus da prova consiste na possibilidade de o magistrado fixar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, quem deverá provar cada ponto controvertido do processo. O ponto crucial aqui é o entendimento de que cabe à parte que tem melhores condições técnicas, científicas ou econômicas fazer a prova da sua alegação, tendo em vista o objetivo maior da realização de uma prestação jurisdicional justa.

Cuida-se de medida autorizada em documentos como os resultantes das Convenções de Viena, de 1988 (art. 5.7)⁵⁷, Palermo, de 2000 (art. 31.8)⁵⁸, e Mérida, de 2003 (art. 3.4)⁵⁹, entre outros, no que diz respeito à prova da origem dos instrumentos ou produtos de delitos. Nesse sentido, Eduardo Alonso Olmos aponta que praticamente todos os recentes documentos internacionais e comunitários, dentre eles as recomendações do GAFI, recomendam a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.⁶⁰

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1998. Disponível em: <<http://www.gafisud.info/pdf/Convecaodasnacoesunidascontratrficoestupefacientes.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 4 mar. 2015.

⁵⁹ Id. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

⁶⁰ ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 178.

Acredita-se que o uso da expressão “distribuição dinâmica do ônus da prova” revela-se mais adequado do que o falar em inversão do ônus da prova, haja vista que cabe sempre ao acusador apresentar provas, ou mesmo indícios razoáveis, da prática do delito, ficando a discussão restrita ao que pode ser aqui considerado como suficiente para que se dê início ao procedimento de confisco. Trata-se do aspecto mais polêmico acerca do tema ora estudado.

Isso porque vale como regra no direito penal a imposição de que cabe ao órgão acusador fazer a prova contra o acusado, prova esta que deve afastar qualquer dúvida razoável, para que seja possível a condenação.

A questão que se impõe aqui é a seguinte: o confisco sem condenação penal é ou não uma medida de caráter criminal submetida a esta principiologia?

É importante ressaltar que, quando se trata de crimes econômicos, tais como os ligados às condutas de corrupção e lavagem de dinheiro, o uso de estratégias cada vez mais complexas, culminando muitas vezes com o depósito dos valores em centros financeiros *offshore* após dezenas de outras transações faz com que se torne praticamente impossível provar de maneira cabal qual a origem exata em certos casos. Neste contexto, ganham espaço as presunções relativas e a possibilidade de utilização da distribuição dinâmica.

Tal tipo de presunção já foi admitido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que refutou as alegações de violação à presunção de inocência em vários casos distintos de aplicação do confisco ampliado, nas quais foi ressaltado seu “caráter não-penal”⁶¹. Há também previsões em ordenamentos jurídicos como os do Reino Unido, Irlanda e Austrália.⁶²

Acerca da natureza do modelo de confisco aqui estudado, é importante trazer a lume os critérios utilizados pelo mesmo Tribunal, quais sejam, a

⁶¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: BARBEITO ZAPICO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). **Criminalidad organizada, terrorismo y inmigración: retos contemporáneos de la política criminal**. Granada: Comares, 2008. p. 69-106. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/03.%20Panel%208/2.%20Blanco,%20I.-Comiso%20ampliado%20y.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

⁶² Id. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 366.

qualificação dada pelo próprio direito interno, a natureza do procedimento e a gravidade da sanção aplicada.⁶³

Ora, numa visão tradicional, a opção pela modalidade criminal reduz consideravelmente o campo de utilização das presunções relativas⁶⁴, em razão da existência de princípios como o *in dubio pro reo*, cuja aplicação não se impõe em processos cíveis. Desse modo, acredita-se que o modelo de confisco atrelado à condenação transitada em julgado pouco contribui para fazer frente à criminalidade econômica do cenário atual, marcado pela facilidade e velocidade de movimentação de ativos ao redor do planeta. Destaque-se que presunções relativas vêm sendo incluídas no ordenamento de alguns países, como ocorre na Suíça, onde os ativos pertencentes a uma pessoa que participou ou apoiou uma organização criminosa presumem-se estar à disposição desta⁶⁵ sendo suscetíveis de confisco, salvo se houver prova em contrário.

Diante disso, várias são as instituições no cenário internacional que se manifestam favoravelmente à utilização dos padrões da lei civil no que diz respeito à carga probatória, dentre elas a Procuradoria Geral de Portugal e o Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos, ambas participantes do “Projeto Fênix” de recuperação de ativos⁶⁶. Assim, surgem quatro possíveis posições acerca dos graus de presunções necessários para viabilizar o início do procedimento para o confisco sem condenação: a) são suficientes meras suspeitas, tendo em vista a importância dos bens jurídicos (Austrália e Suíça); b) requer-se uma suspeita razoável de que há ilicitude (África do Sul e Canadá); c) suspeita provável, com probabilidade maior do que 50% (países do *common law*); d) grande probabilidade,

⁶³ BLANCO CORDERO, Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: BARBEITO ZAPICO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). **Criminalidad organizada, terrorismo y inmigración**: retos contemporáneos de la política criminal. Granada: Comares, 2008. p. 80. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvcongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/03.%20Panel%208/2.%20Blanco,%20I.-Comiso%20ampliado%20y.PDF>>.

⁶⁴ Em sentido contrário, Gustavo Badaró aponta que a regra rígida do ônus probatório não se impõe no que diz respeito à reparação do dano, que nada mais é do que uma questão de direito civil (direito disponível) tratada no âmbito penal por questões de técnica do legislador, de modo que a inversão seria possível neste caso (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 369).

⁶⁵ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 63.

⁶⁶ O Projeto Fênix foi uma iniciativa tomada em Portugal visando melhorar a eficiência na tarefa de recuperar ativos criminosamente obtidos, área que apresentava-se abaixo do aceitável no país, segundo órgãos como o GAFI.

padrão utilizado sobretudo pelos países que promovem o confisco pelas vias penais.⁶⁷

Os indícios do enriquecimento ilícito podem ser apontados pela ação de órgãos investigativos, denúncias anônimas, pessoas obrigadas a colaborar nos termos da Lei 9.613/98, entre outros. Como fontes, poder-se-ia utilizar, por exemplo, decisões condenatórias em processos criminais, escrituras públicas de bens imóveis, informes de instituições financeiras, declarações de imposto de renda, livros empresariais e demonstrativos de servidores públicos.

Uma vez revelado o incremento patrimonial extraordinário e presentes fatores como estes, caberia ao órgão acusador demonstrar à autoridade competente o provável nexo de causalidade entre o suposto delito e a situação anormal.⁶⁸

Quanto aos indícios do crime antecedente, seriam observadas regras semelhantes às que são aplicadas na lavagem de ativos, que necessariamente depende da existência de um crime anterior, mas não da condenação transitada em julgado por este delito (art. 2º, §1º)⁶⁹, com o diferencial de que, em certos casos, poderia ser invocada a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Cite-se aqui, como exemplo, o modelo aplicado na Irlanda, onde o Judiciário pode, uma vez convencido da procedência criminosa de uma propriedade, proferir uma decisão abrindo um período de sete anos para que qualquer pessoa convença a Corte do contrário. Esgotado este período de tempo sem que seja provada a legalidade, torna-se possível a transferência definitiva da propriedade para o Tesouro.⁷⁰

⁶⁷ BRUN, Jean-Pierre et al. **Asset recovery handbook**: a guide for practitioners. Washington, DC: Banco Mundial: UNODC, 2011. p. 11.

⁶⁸ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 17-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁷⁰ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 168.

É interessante colacionar aqui o seguinte trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, primeiro país latino-americano a ter uma lei de extinção de domínio:

[...] el Estado [...] se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. [...] Las negaciones indefinidas «del reo», en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales em relación con la ilícita procedencia de esos bienes.⁷¹

Em resumo, por ser, via de regra, mais simples ao acusado provar que os valores têm origem lícita, do que ao Estado fazer prova do contrário, a distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra uma alternativa possível em casos específicos, e desde que presentes indícios razoáveis de enriquecimento criminoso por parte deste. Tal possibilidade restaria prejudicada, entretanto, para aqueles que veem o confisco sem condenação como instituto de direito penal, haja vista todas as garantias já descritas.

Não obstante, sendo o sujeito passivo da investigação um servidor público, torna-se ainda mais recomendável a distribuição dinâmica, diante das regras e princípios aplicáveis àqueles que exercem cargos públicos.

⁷¹ Tradução nossa: “[...] o Estado [...] se encontra no dever intransferível de praticar as provas necessárias para se concluir que o domínio exercido sobre os bens não tem uma explicação razoável derivada do exercício de atividades lícitas. [...] As negociações indefinidas do réu, no sentido que não é ilícita a procedência dos bens, não o eximem do dever de apontar elementos de convicção que desvirtuem a inferência fundada em provas do Estado, enquanto a esta ilícita procedência. Daí que ao afetado com o exercício da ação de extinção de domínio seja aplicável a teoria da carga dinâmica da prova, de acordo com a qual quem está em melhores condições de provar um fato, é quem deve levar a prova ao processo. Assim, no caso da ação de extinção de domínio, já que o titular do domínio sobre os bens é quem está em melhores condições de provar sua origem lícita, é ele quem deve apontar as provas que creditem este fato e que desvirtuem o alcance das provas trazidas pelas autoridades estatais em relação à procedência ilícita dos bens.” (CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-590/09**. Bogotá, 2009. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2015).

Como fundamentos para tal possibilidade, podem ser citados os princípios da igualdade entre as partes, instrumentalidade do processo, veracidade, entre outros, os quais viabilizariam até mesmo a aplicação independente da previsão expressa em lei.⁷² Outrossim, a realidade atual do crime organizado e da lavagem de ativos tem escancarado a necessidade de flexibilização quando a discussão for apenas sobre direitos disponíveis.⁷³

No entanto, tal alteração na distribuição do ônus da prova só se legitima se o acusado dispuser de oportunidades e ferramentas aptas a refutar as afirmações do órgão acusatório, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, bem como aos mandamentos do devido processo legal, que encontra previsão no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.⁷⁴

Conclui-se, assim, que tem crescido a percepção de que, diante da forma de atuação do crime organizado e dos modernos métodos de lavagem de ativos ilícitos, faz-se necessário um novo modelo de apuração das responsabilidades, cuja compatibilidade com o direito penal ainda será muito discutida. Por esta razão, aumenta a utilização de ferramentas de outras áreas do direito na estratégia de prevenção.

⁷² ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción**: cooperación civil internacional. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015. p. 118.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 368.

⁷⁴ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 17-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

No que se refere à lavagem de ativos ilícitos, há quem afirme que a Lei 9.613/98 já prevê uma hipótese de inversão do ônus da prova, em razão do que dispõe o artigo 4º, §2º:

[...] § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.⁷⁵

A melhor interpretação do dispositivo em seu contexto, todavia, leva à conclusão de que se está a falar na apreensão dos bens de forma cautelar, e não na perda definitiva de bens, tendo em vista que este é o tema tratado no *caput* do artigo 4º em comento.⁷⁶ Tal entendimento pode ser sacramentado com a leitura da Exposição de Motivos da Lei de 1998, que é clara ao afirmar o seguinte:

67. Observe-se que essa inversão do ônus da prova circunscreve-se, à apreensão ou ao seqüestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7º, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o seqüestro, a prova da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, estariam inviabilizadas as providências, em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova.⁷⁷

Bottini e Badaró negam que o dispositivo tenha trazido qualquer novidade ao direito brasileiro. Muito pelo contrário, seria uma outra aplicação de algo já estabelecido no Código de Processo Penal, cujo artigo 126 determina que para se

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁷⁶ SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

⁷⁷ COAF. **Exposição de motivos da Lei 9.613 de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/at_download/file>. Acesso em: 3 fev. 2014.

decretar o sequestro de bens, bastam indícios veementes da proveniência ilícita, ao passo que para retomá-los, faz-se necessário prova da licitude.⁷⁸

3.7 Delitos que podem dar origem ao procedimento de confisco sem condenação; ativos que podem ser confiscados

Considerando-se a séria restrição que o confisco representa, e tendo em vista a necessidade de respeito ao devido processo legal, é essencial que a lei estabeleça de forma clara o âmbito de alcance do instituto, diante do que surgem duas posições principais, as quais nos remetem ao que já foi exposto acerca da lavagem de ativos.

A primeira possibilidade é a lei estabelecer o confisco sem condenação penal como aplicável somente no caso de cometimento de crimes de maior gravidade, a exemplo do tráfico de drogas ou de pessoas. Entre nós, um possível patamar de definição dos crimes mais graves seria o daqueles cuja pena aplicável é superior a 4 anos, nos termos do Código Penal.

A opção por este modelo traria como inconveniente a impossibilidade de se realizar o confisco de contravenções como o “jogo do bicho”, que é comumente praticado para a lavagem de ativos. De outro lado, evitar-se-ia que autores de pequenos delitos fossem alvos de um procedimento idealizado para crimes de maior monta.

Na mesma linha, ou seja, feita a opção por um rol fechado de crimes, seria possível ao legislador determinar a possibilidade de aplicação do confisco sem condenação penal nos mesmos casos previstos nos documentos internacionais, ou mesmo nas 40 Recomendações do GAFI⁷⁹, dentre os quais estão o terrorismo, a corrupção e o tráfico de pessoas, armas e drogas.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 300.

⁷⁹ GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

Tal orientação mostra-se bastante adequada sob o aspecto da busca de cooperação internacional, haja vista que a harmonia das legislações é essencial à aplicabilidade do instituto. Ademais, trata-se de uma lista abrangente, mas não generalista.

Num outro modelo, seria possível confiscar bens e valores obtidos por meio da prática de qualquer delito tipificado, opção esta que se mostra potencialmente mais “eficaz” do ponto de vista da recuperação dos bens e valores, muito embora seja também a que mais ofereça risco de banalização do instituto.

Neste sentido, a Lei Modelo Sobre Extinção de Domínio da CICAD fala em “atividades ilícitas”, de modo abrangente, sem estabelecer um rol fechado de delitos.⁸⁰ Da mesma forma, o Banco Mundial sugere que não se estabeleça um rol fechado, mas que, caso o Estado opte por este modelo, tenha como patamar mínimo a lista prevista nas Convenções Internacionais ou nas 40 Recomendações do GAFI.⁸¹

Tal opção pode se revelar mais alinhada com a opção político-criminal do legislador brasileiro, tendo em vista que desde 2012 foi eliminado o rol de infrações antecedentes da lavagem de ativos ilícitos.

Todavia, considerando-se o caráter subsidiário do confisco em relação ao processo penal, e levando-se também em conta o tipo específico de criminalidade que motivou seu surgimento, acredita-se ser mais correto estabelecer a possibilidade do confisco sem condenação apenas diante do caso da prática de delitos graves pré-estabelecidos, tais como a lavagem de ativos e o tráfico de pessoas e armas, evitando-se a sua banalização.

Além disso, uma vez adotado o entendimento de que o bem jurídico tutelado é a ordem econômico-financeira, abre-se a possibilidade de utilização do princípio da insignificância como critério delimitador da aplicação.

Cuida-se de princípio que guarda relação com os postulados da fragmentariedade e intervenção mínima, tendo o condão de afastar a própria

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Ley modelo sobre extinción de dominio**. Bogotá, 2011. p. 5. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

⁸¹ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 39.

tipicidade penal nos casos em que a lesão não afeta de modo relevante o bem jurídico tutelado.⁸²

A dificuldade se apresenta, entretanto, na tarefa de estabelecer quais valores devem ser considerados insignificantes neste campo, de modo que os Tribunais e parte da doutrina têm adotado como padrão o valor previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02⁸³, que determina o arquivamento de Execuções Fiscais de valor abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando que valores irrelevantes na esfera administrativa não têm relevância no caso de crimes tributários, sob pena de violação da subsidiariedade.⁸⁴

Ocorre que a publicação da Portaria 75/2012⁸⁵, que determinou o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), tem gerado debates sobre uma possível ampliação do valor em comento, não havendo ainda uma orientação pacífica na jurisprudência.⁸⁶

Por conseguinte, mostra-se possível a adoção destes valores como critério delimitador, ou ao menos como referenciais para o estabelecimento das hipóteses de aplicação do confisco sem condenação penal, a fim de que as autoridades só lancem mão do instituto quando houver proveito para o interesse público e a proteção do bem jurídico.

Já no que diz respeito aos tipos ativos que podem ser confiscados, deve-se permitir a retomada dos mais variados tipos de bens, mas levando-se em conta gastos como armazenamento e manutenção, análise esta que ganha maior relevância em um contexto de uma máquina estatal cara, como é o caso do Brasil. Além disso, há que se ponderar se a apreensão do ativo terá algum efeito dissuasivo sobre o agente.

⁸² BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 290.

⁸³ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁸⁴ BRASILEIRO, op. cit., p. 291.

⁸⁵ BRASIL. Portaria nº. 75, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 6 set. 2015.

⁸⁶ BRASILEIRO, op. cit., p. 291.

Desse modo, devem estar sujeitos os produtos e instrumentos do crime, produtos derivados de delitos estrangeiros, ativos equivalentes, bens e valores que se pretenda utilizar para a prática de condutas ilegais, entre outros.⁸⁷

Indispensável, por conseguinte, dedicar atenção à terminologia empregada, pois ao se estabelecer que somente se alcançarão propriedades ou dinheiro, por exemplo, podem ficar excluídas outras formas de riqueza importantes.

3.8 Acerca da possibilidade de aplicação do confisco sem condenação aos crimes praticados anteriormente à entrada em vigor da lei

Como regra, o direito penal brasileiro, na esteira do que ocorre com a maior parte dos países, veda a retroação de leis que criam delitos ou aumentam penas.⁸⁸ Desse modo, novos tipos penais, bem como penas mais severas só podem ser aplicados a crimes cometidos após a entrada em vigor da lei nova, em obediência aos princípios constitucionais da legalidade e anterioridade, importantes filtros garantidores dos direitos fundamentais.

Ocorre, todavia, que a não-retroatividade não constitui uma regra aplicável ao direito como um todo, mas fundamentalmente ao âmbito penal. Desse modo, e tendo em vista que a posição aqui defendida de que o confisco não representa sanção criminal, mas tão somente medida de natureza civil voltada exclusivamente ao aspecto patrimonial do delito, a proibição referente ao direito penal não se impõe no que diz respeito ao instituto. Tal posição já foi defendida, por exemplo, em decisões de tribunais da Tailândia e dos Estados Unidos. Também o TEDH já se manifestou nesse sentido, no caso “Dassa Foundation v. Liechtenstein”,

⁸⁷ Cite-se como exemplo o caso dos Estados Unidos da América, onde a Agência de Combate às Drogas apreendeu 4 milhões de dólares em propriedades pessoais de um médico, incluindo-se mais de mil cartões de beisebol (GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 39).

⁸⁸ Nesse sentido, o artigo 1º do Código Penal (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015).

no qual se alegava uma violação ao artigo 7º do Convênio Europeu de Direitos Humanos.⁸⁹

Diante destas constatações, e buscando-se maior segurança jurídica, entretanto, mostra-se recomendável a previsão da possibilidade de aplicação retroativa no próprio texto legal para os casos em que a conduta já era prevista como crime no momento da sua prática. Com isso, evitar-se-iam questionamentos como o que foi feito perante o Tribunal Supremo de Apelações da África do Sul, que se posicionou pela inaplicabilidade da medida aos crimes anteriores à promulgação da lei, uma vez que não havia disposição expressa, do que decorreria a necessidade da observância da regra geral da irretroatividade das leis penais. Interessante acrescentar que após o ocorrido o Parlamento sul-africano alterou a lei para prever expressamente a retroatividade.⁹⁰

Ademais, é fundamental ter em conta que os bens e valores obtidos por meios criminosos não gozam da proteção conferida ao direito de propriedade, e que a sua posse ou detenção constitui uma situação ilícita que se prolonga no tempo, baseando-se o confisco sem condenação numa declaração de que inexistente direito sobre tais ativos.⁹¹

Dessarte, impedir a aplicação retroativa seria possibilitar que aquele que praticou um crime continue na propriedade (ilegal) dos bens e valores. Assim, nada obsta a sua retomada pelo ente estatal ainda que o delito tenha sido praticado antes da entrada em vigor da lei.

⁸⁹ GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 47.

⁹⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 362.

⁹¹ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 22, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

3.9 Aspectos de legislação comparada

Como já se demonstrou, é adequado que o estudo do confisco sem condenação penal se faça sob uma perspectiva abrangente, levando em conta a forma como o tema tem sido abordado em outras nações e nos Tratados Internacionais. Observe-se que já existem legislações sobre confisco sem condenação penal na Albânia, Austrália, Canadá, Colômbia, Eslovênia, Estados Unidos, entre vários outros Estados.⁹²

Tendo isto em mente, o presente item será dedicado à apresentação de alguns aspectos das principais legislações referentes à temática do confisco sem condenação penal ou a ele relacionados no cenário da América Latina, com o que se pretende proporcionar alguns parâmetros para a abordagem no contexto do direito brasileiro, considerando também a forma como o nosso ordenamento trata a matéria.

No Chile, o tema é tratado de forma peculiar, uma vez que, embora o Código de Processo Penal não cuide especificamente do confisco, seu artigo 470 possibilita que os bens sejam vendidos em hasta pública se não forem reclamados após um determinado prazo do fim da ação na qual foram apreendidos. A destinação final dada aos bens e valores ao fim do procedimento é o Erário.⁹³

Diferentemente, a República Dominicana já conta com disposição expressa em sua Constituição, haja vista que o artigo 51 estabelece o seguinte:

Artículo 51.- Derecho de propiedad. El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes.

[...]

6) La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los

⁹² GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009. p. 20.

⁹³ GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. **Extinción de dominio**: estudio de derecho comparado a nivel internacional y Estatal (segunda parte). México (Ciudad): Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012. p. 4. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

*juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico.*⁹⁴

3.9.1 Colômbia

O caso colombiano é um dos mais importantes, tendo em vista o fato de que já foram várias as leis promulgadas com foco no instituto da extinção da ação civil de extinção de domínio, tema primeiramente tratado na Constituição de 1991, com regulamentação pela Lei 333/1996⁹⁵, posteriormente modificada pela Lei 793/2002⁹⁶. Tal regramento serviu, inclusive, como modelo para normas de outros países.

Mais tarde, a Lei 1453/2011 promoveria uma nova modificação ao alterar o diploma de 2002 e, finalmente, em Julho de 2014, entraria em vigor o Código de Extinção de Domínio (CED) (Lei 1708/2014), seis meses após sua promulgação. Cuida-se de um conjunto abrangente de normas, que aborda desde os conceitos básicos até as minúcias da aplicação do instituto, levando em conta o regramento anterior, bem como importantes pronunciamentos jurisprudenciais que vinham sendo amplamente considerados.

Suas principais novidades vieram no campo do procedimento e, por isso, sua aplicação se impõe somente aos processos que foram iniciados após sua entrada em vigor. Para os demais, foram previstas disposições de transição que determinam que as leis anteriores sejam aplicadas aos processos em tramitação.

⁹⁴ Tradução nossa: “Artigo 51.- Derecho de propiedad. O Estado reconoce e garante o direito de propriedade. A propriedade tem uma função social que implica obrigações. Toda pessoa tem direito ao gozo, desfrute e disposição de seus bens.
[...]

6) A lei establecerá o regime de administração e disposição de bens apreendidos e abandonados nos processos penais e nos casos de extinção de domínio previstos no ordenamento jurídico.” (GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. **Extinción de dominio**: estudio de derecho comparado a nivel internacional y Estatal (segunda parte). México (Ciudad): Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012. p. 4. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015).

⁹⁵ COLOMBIA. Ley 333 de 1996. Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita. **Diário Oficial**, Bogotá, dic. 19 1996. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0333_1996.html>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁹⁶ Id. Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. **Diário Oficial**: Bogotá, dic., 27 2002. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0793_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2015.

Na análise de todos estes diplomas deve-se levar em conta sempre o contexto colombiano de luta contra o narcotráfico e o enriquecimento ilícito. Outrossim, a função social da propriedade é a principal base de justificação da medida.⁹⁷

Assim, o conceito de extinção de domínio previsto no artigo 15 da lei é o seguinte:

*Artículo 15. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.*⁹⁸

Guardadas as peculiaridades, cuida-se de ferramenta que se alinha ao que tem sido abordado no presente trabalho como confisco sem condenação penal. Ademais, nota-se uma consonância com o que foi descrito na Lei Modelo⁹⁹ de Extinção de Domínio da ONU elaborada para a América Latina.

Atualmente, são as seguintes as onze hipóteses de extinção de domínio previstas no artigo 16 do CED: a) produtos diretos ou indiretos de uma atividade ilícita; b) objetos materiais da atividade ilícita; c) os provenientes da transformação ou conversão parcial ou total, física ou jurídica do produto, instrumentos ou objeto material de atividades ilícitas; d) os que forem parte de um incremento patrimonial injustificado, quando haja elementos que indiquem serem

⁹⁷ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁹⁸ Tradução nossa: “Artigo 15. Conceito: A extinção de domínio é um resultado patrimonial de atividades ilícitas ou que seriamente deterioram a moral social, consistente na declaração de titularidade em favor do Estado dos bens abrangidos pela presente lei, por sentença, sem contraprestação ou compensação de qualquer natureza para o afetado.” (COLOMBIA. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015).

⁹⁹ A Lei Modelo de Extinção de Domínio é uma iniciativa da Organização dos Estados Americanos e foi elaborada por um grupo de especialistas no tema. A iniciativa contou com o apoio financeiro de países como os Estados Unidos, Canadá e Reino Unido (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Ley modelo sobre extinción de dominio**. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015).

provenientes de atividade ilícita; e) bens utilizados como meios ou instrumentos para a execução de atividades ilícitas; f) os que, de acordo com as circunstâncias em que foram encontrados, ou suas características particulares, permitam presumir que sejam destinados à prática de atividades ilícitas; g) os que forem ingressos, frutos, ganhos ou benefícios derivados dos bens anteriores; h) os de procedência lícita, utilizados para ocultar bens de procedência ilícita; i) bens de procedência lícita, mesclados material ou juridicamente a bens de procedência ilícita; j) bens de valores equivalentes aos anteriores, quando inviável a retomada daqueles; l) bens de origem lícita cujo valor corresponda ou seja equivalente aos produtos de atividade ilícita, não sendo possível localizar, identificar ou afetar estes.¹⁰⁰

Na sequência, o parágrafo único estabelece que os bens elencados poderão ser alcançados até mesmo depois de transferidos por sucessão *causa mortis*. Isto porque, por ser uma ação *in rem*, como regra geral não importa quem detém o bem no momento, ou quais transferências foram efetuadas.

No entanto, como não poderia deixar de ser, a lei confere especial proteção ao terceiro de boa-fé (que é presumida), sem que se inviabilize a retomada dos bens, pois o artigo 16.10¹⁰¹ permite o confisco de bens de valor equivalente de propriedade daquele que delinuiu.

Mister apresentar, aqui, a definição dada à expressão “atividade ilícita”, dada a sua repetição nas hipóteses supramencionadas. O conceito alcança todas as atividades tipificadas como delitivas, assim como toda aquela que o legislador considerar suscetível de aplicação da lei por ofender a moral social (artigo 1.2)¹⁰².

Desse modo, cuida-se de campo bastante amplo de aplicação, haja vista que também podem ser alcançados bens e valores resultantes de transformações e mesclas, assim como bens lícitos, quando inviável a recuperação direta do que foi ilicitamente apropriado.

¹⁰⁰ COLOMBIA. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

Sob o amparo da Lei 793/2002, eram três os grupos de crimes que poderiam dar ensejo a uma ação de extinção de domínio: a) o crime de enriquecimento ilícito (ou incremento patrimonial injustificado, já abordado neste trabalho); b) delitos em geral praticados contra o Tesouro Público, tais como peculato e utilização indevida de informação privilegiada; e c) delitos em prejuízo da moral social (sequestro, proxenetismo, tráfico de imigrantes, entre outros).¹⁰³

Resta evidente, entretanto, que os dois últimos eram na verdade gêneros que comportam uma multiplicidade de delitos diferentes, sendo o campo de aplicação do instituto bastante amplo.

Também fundamental destacar que o diploma legal colombiano consagrou o modelo civil de aplicação do confisco sem condenação penal (extinção de domínio), muito embora a aplicação fique a cargo de um juiz com competência criminal. Ademais, a lei garante precedência legal sobre qualquer direito real, principal ou acessório, nos termos do artigo 17¹⁰⁴.

A norma que atribuiu ao juiz criminal o processamento da ação sofreu críticas por parte daqueles que consideram temeroso permitir que o mesmo encarregado do processo criminal julgue anteriormente a questão civil. No entanto, a Corte Constitucional se posicionou pela constitucionalidade da lei, em razão da estreita conexão entre o delito e a extinção de domínio.¹⁰⁵

Trata-se, assim, de ação de natureza constitucional e caráter real, por meio da qual se busca uma sentença declaratória de inexistência de direito sobre o bem por parte do indivíduo, com efeitos retroativos ao momento da desvirtuada aquisição.¹⁰⁶

¹⁰³ COLÔMBIA. Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Diário Oficial: Bogotá, diciembre, 27 2002. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0793_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹⁰⁴ Id. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹⁰⁵ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 29, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹⁰⁶ Ibid., p. 22.

Ainda acerca da natureza jurídica do instituto na legislação colombiana, Jenner Alonso Tobar Torres afirma:

Como se observa, dada su especial naturaleza, la acción de extinción de dominio se somete a fines y características muy particulares, y por ende, no puede asimilarse de lleno a una acción penal o civil, pese a que tenga elementos de contacto con una y otra. Por el objeto sobre el cual recae (el bien y el derecho de dominio) se aproxima al campo civil, por sus causas y su finalidad (perseguir los bienes obtenidos por enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social) tiene puntos de encuentro con lo penal.¹⁰⁷

João Felipe Menezes Lopes aponta que a desvinculação ocorrida entre confisco e condenação penal se deveu, em parte, à percepção de que estava se disseminando uma “cultura” de as organizações criminosas matarem os criminosos que estavam sendo processados para, com isso, evitar o prosseguimento do processo penal e, conseqüentemente, inviabilizar o confisco.¹⁰⁸ Tais acontecimentos apontam, mais uma vez, para a necessidade de uma maior valorização das modernas estratégias de abordagem do fenômeno do crime organizado, dentre elas as técnicas de recuperação de ativos.

¹⁰⁷ Tradução nossa: “Como se observa, dada sua especial natureza, a ação de extinção de domínio se submete a fins e características muito particulares e, assim, não pode assimilar-se plenamente a uma ação penal ou civil, ainda que tenha elementos de contato com uma e outra. Pelo objeto sobre o qual recai (o bem ou direito de domínio), se aproxima do campo civil, mas por suas causas e sua finalidade (perseguir os bens obtidos por enriquecimento ilícito, prejuízo ao tesouro público ou grave ofensa à moral social), tem pontos de encontro com o penal.” (Ibid., p. 23).

¹⁰⁸ LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, p. 5, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/JoaoFelipe_Lopes.html>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Acerca desta independência, entretanto surgem críticas como a de Jenner Tobar Torres, para quem é impossível separar totalmente os dois procedimentos, pois diante da afirmação no procedimento civil de que houve delito, surgem consequências na apuração da responsabilidade penal. Por esta razão, o autor defende que, da forma como está estabelecida, a ação de extinção de domínio só deveria ser aplicável após uma condenação criminal transitada em julgado, com o fim de aprimorar a retomada dos bens e valores.¹⁰⁹

No que tange à delimitação do rol de quais bens podem ser alcançados, não há, de forma geral, restrição. Pelo contrário, o artigo 17 define que qualquer bem pode ser alvo de questionamento na ação em análise.

Não menos interessante é a regra do artigo 120 do CED, que prevê um incentivo à colaboração dos cidadãos, de modo que aquele que denunciar de maneira eficaz ou colaborar de forma decisiva para a retomada de bens e valores recebe retribuição de até 5% do valor que o Estado obtiver ao final do procedimento.

De forma semelhante ao o que fez o legislador brasileiro por meio da já citada Lei 12.694/12, e buscando um alinhamento com a normativa internacional, o legislador colombiano também previu a possibilidade do confisco do valor equivalente no artigo 3º da Lei 793/2002, com o que se amplia o campo das possibilidades de aplicação da medida.

Quanto à destinação dos bens retomados, impende frisar a existência do Fundo para a reabilitação, inversão social e luta contra o crime organizado, cujos bens e produtos das vendas são destinados a investimentos sociais, luta contra a criminalidade organizada, reabilitação de policiais militares feridos em combate, infraestrutura carcerária e de responsabilização penal de adolescentes, fortalecimento da administração da justiça e luta contra o narcotráfico. Cuida-se de disposição relevante, por garantir que o fruto das apreensões de alguma forma se reverta em favor da própria estratégia.

Acerca do tema, a Corte Constitucional Colombiana já se manifestou, na Sentença C-740/2013, no sentido de que aquele que adquire um

¹⁰⁹ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 31, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

bem, agindo de forma prudente, e ignorando a sua origem ilícita, não pode ser afetado pela extinção de domínio.¹¹⁰

Já no que tange aos aspectos procedimentais, destaca-se a divisão do procedimento em duas etapas principais, ficando a primeira, de caráter mais investigativo, a cargo da Procuradoria Geral da Nação e a segunda sob responsabilidade do Poder Judiciário.

Observe-se, por derradeiro, que o artigo 21 do Código de Extinção de Domínio estabelece ser tal tipo de ação imprescritível.

3.9.2 Peru

Outra nação que possui regulação específica sobre a extinção de domínio é o Peru, onde o tema foi primeiramente disciplinado pelo Decreto 992/2007¹¹¹, alterado pela Lei 29.212, de abril de 2008¹¹².

Posteriormente, o Decreto Legislativo 1104/2012 viria a modificar novamente o regramento legal com base em argumentos semelhantes aos que têm sido levantados no Brasil, tais como:

[...] asegurar que la pérdida de dominio sea aplicable con eficacia a los delitos en los que ya opera y que se amplíen sus alcances a otros tipos penales referidos a la minería ilegal y al medio ambiente, así como los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro,

¹¹⁰ TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar**: Ciências locais e humanas, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 31, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹¹¹ AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. **Notas sobre la pérdida de dominio em el derecho peruano**. Lima, 5 fev. 2008. Disponível em: <http://portal.mpfm.gob.pe/ncpp/files/26c144_articulo%20dr.%20avalos%202.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹¹² PERU. Lei n. 29.212, 17 de abril de 2008. Ley que modifica el decreto legislativo n° 992, decreto legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio. **Diario Oficial el Peruano**, Lima, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/ley_29212.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

*extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales.*¹¹³

A perda de domínio seria uma consequência jurídica pela qual se declara a titularidade dos objetos, instrumentos, efeitos e ganhos do delito em favor do Estado por meio de sentença judicial, em casos de crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, sequestro, extorsão, tráfico de pessoas, lavagem de ativos, entre outros.

Semelhantemente ao que ocorre na Colômbia, trata-se de um procedimento de natureza jurisdicional, distinto e independente do principal, com caráter real e conteúdo patrimonial, e que pode alcançar os bens independente de quem os detenha, incluindo-se os sucessores.

A lei confere proteção, todavia, ao terceiro de boa-fé que adquire o bem a título oneroso, sendo-lhe garantida a possibilidade de intervenção no processo visando a desafetação dos bens e valores.

Acerca das hipóteses de aplicação, é interessante colacionar aqui o texto do artigo 2º da Lei 29.212:

Artículo 2º.- Causales

Se inicia la investigación para la declaración de pérdida de dominio, cuando los bienes o recursos hubieran sido afectados en un proceso penal:

a) En el que los agentes estén processados por los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o lavado de activos derivado de la comisión de los delitos anteriormente señalados; o tratándose de estos delitos se haya archivado el proceso penal por cualquier causa y se trate de bienes intrínsecamente delictivos o cuando no se haya desvirtuado la obtención ilícita de aquellos.

¹¹³ Tradução nossa: “[...] assegurar que a perda de domínio seja aplicável com eficácia aos delitos nos quais já opera e que se ampliem seus alcances a outros tipos penais referidos à mineração ilegal e ao meio ambiente, assim como aos delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, sequestro, extorsão, tráfico de pessoas, lavagem de ativos, delitos fiscais, fraude tributária, concussão, peculato, suborno, tráfico de influências, enriquecimento ilícito e outros delitos e ações que gerem efeitos ou ganhos ilegais.” (GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. **Extinción de dominio**: estudio de derecho comparado a nivel internacional y Estatal (segunda parte). México: Dirección de servicios de investigación y análisis. México (Ciudad): Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012. p. 14. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015).

b) Los bienes o recursos afectados en un proceso penal que provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita; o de la enajenación de otros de origen ilícito; o hayan sido destinados a actividades ilícitas, vinculadas a uno de los delitos precisados en el inciso a).

*c) Los derechos y/o títulos afectados en un proceso penal que recaigan sobre bienes de procedencia lícita, que hayan sido utilizados o destinados dolosamente por sus titulares para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia, vinculados a uno de los delitos precisados en el inciso a).*¹¹⁴

O ato de iniciar a investigação cabe à Procuradoria, de ofício ou a requerimento, por meio de Resolução devidamente motivada, na qual devem ser identificados os bens e detalhados os elementos de convicção diretos ou indiciários (art. 11)¹¹⁵.

No caso peruano, a custódia, asseguração e conservação dos bens fica a cargo da Comissão Nacional de Bens Apreendidos (CONABI). Os valores auferidos com as vendas em hasta pública de bens oriundos de crimes praticados contra o Estado são direcionados ao enfrentamento da mineração ilegal, corrupção e crime organizado.

No que diz respeito à competência, o artigo 8º prescreve que cabe ao juiz de competência penal ou mista do local onde estão localizados os bens o processamento da ação.

¹¹⁴ Tradução nossa: “Artigo 2. – Causas

Se inicia a investigação para a declaração de perda de domínio quando os bens ou recursos houverem sido afetados em um processo penal:

a) Em que os agentes estejam sendo processados pelos delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, sequestro, extorsão, tráfico de pessoas ou lavagem de ativos derivados do cometimento dos delitos anteriormente assinalados; ou, tratando-se destes, se tenha arquivado o processo penal por qualquer causa e se trate de bens intrinsecamente delitivos, ou quando não se haja desvirtuado a obtenção ilícita daqueles.

b) Os bens ou recursos afetados em um processo penal que provenham direta ou indiretamente de uma atividade ilícita; ou da alienação de outros de origem ilícita. Ou hajam sido destinados a atividades ilícitas, vinculadas a um dos delitos prescritos no inciso “a”.

c) Os direitos e/ou títulos afetados em um processo penal que recaiam sobre bens de procedência lícita, que hajam sido utilizados ou destinados dolosamente por seus titulares para ocultar ou lavar bens de procedência ilícita, vinculados a um dos crimes descritos no inciso ‘a.’” (PERU. Lei n. 29.212, 17 de abril de 2008. Ley que modifica el decreto legislativo n° 992, decreto legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio. **Diario Oficial el Peruano**, Lima, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/ley_29212.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015).

¹¹⁵ GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. **Extinción de dominio**: estudio de derecho comparado a nivel internacional y Estatal (segunda parte). México (Ciudad): Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/sedial/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Observe-se, por derradeiro, que o artigo 3º, b, estabelece o prazo de vinte anos para a prescrição desta espécie de ação, diferentemente do que ocorre no caso da Colômbia, onde não há prazo prescricional.

Também no Peru, a principal objeção à lei diz respeito à presunção de inocência e à suposta inversão do ônus da prova, o que reafirma a necessidade de que a lei discipline de forma pormenorizada tanto o papel do órgão acusador na apresentação dos indícios que justifiquem a deflagração do procedimento, como os meios de que o acusado disporá para fazer a prova em seu favor.¹¹⁶

3.9.3 Breve abordagem comparativa das principais legislações latino-americanas frente ao caso brasileiro

Através do questionário “*Estudio de legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados o no reclamados en el proceso*”¹¹⁷, o Grupo de Especialistas no Controle da Lavagem de Ativos, fundado em 1990 e ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA) conduziu, sob a coordenação da delegação de Costa Rica, um estudo sobre os principais modelos de retomada de bens abandonados ou não reclamados em processos penais na América Latina, quais sejam, os da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Peru, República Dominicana e Uruguai, mais especificamente no que tange a algumas das principais hipóteses que podem ocorrer ao final do processo.

Dentre os objetivos elencados, estão a busca do enriquecimento das posturas de bloqueio e a constatação de falhas legais presentes nos ordenamentos abordados, visando-se a promoção de aprimoramentos, em especial no que tange à destinação de bens abandonados ou não reclamados. Assim, apresentaremos aqui os principais pontos tratados, com base nas respostas dos próprios países.¹¹⁸

¹¹⁶ AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. **Notas sobre la pérdida de dominio em el derecho peruano**. Lima, 5 fev. 2008. Disponível em: <http://portal.mpfm.gob.pe/ncpp/files/26c144_articulo%20dr.%20avalos%202.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹¹⁷ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. CICAD. **Estudio de legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados o no reclamados en el proceso**. Washington, DC 2010. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Estudio%20Legislacion%20Comparada%20sobre%20Decomiso.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

¹¹⁸ Ibid.

Primeiramente, no que se refere à hipótese da impossibilidade de identificação do autor ou partícipe do fato, as legislações dispõem o seguinte: na República Dominicana, promove-se o arquivamento, sendo cabível a reabertura assim que promovida a individualização. A legislação Argentina, a despeito de não contar com uma lei que trate do confisco sem condenação penal, estabelece medidas cautelares para o asseguramento do confisco, que ocorrerá após decorrido certo tempo.

Já no ordenamento mexicano, assegurados os bens, a autoridade concede oportunidade para que o interessado se manifeste, sob pena de serem estes declarados abandonados. O Uruguai, por sua vez, trata o tema mais severamente, ao disciplinar que, se em seis meses não comparecerem interessados, o confisco se opera de pleno direito.

No Chile, cabe ao Ministério Público a custódia dos bens pelo prazo de seis meses, após os quais é viabilizada a venda do bem em hasta pública, prazo este que também é aplicado na Costa Rica, mas apenas quando se trata de organização criminosa, pois em casos gerais, o prazo determinado na lei costarriquenha é de um ano.

Entre nós, embora existam medidas assecuratórias interessantes, a exemplo do sequestro e da possibilidade de alienação antecipada dos bens, previstos na Lei 9.613/98, não há uma medida específica que permita a retomada definitiva dos bens lavados antes da condenação penal transitada em julgado.

Outra hipótese importante considerada no estudo é aquela que ocorre quando o autor ou partícipe abandona os bens de valor econômico, caso em que a legislação boliviana permite a aplicação de medidas cautelares até que se promova a retomada definitiva em procedimento próprio, que, todavia, não é especificado. Diferentemente, Peru e Colômbia utilizam um modelo definido, no qual os bens direta ou indiretamente provenientes de atividades vinculadas ao tráfico de drogas, lavagem de ativos ilícitos e financiamento do terrorismo são sujeitos ao procedimento de confiscação.¹¹⁹

¹¹⁹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. CICAD. **Estudio de legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados o no reclamados en el proceso**. Washington, DC 2010. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Estudio%20Legislacion%20Comparada%20sobre%20Decomiso.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

No México, uma vez abandonados os bens, faz-se necessário aguardar até o encerramento do procedimento em curso, após o qual pode ser declarado o abandono dos bens, com a posterior promoção do confisco. O Uruguai, por seu turno, conta com previsão mais rigorosa, pois o confisco pode ocorrer de pleno direito, por exemplo, uma vez passado o lapso de seis meses da prisão do acusado.

Já no caso do Chile, a autoridade pode usar de medidas cautelares para assegurar os bens pelo prazo de um ano, após o qual abre-se a possibilidade do confisco. Por fim, na Costa Rica, após um ano sob guarda da autoridade competente em razão do abandono, cabe à autoridade ordenar o confisco definitivo, prazo que se reduz para seis meses em causas que envolvam organizações criminosas.

A lei brasileira não traz disposição específica sobre a destinação dos bens abandonados.

Um terceiro caso abordado no estudo foi o do fim do processo penal mediante sentença condenatória ou absolutória, no caso específico em que aquele que tem interesse legítimo sobre o bem não se manifesta.

Para esta hipótese, a legislação peruana garante ao Ministério Público a legalidade para dar início ao procedimento de perda de domínio, sendo necessário notificar as pessoas que porventura tenham interesse legítimo. Já na Colômbia, cabe ao terceiro interessado intervir no processo, sob pena de aplicação das disposições do Código Civil referentes aos bens abandonados.

Na Argentina, ocorrido o caso, e uma vez citado legalmente o interessado, ficam os bens à disposição da autoridade judicial. O México, por seu turno, optou por um modelo no qual se concedem três meses para que o interessado se manifeste, sob pena de se caracterizar o abandono em favor do governo federal, mesmo prazo concedido na Costa Rica, onde a ação adequada “caduca”, hipótese também semelhante à do Chile, onde se concedem seis meses, após os quais os bens são vendidos em hasta pública.

No caso brasileiro, especificamente na hipótese de trânsito em julgado de sentença condenatória, em casos em que já haviam bens ou valores sob

constrição, o artigo 4º-A, §10º, III, da Lei 9.613/98¹²⁰, dá o prazo de noventa dias para que o interessado reclame os bens, sob pena de perda definitiva, e sempre ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé.

Outrossim, o artigo 123 do Código de Processo Penal estabelece que, em se tratando de sentença condenatória ou absolutória, e não sendo o caso de coisas que não podem ser restituídas, o condenado deve reivindicar os bens apreendidos dentro do mesmo prazo de noventa dias, após os quais poderá ser realizado leilão para a venda. Guilherme Nucci complementa afirmando que se após a venda a vítima ou o terceiro de boa-fé reclamarem os bens, estes lhes serão entregues.¹²¹

A quarta hipótese, que também foi considerada pelo GAFI, diz respeito ao arquivamento da ação penal por falta de elementos para a comprovação da existência do fato criminoso.

Aqui, novamente há harmonia entre os ordenamentos do Peru e Colômbia, pois nos dois países é possível dar início a uma investigação para a perda de domínio em casos de lavagem de ativos, financiamento do terrorismo e tráfico de drogas, sempre que se trate de bens de origem delitiva. Já no Uruguai, transcorrido um ano do arquivamento, e não havendo quem reclame a propriedade dos bens ou valores, cabe à autoridade judiciária promover o confisco.

Também os ordenamentos do Chile, Costa Rica e Equador preveem a possibilidade do confisco dos bens nesta hipótese, havendo diferenças apenas quanto à forma de fazê-lo e quanto à destinação dos bens.

Novamente, constata-se a inexistência de um regramento específico no Brasil para o fim de confiscação definitiva dos bens obtidos mediante a prática de delitos econômicos que alcance casos como os citados.

Por fim, o estudo conclui que é importante que os países analisados no estudo contem com ferramentas que permitam aproveitar os valores retomados

¹²⁰ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 329.

na própria luta contra as organizações criminosas. Outrossim, recomendou-se que os países que ainda não possuem uma normativa sobre a extinção de domínio, ou onde a aplicação ainda é dificultosa, estudem tal implementação, com base no Regulamento Modelo da CICAD sobre Extinção de Domínio, objetivando ressarcir à sociedade todos os prejuízos causados por tais atividades delituosas, com evidentes ganhos ao interesse público.¹²²

3.10 O anteprojeto de Lei de Ação Civil de Extinção de Domínio de autoria da ENCCLA

Uma vez feita a análise do instituto do confisco sem condenação penal, suas características, objetivos e fundamentos, e tendo em mente as experiências latino-americanas, cabe-nos passar à análise do anteprojeto de autoria da ENCCLA, que “Cria uma lei específica para disciplinar a ação para extinção de domínio.”¹²³

No ano de 2011, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), estabeleceu como Macro Objetivo o aumento da efetividade do sistema de justiça na prevenção da corrupção e da lavagem de dinheiro, de modo que uma das ações propostas, qual seja, a 16, foi a elaboração de um anteprojeto de lei de extinção de domínio, sob a coordenação da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União, contando com a colaboração de vários outros órgãos públicos e privados importantes.¹²⁴

¹²² ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. CICAD. **Estudio de legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados o no reclamados en el proceso**. Washington, DC, 2010. p. 28. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Estudio%20Legislacion%20Comparada%20sobre%20Decomiso.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

¹²³ ENCCLA. **Medida: recuperação do lucro derivado do crime**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹²⁴ Id. **Ações de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Assim, apresentou-se como justificativa para tal:

A extinção civil do domínio ou perda civil de bens, no direito estrangeiro, é conceituada como a privação do direito de propriedade sem qualquer compensação a seu titular, em razão de aquela ter sido usada de maneira contrária às determinações legais do ente soberano. Num contexto mundial de busca ao intensivo combate à prática de lavagem de dinheiro, os organismos internacionais recomendam a implementação, por parte das nações, de legislação que autorize a extinção civil de domínio in rem ou perda civil de bens.

No Brasil, o fundamento constitucional que autoriza a expropriação sem indenização da propriedade ou posse, em razão do descumprimento de sua função social, encontra lastro no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que reza: “a propriedade atenderá a sua função social.”¹²⁵

Cuida-se de novidade elencada (juntamente com a criação do confisco alargado) no pacote “10 medidas contra a corrupção”¹²⁶, de iniciativa Ministério Público Federal, no qual se alega que o texto proposto pela ENCCLA teria sido preferido por sua maior precisão técnica e legitimidade, quando comparado a outros¹²⁷ em razão da participação de dezenas de órgãos públicos especializados em sua discussão e elaboração.

O objetivo apresentado para a ação de extinção de domínio alinha-se ao que já foi exposto neste trabalho, ou seja, pretende-se diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas, ao mesmo tempo em que se amplia a capacidade material de combate a estes mesmos grupos, por meio da transferência dos produtos retomados.

Anos mais tarde, na XII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, realizada em novembro de 2014, em Teresina, estabeleceu-se como objetivo da ENCCLA para o ano de 2015 a aprovação célere da proposição legislativa pelo Congresso Nacional.

¹²⁵ ENCCLA. **Ações de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Cite-se como exemplo o Projeto de Lei 5681/2013, de autoria do Deputado Vieira da Cunha (CUNHA, Carlos Eduardo Vieira da. Projeto de Lei n. 5681, de 29 de maio de 2013. Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 jun. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsEsessionid=0D95A805F4C89D3157678AACD267BCB2.proposicoesWeb2?codteor=1094262&filename=PL+5681/2013>. Acesso em: 16 ago. 2015).

Uma vez que o conteúdo da proposição legislativa pode ser facilmente acessado via *internet*, não se apresentará aqui um comentário artigo por artigo, mas sim um panorama geral visando demonstrar o modelo pelo qual se optou e os mais fundamentais aspectos do texto, a exemplo do conceito legal trazido no artigo 1º, qual seja, a:

[...] extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita ou com as quais estejam relacionados na forma desta lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização.¹²⁸

Optou-se pelo modelo jurisdicional civil, conforme se compreende da própria denominação “extinção civil de domínio”, em detrimento dos modelos de aplicação administrativo e penal, o que se justifica por motivos como os já expostos. Desse modo, caberia à União, Estados, Distrito Federal ou Ministério Público propor a ação (art. 7º)¹²⁹, que obedeceria o rito da ação civil pública (Lei 7.347/1985)¹³⁰, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Com a promulgação da lei, estariam sujeitos à perda os bens e valores de qualquer natureza que tenham a procedência, origem ou utilização relacionados, direta ou indiretamente, com a prática dos delitos de extorsão mediante sequestro, tráfico internacional de pessoa com fins de exploração sexual, tráfico interno de pessoa com fins de exploração sexual, peculato, enriquecimento ilícito (previsto no anteprojeto do novo Código Penal), inserção de dados falsos em sistema de informações, concussão, corrupção passiva, tráfico de influência, corrupção ativa, exploração de prestígio, tráfico de influência, corrupção e concussão de funcionários do fisco, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico

¹²⁸ ENCCLA. **Medida:** recuperação do lucro derivado do crime. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

internacional de arma de fogo. Acrescente-se que tanto o lesado quanto o terceiro de boa-fé estariam livres da perda.

A análise destas hipóteses de aplicação leva ao entendimento (defendido no item 3.7) de que os bens cuja retomada se almeja são aqueles obtidos por meio de crimes graves e intrinsecamente ligados à prática das organizações criminosas e da corrupção, conforme apresentado na própria exposição de motivos.¹³¹ Logo, nota-se que não se pretende que o confisco esteja disponível como opção diante de qualquer delito que gere proveito econômico.

Ademais, é necessário que se atenda ao disposto no artigo 2º:

Art. 2º. A perda civil de bens será declarada nas hipóteses em que o bem, direito, valor, patrimônio ou seu incremento:

I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita;

II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita;

III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;

IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;

V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores.¹³²

Desse modo, conclui-se que seria possível, inclusive, a apreensão de bens lícitos, caso, por exemplo, sejam provenientes de negócios jurídicos realizados com a utilização do patrimônio ilicitamente obtido ou, ainda, se forem utilizados para ocultar ou dificultar a identificação destes. Tal redação se harmoniza com a estabelecida no Regulamento Modelo da CICAD.

Por sua vez, o artigo 6º revela a opção por um procedimento independente do resultado daquele no qual se busca a apuração da responsabilidade civil ou criminal do agente, ressaltando-se as hipóteses de sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria.

¹³¹ ENCCLA. **Medida:** recuperação do lucro derivado do crime. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

¹³² Ibid.

Essas exceções são fundamentais em nosso sistema, uma vez que o Código de Processo Penal veda a interposição de ação civil para reparação do dano quando há absolvição com base na inexistência do fato (art. 386, I) ou quando provado que o réu não concorreu para a infração (art. 386, IV), hipóteses estas que são bem diferentes do que ocorre quando não há provas de que o fato existiu ou de que o agente concorreu.¹³³

Cuida-se de opção fundamental ao se considerarem os objetivos buscados com a ação civil de extinção de domínio, haja vista que condicionar o procedimento ao anterior término da ação civil ou penal significaria torná-lo pouco útil em nosso cenário atual.

Para o caso de ser indeterminado o proprietário, hipótese levada em conta no estudo comparado citado anteriormente, a lei estabeleceu como regra a citação por edital dos réus incertos, aos quais será dado curador especial. Embora temerária do ponto de vista do processo penal¹³⁴, defende-se aqui a utilização da citação por edital, em decorrência da função social da propriedade e do fato de que não existe o risco de prisão. Ademais, o interessado poderá ingressar no polo passivo a qualquer tempo (art. 9º, §1º).

Interessante frisar que, de forma semelhante ao que fez o Código Colombiano de Extinção de Domínio em seu artigo 120¹³⁵, o anteprojeto estimula a colaboração dos cidadãos ao garantir uma retribuição de até 5%, a ser fixada na sentença, ao que contribuir de maneira eficaz para a retomada. Tal regra também se alinha ao estabelecido no Regulamento Modelo da CICAD (art. 48)¹³⁶.

A lei é muito pouco precisa no que se refere à destinação dos bens definitivamente retomados, uma vez que apenas se afirma que os recursos serão incorporados ao domínio da União, Estados ou Distrito Federal, conforme o caso (art. 17). Seria mais adequado aos próprios objetivos da lei se, de alguma forma,

¹³³ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 304.

¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 269.

¹³⁵ COLÔMBIA. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Ley modelo sobre extinción de dominio**. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

fosse garantido que os bens e valores fossem destinados à tarefa de prevenção dos crimes envolvidos, tal como se fez na Colômbia com a instituição de um Fundo, em consonância com o artigo 42 do Regulamento Modelo da CICAD.

Já no que diz respeito à proteção ao terceiro de boa-fé isento de culpa, destaca-se a previsão do art. 2º, §2º, que estabelece que o confisco não alcança aquele que pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio não tinha como conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem. Da mesma forma, garantiu-se a proteção ao lesado.

Faltam, entretanto, normas a respeito das formas pelas quais o terceiro interessado poderia se defender no curso do procedimento, o que aponta para a necessidade de aprimoramentos, seguindo-se o exemplo do Código colombiano, que avançou na proteção dos direitos de terceiros de boa-fé, tendo em vista que a Lei brasileira de Ação Civil Pública também não dispõe de ferramentas suficientes.

Além disso, a lei é omissa no que tange aos polêmicos aspectos relacionados à presunção de inocência e ao ônus probatório, que têm gerado sérios questionamentos em outros países, como já se relatou. Por isso, seria proveitoso que o diploma trouxesse ao menos os critérios básicos que orientarão a sentença pela perda ou não dos ativos.

Da mesma forma, um dispositivo que estabelecesse como regra a aplicação retroativa da lei, com a qual se concorda, poderia tornar mais segura a sua aplicação, haja vista que a omissão sobre o tema pode motivar diferentes decisões e provavelmente fará com que os Tribunais sejam provocados a se manifestarem.

Não há, no texto legal, qualquer referência a prazos prescricionais para a ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a revolução ocorrida na tecnologia, sobretudo após o advento da internet e das novas formas de comunicação e a informatização, um novo cenário se desenhou, de modo que passaram a ser necessárias novas formas de pensar a política e a dogmática criminais, pois com a intensificação nos fluxos de pessoas, bens e valores, surgiram novas formas delituosas com implicações internacionais cada vez mais complexas.

Assim, com a percepção de que a integridade das instituições, a economia e os próprios direitos individuais inerentes à vida em sociedade estão sendo afetados como nunca antes, as organizações criminosas e os crimes transnacionais como tráfico de pessoas, drogas e armas e a corrupção passam a ocupar posição de destaque na agenda internacional, na qual a lavagem de ativos também é protagonista.

Desse modo, a partir da década de 80, a política criminal, primeiramente no exterior, e posteriormente no Brasil, deixa de focar apenas na punição dos delitos, para compreender também outros aspectos como o patrimonial. Assim, a recuperação dos bens e valores ilicitamente obtidos progressivamente se converte em um elemento chave desta estratégia, pelo qual se perseguem, asseguram e retomam os bens e valores, conforme se buscou demonstrar quando da análise das principais Convenções.

Tal realidade pode ser constatada ao se analisar a evolução da abordagem da temática no Brasil, passando-se por iniciativas como as Leis 9.613/98 e 12.683/12, com destaque para as suas exposições de motivos, pela criação do COAF, do Departamento Nacional de Recuperação de Ativos e, recentemente, pelo julgamento de importantes ações como a Ação Penal 470 (Mensalão).

No percorrer deste caminho, destaca-se a eliminação do rol de crimes antecedentes e a ampliação das hipóteses de aplicação das medidas cautelares, em decorrência da percepção de que a lavagem de ativos é um fenômeno que vai muito além do papel de delito acessório ao tráfico de drogas ou mesmo à criminalidade organizada. Outrossim, aumenta consideravelmente a

relevância de ferramentas como os deveres de colaboração e informação na tarefa de prevenção à atividade ilegal.

Por isso, a importância da recuperação dos ativos cresceu sobremaneira, ao se considerar a premissa de que sem interromper o fluxo de capitais que sustenta o crime, reduz-se consideravelmente a possibilidade de sucesso de qualquer estratégia de prevenção compatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, premissa esta adotada em vários tratados assinados pelo Brasil.

Assim, muitas têm sido as formas de retomada utilizadas, que variam desde a tradicional imposição da perda dos bens instrumentos e valores do crime após a condenação, até medidas mais drásticas como a expropriação das terras onde forem encontradas culturas ilegais de drogas ilícitas ou trabalho escravo.

De se destacar que o legislador brasileiro já está, de certa forma, envolvido num processo de alinhamento com estas novas tendências internacionais, conforme se depreende da leitura de diplomas como a Lei 12.683/12, que promoveu diversas alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como por outras inovações interessantes, dentre as quais a previsão do confisco do valor equivalente no artigo 91, §1º do Código Penal.

Todavia, da mesma forma que tem sido relatado nos Tratados Internacionais, algumas dificuldades têm se colocado entre toda a sistemática brasileira de recuperação de ativos e a efetiva recuperação dos valores, de modo que as cifras dos valores retomados ainda são pequenas quando colocadas diante das quantias movimentadas. Como exemplo destes entraves, podem ser citados: a falta de um sistema moderno e integrado de rastreamento (que está em construção), a estrutura ainda insuficiente dos órgãos de investigação e levantamento sobre delitos contra o sistema financeiro, a demora no julgamento dos processos penais e até mesmo a infiltração de agentes do crime organizado nas instituições públicas.

Dentro desse universo, no presente trabalho optou-se por um recorte focado no estudo da medida do confisco, que é a retomada de bens por ordem de uma autoridade competente, sem qualquer contraprestação, medida que cresce a cada ano em importância no cenário internacional, no qual deixa de ser um mero efeito da condenação para se tornar consequência acessória, muitas vezes aplicável

independentemente da sentença condenatória, com destaque para aquele aplicado independentemente da condenação penal.

Demonstrou-se como as várias formas de confisco se complementam para formar um dos prismas da nova estratégia de prevenção da lavagem de ativos ilícitos e do crime organizado, focada na recuperação dos bens e valores ilicitamente obtidos, com o fim estratégico de inviabilizar o caro funcionamento dos grupos criminosos.

E uma das formas de confisco foi priorizada: o confisco sem condenação penal, do qual a ação civil de extinção de domínio tem sido a espécie mais proeminente.

Tal modalidade de confisco, que já encontra disciplina em legislações como a da Colômbia, Peru, Estados Unidos, Espanha e Canadá, se diferencia do confisco previsto no Código Penal por ser voltada diretamente contra o bem, e não contra a pessoa; prescindir da condenação penal definitiva, podendo ser aplicada até mesmo em certas hipóteses de absolvição e basear-se em um padrão de prova menos rígido que o do direito criminal.

Trata-se de ação direcionada à retomada dos bens e valores auferidos ilicitamente, com o que se pretende, a um só tempo, recuperar o que foi obtido, minimizando o dano causado à vítima ou à sociedade; e atingir o funcionamento dos grupos criminosos, promovendo-se a prevenção.

Seus fundamentos e legitimação encontram-se, sobretudo, na função social da propriedade, pois a perpetuação da situação de ilegalidade significa uma afronta ao que estabeleceu o constituinte; na necessidade de se enfrentar o crime organizado e a lavagem de ativos, com o fim de resguardar a ordem econômica, a integridade das instituições e outros bens jurídicos importantes, e nos princípios ligados à individualização da pena, haja vista que, em muitos, casos a sanção patrimonial se mostra tão ou mais recomendável que a privativa de liberdade. Todos estes aspectos encontram base sólida na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, de modo mais amplo, buscou-se demonstrar como o adequado tratamento destes delitos poderia colaborar para uma adequada tutela da

liberdade e da cidadania, diante dos riscos que o crime organizado e o terrorismo têm demonstrado nas últimas décadas.

Como se não bastasse, há vários compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil no que tange à cooperação por meio de diversas formas de recuperação de ativos e também no sentido de analisar a possibilidade de incorporação do confisco *non-conviction based*.

Dentre os documentos internacionais que têm recomendado a incorporação da ferramenta, estão a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil, as Recomendações do GAFI e diversas diretivas da União Europeia, o que motivou a elaboração, por parte da ENCCLA, do anteprojeto de Lei de Ação Civil de Extinção de Domínio.

Quanto à aplicação, é fundamental esclarecer que se trata de medida subsidiária, porém independente em relação ao processo penal, de modo que sua utilização só se justifica quando inviável a recuperação dos valores por esta via, nas hipóteses estritamente delimitadas. Ir além deste patamar pode significar dar margem a abusos perigosos contra o patrimônio do cidadão, com o que se caracterizaria uma ofensa ao direito legal de propriedade, efeito inverso ao buscado.

Além disso, defende-se, aqui, que a aplicação deve se restringir aos delitos mais graves, que são exatamente os que têm motivado a utilização de modernas técnicas de investigação e rastreio dos valores.

A mais importante inovação trazida por este modelo é a desnecessidade de uma condenação penal. Trata-se, aliás, de instituto que objetiva preencher uma lacuna que decorre exatamente desta imposição legal, pois em muitos casos os bens e valores deixam de ser retomados por razões diversas que impedem a condenação criminal, muito embora seja flagrante a situação de enriquecimento ilícito não justificável.

Dessa forma, não há que se falar em *bis in idem*, haja vista que a ação é voltada exclusivamente contra o bem, não recaindo seu foco sobre aspectos mais específicos do direito criminal que poderia justificar o encarceramento.

A maior polêmica certamente diz respeito à presunção de inocência. Contudo, acredita-se que os questionamentos levantados não justificam o abandono do instituto, uma vez que cabe ao órgão acusador a complexa tarefa apontar os

indícios da existência da situação patrimonial ilegal em procedimento submetido ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, como somente os bens podem ser alcançados, e jamais liberdade do acusado, não se mostra necessário impor a observância estrita da presunção de inocência da forma como é entendida penalmente.

Todavia, recomenda-se cautela e a disciplina pormenorizada por parte do legislador na abordagem deste ponto específico, pois as experiências internacionais demonstram que as presunções e a suposta inversão do ônus da prova têm sido o foco dos questionamentos perante os Tribunais. Outrossim, tratando-se de instrumento com o qual se pretende colaborar para a efetivação da função social da propriedade, não se devem tolerar intervenções desmedidas sobre o patrimônio de indivíduos não envolvidos com o crime.

No que diz respeito ao modelo de aplicação, acredita-se ser o modelo civil adotado no anteprojeto da ENCCLA, na Colômbia, no Peru, e recomendado na Lei Modelo da CICAD o mais acertado, pois o direito penal não se mostra o campo mais adequado para a discussão célere e eficaz de aspectos como a propriedade e o direito de terceiros afetados. Muito pelo contrário, ampliar esta discussão poderia, em muitos casos, dificultar a apuração da responsabilidade criminal.

Há que se ter especial atenção, ressalte-se, para a disciplina e observância dos direitos processuais do acusado, bem como dos terceiros que puderem ter seus bens afetados, que devem contar com ferramentas processuais aptas. Sem isso, todo o procedimento perderá sua legitimidade.

Além disso, recomenda-se que haja uma disciplina minuciosa sobre a administração e destinação do que for apreendido, sendo que a utilização dos valores na própria estrutura de prevenção e repressão ao crime demonstra ser medida interessante e alinhada com o interesse público.

Desde que observados tais critérios, acredita-se haver compatibilidade entre o confisco sem condenação penal, a Constituição Federal e a política-criminal brasileira, que tem conferido grande importância às medidas de recuperação de ativos.

Por derradeiro, frise-se que, embora se trate de uma iniciativa que merece ter a incorporação ao direito brasileiro discutida, já que há fundamentos para tal e potencial para alcançar os objetivos elencados, não se deve perder de vista os problemas estruturais existentes, cuja superação se faz necessária, tais como a falta de estrutura e integração dos órgãos encarregados da investigação e processamento, deficiências na cooperação internacional, lentidão dos processos penais e deficiências na estrutura de administração dos ativos apreendidos, sob pena de se criar mais um instituto ineficaz, que restringirá direitos fundamentais sem alcançar os devidos resultados positivos alegados.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada: análisis de la propuesta de directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, La Rioja, n. 1, p. 1-56, jan., 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1025.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso. **Revista Electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 15, p. 1-27, 2013. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. **El comiso**. Valencia: Editorial de Derecho Reunidas, 2000.

ALONSO OLMOS, Eduardo. **Recuperación de activos en casos de corrupción: cooperación civil internacional**. 2013. 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 237, p. 5-6, ago. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. **Notas sobre la pérdida de dominio en el derecho peruano**. Lima, 5 fev. 2008. Disponível em: <http://portal.mpfm.gob.pe/ncpp/files/26c144_articulo%20dr.%20avalos%202.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. **Tribuna Virtual IBCCrim**, São Paulo, n. 1, p. 50-75, jan./fev. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Tribuna%20Virtual_Edi%C3%A7%C3%A3o_01_04_Badar%C3%B3.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Controle da corrupção e enriquecimento ilícito. **Clipping**: Seleção de notícias, Brasília, DF, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/9/12/controle-da-corrupcao-e-enriquecimento-ilicito>>. Acesso em: 6 maio 2014.

BENITES, Afonso. Só 3% do dinheiro rastreado como fruto de corrupção retornou ao Brasil. **El País**, Madrid, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/19/politica/1418952566_793365.html>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: BARBEITO ZAPICO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). **Criminalidad organizada, terrorismo y inmigración**: retos contemporáneos de la política criminal. Granada: Comares, 2008. p. 69-106. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvcongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/03.%20Panel%208/2.%20Blanco,%20I.-Comiso%20ampliado%20y.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2012.

_____. Recuperacion de activos de la corrupcion mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012. p. 337-371.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. As impressões sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/direito-defesa-lei-cade-descriminaliza-atos-beneficia-reus>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

_____. Lavagem de dinheiro e corrupção passiva na AP 470. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-corrupcao-passiva-ap-470>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O enriquecimento ilícito e a presunção de inocência.

Consultor Jurídico, São Paulo, 8 maio 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/di>

reito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia>. Acesso em: 5 mar. 2015.

_____. Reflexões sobre a AP 470 e a lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-16/direito-defesa-reflexoes-ap-470-lavagem-dinheiro#_ftnref2_6891>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Emenda constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

_____. Decreto n. 154, de 26 de Junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, df, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2013 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Decreto n. 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, em 22 de maio de 2006. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 dez. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6681.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. **Ações de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

_____. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jun. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em 2 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012.

_____. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal**. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/ManualExpedCRPenal.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRUN, Jean-Pierre et al. **Asset recovery handbook: a guide for practitioners**. Washington, DC: Banco Mundial: UNODC, 2011.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Jailton de. Suíça bloqueia mais de R\$ 1,3 bilhão desviados da Petrobras. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/suica-bloqueia-mais-de-13-bilhao-desviados-da-petrobras-15629411>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

COAF. **Exposição de motivos da Lei 9.613 de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

_____. **Informação do relatório de atividades COAF**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202011.pdf>>. Acesso em: 7 fev 2014.

_____. **Missão, visão e valores**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/missao-visao-e-valores>>. Acesso em: 8 maio 2014.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. **Diário Oficial**, Bogotá, julio 6 1991. Disponível em: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Política_de_Colombia.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015

_____. Ley 333 de 1996. Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita. **Diário Oficial**, Bogotá, dic. 19 1996. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0333_1996.html>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, dic. 27 2002. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0793_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. Ley 1708 de 20 de janeiro de 2014. Por medio de la cual se expide el código de Extinción de Dominio. **Diário Oficial**, Bogotá, enero 20 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

COMISIÓN EUROPEA. Decisión Marco 2005/212/Jai del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. **Diário Oficial de la Unión Europea**, Bruxelas, 15 mar. 2005. p. 40-51. Disponível em: <<http://www.boe.es/doue/2005/068/L00049-00051.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 29 abr. 2014. p. 39-50. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-diretiva/downloadFile/attachedFile_f0/DIR_2014_42.pdf?nocache=1398788387.36). Acesso em: 12 jan. 2015.

COMISSION EUROPEA. Directiva do Conselho de 10 de junho de 1991 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (91/308/CEE). **Diario Oficial de la Unión Europea**, Luxemburgo, 1991. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31991L0308>>. Acesso em: 1 set. 2015.

_____. **Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea**. Bruselas, 2012. Disponível em: <<http://www.bizkaia.net/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-com85.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: produto da criminalidade organizada: “garantir que o crime não compensa” (COM 2008 – 766 final). **Diario Oficial de la Unión Europea**, Bruxelas, nov. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0766&from=ES>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Resolução nº CJF-res-2013/00273 de 18 de dezembro de 2013. Dispõe sobre os critérios de distribuição de competência das varas federais especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e naqueles praticados por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/47399/Res%20273-2013.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 2 set. 2015.

COMISSÃO ESPECIAL DE JURISTAS. **Anteprojeto de Novo Código Penal**: Relatório final. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em 15 ago. 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. Leia acordo entre Brasil e Suíça para combater lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 maio 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-mai-13/conheca_acordo_entre_brasil_suica_combater_lavagem>. Acesso em: 31 mar. 2015.

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

CORREIA, João Conde. **Da proibição do confisco à perda alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia c-319/96**. Bogotá, 18 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-319-96.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

_____. **Sentencia T-590/09**. Bogotá, 2009. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2015.

CUNHA, Carlos Eduardo Vieira da. Projeto de Lei n. 5681, de 29 de maio de 2013. Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 jun. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D95A805F4C89D3157678AACD267BCB2.proposicoesWeb2?codteor=1094262&filename=PL+5681/2013>. Acesso em: 16 ago. 2015.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

ENCCLA. **Ações de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. **Medida**: recuperação do lucro derivado do crime. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Tipologías y lógica del lavado de dinero. Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. In: BLANCO CORDERO, Isadoro et al. **Combate del lavado de activos desde el sistema judicial**. 3. ed. Washington, DC: Organization of American States: Bolivarian Republic of Venezuela: Inter-American Development Bank, 2007.

FERNANDES, Fernando Andrade. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente. **Ars Iuris Salmanticensis**: AIS: Revista Europeia e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, Salamanca, v. 2, n. 1, p. 107-136, jun. 2014. Disponível em: <http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/download/11973/12334>. Acesso em: 15 maio 2015.

_____. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

GAFI. **High-risk and non-cooperative jurisdictions**. Paris, June 2015. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>>. Acesso em: 8 maio 2014.

GAFI. **Mejores practicas**: Decomiso (Recomendaciones 3 y 38). Paris, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2014/06/Mejores-pr%C3%A1cticas-Decomiso-GAFI.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

_____. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do GAFI. Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.gafisud.info/documentos/por/As_Novas_Recomendacoes_GAFI.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. **Extinción de dominio**: estudio de derecho comparado a nivel internacional y Estatal (segunda parte). México: Dirección de servicios de investigación y análisis. México (Ciudad): Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. Criminalização do enriquecimento ilícito projeto de lei (Câmara dos Deputados) nº 5.586/2005. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 157, p. 16, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012. v. 4.

GREENBERG, Theodore S. et al. **Recuperación de activos robados**: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, DC: Mayol Ediciones, 2009.

HASSEMER, Winfried. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada tesis y razones. **Revista Brasileira de Ciências Crimiais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. In: BUENO ARÚS, Francisco; GUSMÁN DÁLBORA, Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coord.). **Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal**: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. p. 785-813. 2006. Disponível em: <<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.rderecho.equipo.cl%2Findex.php%2Frderecho%2Farticle%2Fdownload%2F627%2F591&ei=Ad87UI75FeSH6QHKqoD4Aw&usg=AFQjCNEWB1OBCLEzU50EZRmlmI7CQzcCTA&cad=rja>>. Acesso em: 15 set. 2012.

JORGE, Guillermo et al. **Recuperación de activos de la corrupción en Argentina**: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2009.

JORNAL DO SENADO. Enriquecimento ilícito de servidor pode virar crime. **Jornal do Senado**, Brasília, DF, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/04/24/enriquecimento-ilicito-de-servidor-pode-virar-crime-1>>. Acesso em: 6 maio 2014.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Informe de la comisión, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI)**. Bruselas, 17 dec. 2007. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/decisoes-e-decisoes/2005-212-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2005.212.JAI_Perda_de_produtos_instrumentos_e_bens_relacionados_com_o_crime.pdf?nocache=1217953092.69>. Acesso em: 17 nov. 2014.

JUSTI, Adriana. Lava Jato completa 500 dias com a recuperação de R\$ 870 milhões. **G1**, Rio de Janeiro, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/lava-jato-completa-500-dias-com-recuperacao-de-r-870-milhoes.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

JUSTIA. **United States v. Urserly 518 U.S. 267 (1996)**. Mountain View, 1996. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/267/case.html>>. Acesso em 12 jan. 2015.

LOPES, João Felipe Menezes. Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/JoaoFelipe_Lopes.html>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LOPES, Silvia Regina Pontes; PETERKE, Sven. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Revista Verba Juris**, João Pessoa, n. 7, p. 391-430, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14894/8453>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro**: lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANFRONI, Carlos, **La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada**. 2. ed. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MANSO PORTO, Teresa. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 31, p. 305-324, 2011. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7320/1/307-326.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Combate à corrupção**: 10 medidas contra a corrupção. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa. **Criterio Jurídico**, Santiago de Cali, v. 9, p. 123-152, ago. 2009. Disponível em: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/336/890>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1998. Disponível em: <<http://www.gafisud.info/pdf/Convecaodasnacoesunidascontratrficoestupefacientes.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

_____. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 31 jan 2014.

_____. Escritório contra Drogas e Crimes. **Ley modelo sobre extinción de dominio**. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. CICAD. **Estudio de legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados o no reclamados en el proceso**. Washington, DC, 2010. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Estudio%20Legislacion%20Comparada%20sobre%20Decomiso.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

PERU. Lei n. 29.212, 17 de abril de 2008. Ley que modifica el decreto legislativo n° 992, decreto legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio. **Diario Oficial El Peruano**, Lima, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/ley_29212.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PORTO, Gustavo. Brasil recupera só 0,06% de recursos bloqueados por evasão. **Estadão**, São Paulo, 3 set. 2012. Economia. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-recupera-so-0-06-de-recursos-bloqueados-por-evasao,125209e>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (lei 12.683/2012). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 401-436, dez. 2012.

PÚBLICO. Crime de enriquecimento ilícito chumbado mas PSD voltará à carga. **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**, Lisboa, 5 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.publico.pt/portugal/jornal/crime-de-enriquecimento-ilicito-chumbado-mas-psd-voltara-a-carga-24319254>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesorio. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 24, p. 518-564, 2002/2003. Disponível em: <<http://dspace.usc.es/handle/10347/4090>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 242, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/283-242-Janeiro2013>. Acesso em: 14 abr. 2015.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-book).

SANTIAGO, Rodrigo. O “Branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Contributos para o estudo do art. 23º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro, e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no “branqueamento” (decreto-lei nº 313/93, de 15 de setembro). In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, Yvna. Governo recupera R\$ 468 milhões desviados do TRT-SP em 1992. **UOL Notícias**, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/valor/2012/08/23/governo-recupera-r-468-milhoes-desviados-do-trt-sp-em-1992.htm>>. Acesso em: 5 set. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional económico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Tavares. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

TEBET, Diego. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 237, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

TOBAR TORRES, Jenner Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Civilizar: Ciências locais e humanas**, Bogotá, v. 14, n. 26, p. 17-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-Extincion-dominio.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution S-20/4: Measures to Enhance International Cooperation to Counter the World Drug Problem**. New York, 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/20sp/a20spr04.htm>>. Acesso em: 12 maio 2014.

_____. **Treaty Collection**. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=en>. New York, 31 oct. 2003. Acesso em: 5 mar. 2015.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. **Dinheiro sujo: quanto há lá fora?** Brasília, DF, 26 out. 2011. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/10/26-illicit-money-how-much-is-there.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. **Revista Via Juris**, Bogotá, n. 6, p. 69-87, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944006.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ZANCHETTI, Mário. **Do crime de “branqueamento” de capitais**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANEXOS

ANEXO A - ANTEPROJETO DE LEI DE AÇÃO DE EXTINÇÃO CIVIL DE DOMÍNIO (ENCCLA)

21^a PROPOSTA LEGISLATIVA

ANTEPROJETO DE LEI

**Cria uma lei específica para disciplinar a
ação para extinção de domínio**

II - PROJETO DE LEI SOBRE A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

1. Ação civil de extinção de domínio . Ação 16 da ENCCLA 2011. Aprovação e promulgação.

1.1. Proposta de aprovação e promulgação de projeto de lei da ENCCLA sobre a ação civil de extinção de domínio.

“Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a perda civil de bens, que consiste na extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita ou com as quais estejam relacionados na forma desta lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização.

Parágrafo único. A perda civil de bens abrange a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos.

Art. 2º. A perda civil de bens será declarada nas hipóteses em que o bem, direito, valor, patrimônio ou seu incremento:

- I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita;**
- II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita;**
- III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;**
- IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;**
- V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores.**

§ 1º A ilicitude da atividade apta a configurar o desrespeito à função social da propriedade, para os fins desta lei, refere-se à procedência, à origem, ou à utilização dos bens de qualquer natureza, direitos ou valores, sempre que relacionados, direta ou indiretamente, com as condutas previstas nos seguintes dispositivos:

- a) art. 159 e parágrafos do Código Penal (extorsão mediante sequestro);**
- b) art. 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoa com fins de exploração sexual);**
- c) art. 231-A do Código Penal (tráfico interno de pessoa com fins de exploração sexual);**
- d) art. 312 do Código Penal (peculato);**
- e) art. 312-A do Código Penal (enriquecimento ilícito);**
- f) art. 313-A do Código Penal (inserção de dados falsos em sistema de informações);**
- g) art. 316 do Código Penal (concussão);**
- h) art. 317 do Código Penal (corrupção passiva);**
- i) art. 332 do Código Penal (tráfico de influência);**
- j) art. 333 do Código Penal (corrupção ativa);**
- k) art. 357 do Código Penal (exploração de prestígio);**
- l) art. 3º da Lei n. 8.137/1990 (Tráfico de Influência, Corrupção e Concussão de Funcionários do Fisco);**

m) art. 17 da Lei n. 10.826/2003 (comércio ilegal de arma de fogo);

n) art. 18 da Lei n. 10.826/2003 (tráfico internacional de arma de fogo)(;)

o) arts. 33 a 39 da Lei n. 11.343/2006(.)

§ 2º A transmissão de bens por meio de herança, legado ou doação não obsta a declaração de perda civil de bens, nos termos desta lei.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao lesado e ao terceiro interessado que, agindo de boa fé, pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio, por si ou por seu representante, não tinha condições de conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem.

Art. 3º. Caberá a perda civil de bens, direitos ou valores situados no Brasil, ainda que a atividade ilícita tenha sido praticada no estrangeiro.

§ 1º Na falta de previsão em tratado, os bens, direitos ou valores objeto da perda civil por solicitação de autoridade estrangeira competente, ou os recursos provenientes da sua alienação, serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade.

§ 2º Antes da repartição serão deduzidas as despesas efetuadas com a guarda e manutenção dos bens, assim como aquelas decorrentes dos custos necessários à alienação ou devolução.

Capítulo II

Da Apuração da Origem Ilícita dos Bens

Art. 4º. O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público legitimada poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento de ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse.

Parágrafo único. O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa de direito público legitimada poderão requisitar de qualquer órgão ou entidade pública certidões, informações, exames ou perícias, ou informações de particular, que julgarem necessárias para a instrução dos procedimentos de que trata o caput, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Art. 5º. O órgão ou entidade pública que verificar indícios de que bens, direitos ou valores se encontrem nas hipóteses de perda civil previstas nesta lei deverá

comunicar o fato ao Ministério Público e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público a que estiver vinculado.

Parágrafo único. Verificada a existência de interesse de outra pessoa jurídica de direito público, as informações recebidas na forma do caput deverão ser compartilhadas com o respectivo Ministério Público e órgão de representação judicial.

Capítulo III

Do Processo

Art. 6º. A declaração de perda civil independe da aferição de responsabilidade civil ou criminal bem como do desfecho das respectivas ações civis ou penais, ressalvada a sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor, hipótese em que eventual reparação não se submeterá ao regime de precatório.

Art. 7º. A ação será proposta:

- I - pela União, Estados ou Distrito Federal;**
- II - pelo Ministério Público Federal nos casos de competência da Justiça Federal;**
- III - pelo Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios nos demais casos.**

§ 1º Nos casos em que não for autor, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público poderá aditar a petição inicial, e, em caso de desistência ou abandono da ação por ente legitimado, assumirá a titularidade ativa.

Art. 8º. Figurará no polo passivo da ação o titular ou possuidor dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. O preposto, gerente ou administrador de pessoa jurídica estrangeira presume-se autorizado a receber citação inicial.

Art. 9º. Se não for possível determinar o proprietário ou o possuidor, figurarão no polo passivo da ação réus incertos, que serão citados por edital, do qual constará a descrição dos bens.

§ 1º Apresentando-se qualquer pessoa física ou jurídica como titular dos bens, poderá ingressar no polo passivo da relação processual, recebendo o processo na fase e no estado em que se encontra.

§ 2º Aos réus incertos será nomeado curador especial, mesmo na hipótese do parágrafo anterior.

Art. 10. A ação poderá ser proposta no foro do local do fato ou do dano, e, não sendo conhecidos estes, no foro da situação dos bens ou do domicílio do réu.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a competência do juízo para todas as ações de perda civil de bens posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Art. 11. A ação de que trata esta lei comportará, a qualquer tempo, a concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, mesmo que ainda não tenha sido identificado o titular dos bens.

§ 1º As medidas de urgência, concedidas em caráter preparatório, perderão a sua eficácia se a ação de conhecimento não for proposta no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da sua efetivação, prorrogável por igual período, desde que reconhecida necessidade em decisão fundamentada pelo juiz da causa.

§ 2º Sem prejuízo da manutenção da eficácia das medidas de urgência enquanto presentes os seus pressupostos, eventuais pedidos de liberação serão examinados caso a caso, podendo o juiz determinar a prática dos atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 3º Realizada a apreensão do bem, o juiz imediatamente deliberará a respeito da alienação antecipada, ou sobre a nomeação de administrador.

§ 4º Uma vez efetivada a constrição sobre o bem, o processo judicial terá prioridade de tramitação.

Art. 12. O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, determinará a alienação antecipada a terceiros para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua custódia e manutenção.

§ 1º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, e os autos deste incidente terão tramitação autônoma em relação aos da ação principal.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens e intimará:

I - o Ministério Público;

II - a União, o Estado ou o Distrito Federal, conforme o caso, que terá o prazo de 10 (dez) dias para fazer a indicação a que se referem os parágrafos 3º e 4º deste artigo;

III- o réu, os intervenientes e os interessados conhecidos, com prazo de 10 (dez) dias;

IV - eventuais interessados desconhecidos, por meio de edital.

§ 3º Não serão submetidos à alienação antecipada os bens que a União, o Estado, ou o Distrito Federal indicar para serem colocados sob uso e custódia de órgãos públicos.

§ 4º Não sendo possível a custódia por órgão público, os bens não submetidos à alienação antecipada serão colocados sob uso e custódia de instituição privada que exerça atividades de interesse social ou atividade de natureza pública.

§ 5º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz homologará o valor atribuído aos bens e determinará que sejam alienados em leilão, preferencialmente eletrônico, não sendo admitido preço vil.

§ 6º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada vinculada ao processo e ao juízo, nos termos da legislação em vigor.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sendo tais valores destinados à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, conforme o caso.

Art. 13. O juiz, quando necessário, após ouvir o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas de urgência, mediante termo de compromisso.

Art. 14. A pessoa responsável pela administração dos bens:

I - fará jus a remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita, preferencialmente, com os frutos dos bens objeto da administração;

II - prestará contas da gestão dos bens periodicamente em prazo a ser fixado pelo juiz, quando for destituído da administração, quando encerrado o processo de conhecimento e sempre que o juiz assim o determinar,

III - realizará todos os atos inerentes à manutenção dos bens, inclusive, a contratação de seguro quando necessária, vedada a prática de qualquer ato de alienação de domínio.

IV - poderá ceder onerosamente a utilização dos bens para terceiros, exigindo-se contratação de seguro por parte do cessionário, se assim determinar o juiz em razão da natureza do bem ou das circunstâncias relativas ao seu uso.

Art. 15. Julgado procedente o pedido, o juiz determinará as medidas necessárias à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento, desde que instruída com nova prova.

Capítulo IV

Disposições Finais

Art. 16. Nas ações de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do autor, salvo a hipótese de comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

§ 1º Sendo necessária perícia, será realizada preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da Administração Pública, direta e indireta.

§ 2º Nos casos de realização de perícia a requerimento do autor ou de ofício, sendo imprescindível a nomeação de perito não integrante da Administração Pública, as despesas para a sua efetivação serão adiantadas pela União, pelo Estado ou pelo Distrito Federal interessados na ação prevista nesta lei, conforme o caso.

§ 3º As despesas com a perícia e os honorários do perito não integrante da Administração Pública serão pagos ao final pelo réu, caso vencido, ou pela União, Estado ou Distrito Federal, conforme o caso.

Art. 17. Em caso de procedência definitiva do pedido, os recursos auferidos com a declaração de perda civil de bens e as multas previstas nesta lei serão incorporados ao domínio da União, Estados ou Distrito Federal, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de improcedência, tais valores, corrigidos monetariamente, serão restituídos ao seu titular.

Art. 18. O terceiro que, não sendo réu na ação penal correlata, espontaneamente prestar informações de maneira eficaz ou contribuir para a obtenção de provas para a ação de que trata esta lei ou, ainda, colaborar para a localização dos bens, fará jus à retribuição de até cinco por cento do produto obtido com a liquidação desses bens.

Parágrafo único. A retribuição de que trata este artigo será fixada na sentença.

Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos bens, direitos ou valores oriundos do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, apurados em ação penal, que permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.

Art. 20. Aplica-se a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública e, subsidiariamente, a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil."

JUSTIFICATIVA PONTUAL

O anteprojeto de lei para disciplinar a perda civil de bens adquiridos com a prática de ilícito (ação de extinção de domínio) foi exaustivamente estudada e discutida durante metas e ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Ativos (ENCCLA) em 2005, 2010 e 2011. O fruto do debate foi a unanimidade dos diversos órgãos que compõem aquele foro, em torno do projeto acima o qual é o resultado final da ação 16 da ENCCLA, referente ao ano de 2011.

A única diferença entre o projeto da ENCCLA e o ora apresentado consiste em correção de erro material na menção, pelo artigo 2º do anteprojeto, ao artigo do Código Penal que corresponde ao crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações, bem como na inserção do crime de enriquecimento ilícito, cuja tipificação é proposta em projeto de lei oferecido em apartado.

São reproduzidas abaixo as justificativas apresentadas como produto das discussões desenvolvidas durante os trabalhos da ação 16 da ENCCLA:

"A extinção civil do domínio ou perda civil de bens, no direito estrangeiro, é conceituada como a privação do direito de propriedade sem qualquer compensação a seu

titular, em razão de aquela ter sido usada de maneira contrária às determinações legais do ente soberano. Num contexto mundial de busca ao intensivo combate à prática de lavagem de dinheiro, os organismos internacionais recomendam a implementação, por parte das nações, de legislação que autorize a extinção civil de domínio in rem ou perda civil de bens.

No Brasil, o fundamento constitucional que autoriza a expropriação sem indenização da propriedade ou posse, em razão do descumprimento de sua função social, encontra lastro no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que reza: “a propriedade atenderá a sua função social”.

A natureza jurídica do instituto conforma-se com uma compensação, uma reparação devida pelo proprietário ao Estado, em razão de ter aquele usado ou permitido que se usasse o bem objeto de perdimento contrariamente ao que estabelece o ordenamento jurídico que, em última instância, autoriza, legitima e protege o próprio exercício do direito à propriedade.

A perda civil da propriedade apresenta dupla finalidade: diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas pela retirada de seus meios materiais de atuação e ampliar a capacidade material de combate aos males gerados por essa mesma atuação via de transferência dos produtos da ação civil de perdimento in rem à pessoa jurídica de direito público afetada pelas práticas ilícitas.

Uma vez explicitada natureza jurídica do instituto, passa o texto do anteprojeto de lei a tratar das hipóteses em que a perda civil pode ser declarada, as quais correspondem às teorias reconhecidas pela doutrina internacional a embasar o perdimento. O substrato dos casos que autorizam a perda civil consiste na vinculação, de qualquer forma, do bem, direito ou valor com atividades ilícitas.

Entretanto, tais atividades se restringem àquelas enumeradas no parágrafo 1º. do artigo 2º., por serem consideradas de alta gravidade e reprovabilidade no meio social, estando intrinsecamente relacionadas às práticas de organizações criminosas.

Quando as atividades ilícitas tenham sido praticadas no estrangeiro, caberá a perda civil dos bens, direitos ou valores situados no Brasil, nos termos do artigo 3º.

Ainda com escopo de reduzir a margem de ação de tais organizações criminosas, no parágrafo 2º do artigo 2º, abre-se a possibilidade de perda civil de bens transmitidos a terceiros por meio de herança, legado ou doação, tudo de forma a não permitir aos perpetradores do ilícito escamotear seus proveitos via transmissão de seu direito.

De outro lado, preocupa-se o texto do anteprojeto de lei em garantir os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé, em consonância com as disposições do Código Civil que guindou a boa-fé ao status de regra de interpretação (artigo 113) e princípio geral com relação aos contratos (artigo 422).

O artigo 4º. prevê que os legitimados – Ministério Público, União, Estados e Distrito Federal – poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento da ação de declaração da perda civil da propriedade ou posse em razão do descumprimento da sua função social.

O contraditório e a ampla defesa estão e permanecem garantidos no anteprojeto de lei, o qual adota para a ação de perda civil de bens o rito da ação civil pública, instituída pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 e, subsidiariamente, a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

O trâmite da ação de perda civil de bens independe de eventuais processos civis ou penais que incidem sobre os mesmos fatos, eis que tais processos buscam a responsabilização pessoal por atos ilícitos. Por óbvio, a independência de instâncias não se aplica quando houver sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor.

A perda civil da propriedade ou posse abrange também situações em que a persecução penal ou civil não se faz possível, por ausência ou desconhecimento do responsável, ou ainda por falta de definição precisa da responsabilidade civil ou penal, o que não impede, contudo, que provas suficientes existam da origem ilícita dos bens e direitos.

Os artigos 8º e 9º fixam como legitimados passivos para a ação de perda civil de propriedade ou posse os titulares ou possuidores dos bens adquiridos, originários ou envolvidos com atividades ilícitas. Trata-se, portanto, de ação *propter rem*.

Está estabelecido ainda que a ação poderá ser intentada contra réu incerto, se desconhecido proprietário ou possuidor, caso em que serão citados por edital os interessados, com descrição dos bens, e nomeado pelo juiz curador para defender e proteger os interesses dos réus não conhecidos.

A qualquer tempo em que surja o titular ou possuidor, poderá ingressar no feito, recebendo-o na fase e estado em que se encontra, de forma também coerente com a legislação civilista.

O artigo 10 define como competente, primariamente, o foro do local do fato ilícito ou dano, porquanto recomendável que o processo tramite no juízo que detenha

jurisdição no território em que ocorrido o originário ilícito ou dano, mais próximo que está da prova a ser analisada e dos fatos.

Não sendo conhecido, eventualmente, o local do ilícito, poderão ser eleitos, alternativamente, o foro de situação dos bens ou aquele de domicílio do réu, ambas as alternativas igualmente justificáveis e coerentes com a legislação civil.

O artigo 11 prevê que o poder de cautela do juiz pode ser utilizado, a qualquer tempo, para concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final.

O parágrafo primeiro do artigo 11 fixa o prazo de 60 (sessenta) dias – prorrogável por igual período, desde que fundamentadamente justificado ao juiz da causa – para vigência de medidas preparatórias. Este rigor garante os direitos individuais, ao tempo em que exigirá do Estado cautela e disciplina extremadas na iniciativa e no próprio pedido de medidas cautelares quaisquer.

Rezam os parágrafos 3º. e 4º. do artigo 11 que, realizada a apreensão do bem, o processo judicial passará a ter prioridade na tramitação, devendo o juiz deliberar, de imediato, sobre sua alienação antecipada ou sobre nomeação de administrador.

Tais linhas de conduta visam garantir a tramitação célere, a eficácia da medida final e a garantia dos réus, pois proporcionam a manutenção do valor real do bem, desde sua constrição.

O anteprojeto de lei prevê que a alienação antecipada será realizada por meio de leilão, não sendo admitido preço vil, ficando o depósito dos valores em contas remuneradas vinculadas ao juízo.

O artigo 15 dispõe em seu caput a consequência lógica de que, julgado procedente o processo, determinará o juiz as medidas necessárias para transferência definitiva dos bens, direitos e valores discutidos.

Ao mesmo tempo, o parágrafo único dispõe que a sentença pela improcedência por eventual insuficiência de provas não faz coisa julgada material, podendo qualquer dos legitimados propor nova ação com o mesmo objetivo, desde que lastreada em nova prova.

A redação dada ao caput do artigo 16 denota o interesse público subjacente à perda civil da propriedade ou posse, de modo que se optou por dispensar os legitimados do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais, honorários sucumbenciais e demais despesas, salvo comprovada má-fé do autor.

Os parágrafos do artigo 16 especificaram essa regra, determinando a preferência de se realizar perícias por meio de peritos integrantes do quadro da Administração Pública.

Excepcionalmente, as perícias serão realizadas por profissionais estranhos à Administração Pública, caso em que as despesas periciais serão adiantadas pelos entes públicos, já que serão estes, em caso de procedência do pedido, os beneficiários ao final do processo. Tais despesas serão pagas pelo réu sucumbente.

O art. 18 introduz salutar regra de recompensa ao terceiro desvinculado de qualquer delito correlato que contribua de modo eficaz, preste informações que levem a obtenção de provas que possam instruir a ação declaratória de perda civil ou a localização de bens. Com isso, fará jus a até cinco por cento do produto da liquidação dos bens objeto da perda civil.

Por fim, o anteprojeto de lei vai ao encontro da postura institucional da República Federativa do Brasil que sempre se posicionou, na arena internacional, pela repressão aos crimes praticados por organizações criminosas e pela adoção do consenso fruto das negociações multilaterais.”