

116

OUT/NOV 2023

Coordenador

Oswaldo Henrique Duek Marques

Conselho Editorial

Alice Bianchini

André Vinícius Espírito Santo de Almeida

Aury Lopes Júnior

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Carlos Ernani Constantino

Carolina Alves de Souza Lima

Celso de Magalhães Pinto

César Barros Leal

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Cezar Roberto Bitencourt

Claudio Brandão

Édson Luís Baldan

Eduardo Saad Diniz

Elias Mattar Assad

Eloisa de Souza Arruda

Ester Kosovski

Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

Fernando Capez

Fernando da Costa Tourinho Filho

Fernando de Almeida Pedroso

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

Gisele Mendes de Carvalho

Guilherme de Souza Nucci

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

João Mestieri

José Carlos Teixeira Giorgis

Luciano de Freitas Santoro

Luiz Flávio Borges D'Urso

Marco Antonio Marques da Silva

Marcus Alan de Melo Gomes

Michele Cia

Nadia Espina (Argentina)

Orlando Faccini Neto

Oswaldo Giacoia Júnior

Paulo Henrique Aranda Fuller

Raúl Cervini

Renato Marcão

Rômulo de Andrade Moreira

Ryanna Pala Veras

Sergio Demoro Hamilton

Tiago Caruso Torres

Umberto Luiz Borges D'Urso

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

LEX MAGISTER
PRODUTOS JURÍDICOS

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XX – Nº 116

Out-Nov 2023

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007

Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenador

Oswaldo Henrique Duek Marques

Conselho Editorial

Alice Bianchini – André Vinícius Espírito Santo de Almeida – Aury Lopes Júnior
Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Carlos Ernani Constantino
Carolina Alves de Souza Lima – Celso de Magalhães Pinto – César Barros Leal
Cesar Luiz de Oliveira Janoti – Cezar Roberto Bitencourt – Cláudio Brandão
Édson Luís Baldan – Eduardo Saad Diniz – Elias Mattar Assad – Eloisa de Souza Arruda
Ester Kosovski – Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina) – Fernando Capez
Fernando da Costa Tourinho Filho – Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gisele Mendes de Carvalho
Guilherme de Souza Nucci – Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – João Mestieri – José Carlos Teixeira Giorgis
Luciano de Freitas Santoro – Luiz Flávio Borges D'Urso
Marco Antonio Marques da Silva – Marcus Alan de Melo Gomes – Michele Cia
Nadia Espina (Argentina) – Orlando Faccini Neto – Oswaldo Giacoia Júnior
Paulo Henrique Aranda Fuller – Raúl Cervini – Renato Marcão
Rômulo de Andrade Moreira – Ryanna Pala Veras – Sergio Demoro Hamilton
Tiago Caruso Torres – Umberto Luiz Borges D'Urso

Colaboradores deste Volume

Alessandro Fernandes – Américo Bedê Freire Junior – Ana Lúcia Tavares Ferreira
Antônio Amaral – Antonio Carlos da Ponte – Antonio José Fernandes Vieira
Bruno de Omena Celestino – Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Eduardo Cambi
Gabriel Gomes da Luz – Gilberto Giacoia – Giovanna Conceição Picinini
José de Assis Santiago Neto – Luciano Lopes Nogueira Ramos
Maria Vitória Pereira dos Santos – Michele Oliveira de Abreu
Motauri Ciocchetti de Souza – Vinícius Muzi Rios

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004-
Bimestral. Coordenação: Oswaldo Henrique Duek Marques.
v. 116 (out./nov. 2023)
ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico. 2. Direito Processual Penal
– Periódico.

CDU 343(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

É com grande satisfação que apresento a centésima décima sexta edição da Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, destinada a contribuir para aperfeiçoar as ciências penais e processuais penais.

Abre a sequência de artigos “Cross Border Corruption Governance: the Development of New Models on Asset Recovery and Mutual Legal Assistance in The International Law and in the Brazilian Criminal Justice System”, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira, no qual analisam os mecanismos de recuperação de ativos e de cooperação internacional como elementos-chave da atual política criminal contra as práticas de corrupção transnacional e lavagem de dinheiro.

Na sequência, em “Prescrição da Ação Penal e o Dano Moral Coletivo”, Antonio Carlos da Ponte, Luciano Lopes Nogueira Ramos e Maria Vitória Pereira dos Santos discorrem sobre a responsabilidade do Estado, na hipótese de prescrição na ação penal.

A Revista prossegue com o texto de Motauri Ciocchetti de Souza e Giovanna Conceição Picinini, intitulado “O Direito à Propriedade e o Combate à Criminalidade Contemporânea: os Paradoxos da Superação de Direitos Fundamentais na Busca pela Efetividade Processual”. Nele, os autores apreciam as medidas penais e processuais penais legal e constitucionalmente previstas – como a perda ampliada de bens ou confisco alargado e as medidas assecuratórias (medidas cautelares de constrição patrimonial).

Em seguida, no escrito “Busca Pessoal Preventiva: Pressupostos Técnicos e Importância como Ferramenta de Preservação da Segurança Pública”, Vinícius Muzi Rios e Américo Bedê Freire Junior investigam se a busca pessoal preventiva é necessária enquanto ferramenta para manutenção da segurança pública.

Bruno de Omena Celestino, Michele Oliveira de Abreu e Antônio Amaral, por sua vez, em “Repercussão Jurídico-Penal da ‘Cultura do Cancelamento’: A Necessária Prestação de Contas dos ‘Canceladores’”, fazem uma análise jurídica das consequências dos atos de cancelamento, em especial a eventual prática de condutas criminosas por aqueles que resolvem aderir aos movimentos de cancelamento.

Já no texto “A Inconvencionalidade da Ampliação da Competência da Justiça Militar Promovida pela Lei nº 13.491/2017”, Antonio José Fernandes Vieira, Eduardo Cambi e Gilberto Giacoia abordam a ampliação da competência da Justiça Militar promovida pela Lei nº 13.491/2017.

Em “Crime do Colarinho Branco Frente às Teorias Comparadas de Durkheim, Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann”, Alessandro Fernandes analisa a complexidade dos Crimes de Colarinho Branco, sob a perspectiva dos referidos pensadores.

Por último, em “A Aplicação do Controle de Constitucionalidade e Convencionalidade por parte do Delegado de Polícia”, Gabriel Gomes da Luz e José de Assis Santiago Neto apresentam uma análise conceitual ampla acerca do controle de constitucionalidade e convencionalidade, buscando apresentar a aplicação do controle de convencionalidade e constitucionalidade pelo Delegado de Polícia na aplicação da lei processual penal.

Como coordenador, estou convencido da excelência e atualidade dos textos apresentados, cuja leitura será, sem dúvida, de grande interesse para os estudiosos das ciências penais e processuais penais.

Oswaldo Henrique Duek Marques

Sumário

Doutrina

1. Cross Border Corruption Governance: the Development of New Models on Asset Recovery and Mutual Legal Assistance in the International Law and in the Brazilian Criminal Justice System
Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira 7
2. Prescrição da Ação Penal e o Dano Moral Coletivo
Antonio Carlos da Ponte, Luciano Lopes Nogueira Ramos e Maria Vitória Pereira dos Santos..... 34
3. O Direito à Propriedade e o Combate à Criminalidade Contemporânea: os Paradoxos da Superação de Direitos Fundamentais na Busca pela Efetividade Processual
Motauri Ciocchetti de Souza e Giovanna Conceição Picinini 47
4. Busca Pessoal Preventiva: Pressupostos Técnicos e Importância como Ferramenta de Preservação da Segurança Pública
Vinícius Muzi Rios e Américo Bedê Freire Junior 70
5. Repercussão Jurídico-Penal da “Cultura do Cancelamento”: a Necessária Prestação de Contas dos “Canceladores”
Bruno de Omena Celestino, Michele Oliveira de Abreu e Antônio Amaral 84
6. A Inconvencionalidade da Ampliação da Competência da Justiça Militar Promovida pela Lei nº 13.491/2017
Antonio José Fernandes Vieira, Eduardo Cambi e Gilberto Giacoia..... 122
7. Crime do Colarinho Branco Frente às Teorias Comparadas de Durkheim, Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann
Alessandro Fernandes 145
8. A Aplicação do Controle de Constitucionalidade e Convencionalidade por Parte do Delegado de Polícia
Gabriel Gomes da Luz e José de Assis Santiago Neto 163

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Tráfico de Drogas. Regime Inicial Mais Gravoso. Fundamentação Idônea. Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito. Inviabilidade
Rel. Min. Alexandre de Moraes 180
2. Superior Tribunal de Justiça – Execução Penal. Agravo em Recurso Especial. Falta Grave. Art. 50, I, da Lei nº 7.210/1984. Não Ocorrência. Recusa do Detento em Aceitar Alimento que Julgou Impróprio. Exercício dos Direitos Fundamentais. Previsão do Art. 41, I e VII, da LEP. Agravo Conhecido para Dar Provimento ao Recurso Especial
Rel. Min. Ribeiro Dantas 184

| | |
|--|-----|
| 3. Superior Tribunal de Justiça – Acordo de Não Persecução Penal. Descumprimento das Condições Impostas. Inexistência de Previsão Legal para que o Investigado Seja Intimado para Justificação do Descumprimento das Condições que Ele Aceitou em Audiência. Agravo Improvido <i>Rel. Des. Conv. Jesuíno Rissato</i> | 189 |
| 4. Superior Tribunal de Justiça – Busca Pessoal. Fundadas Razões Presentes. Forte Cheiro de Maconha. Busca Domiciliar. Ausência de Justa Causa. Nada de Ilícito Encontrado na Busca Pessoal. Autorização da Genitora. Irrelevância. Precedentes desta Corte. Agravo Regimental a que se Nega Provimento <i>Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca</i> | 196 |
| Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários | 203 |

O Direito à Propriedade e o Combate à Criminalidade Contemporânea: os Paradoxos da Superação de Direitos Fundamentais na Busca pela Efetividade Processual

MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP; Professor nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-SP; e-mail: motauri@uol.com.br.

GIOVANNA CONCEIÇÃO PICININI

Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; e-mail: gi.picinini.@gmail.com.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as medidas penais e processuais penais legal e constitucionalmente previstas – como a perda ampliada de bens ou confisco alargado e as medidas assecuratórias (medidas cautelares de constrição patrimonial) –, que, mediante a privação ou limitação ao direito fundamental de propriedade, integram o arsenal estatal de combate à criminalidade contemporânea em seu lastro econômico-patrimonial. Paralelamente, busca trazer a lume o eventual desvirtuamento de tais mecanismos, que, em prol da efetividade processual, podem vir a ingressar em rota de colidência com direitos e garantias fundamentais. As atuais expressões da criminalidade demandam a equivalente evolução e adaptação dos mecanismos utilizados para combatê-la; todavia, é necessário anotar que a busca pela concepção de um processo penal mais efetivo subordina-se, inexoravelmente, à estrita observância dos nominados Direitos Fundamentais, vedados comportamentos normativos e jurisdicionais destoantes de tais premissas, os quais grassam a quadra da inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Confisco Alargado. Direitos Fundamentais. Medidas Assecuratórias. Processo Penal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Propriedade como Direito Fundamental. 2 A Privação do Direito à Propriedade como Efeito da Condenação. 3 Perda Ampliada de Bens ou Confisco Alargado: o Art. 91-A do Código Penal. 4 As Medidas Assecuratórias e seus Desvirtuamentos. 5 Os Paradoxos da Superação dos Direitos Fundamentais na Busca pela Efetividade Processual. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente trabalho objetiva analisar os mecanismos penais e processuais penais de combate à criminalidade contemporânea em seu lastro econômico-patrimonial – notadamente no que diz respeito à perda ampliada de bens ou confisco alargado e às medidas assecuratórias trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro –, traçando considerações sobre o desvirtuamento na tipificação, decretação e manutenção de tais ferramentas em prol da ideia de um processo penal mais efetivo, o que pode acarretar o indevido elastecimento de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, pilares do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o processo de globalização inerente à nominada terceira revolução industrial trouxe consigo novas molduras às dinâmicas sociais e, conseqüentemente, à própria criminalidade, que, assim como tantas outras esferas da vida cotidiana, sofreu diversas transformações, adaptando-se e organizando-se de forma cada vez mais complexa, o que, invariavelmente, dificulta a apuração e a repressão das práticas delitivas.

Não se está a falar da criminalidade comum, mas da macrocriminalidade, complexa e multifacetada, que conta com uma ampla sustentação econômica. São as grandes organizações criminosas que atuam em nível transnacional, cujas operações contam com um extenso alicerce patrimonial, estabelecendo uma disparidade na economia formal e colaborando para a corrosão da ordem democrática em si. Explica Anabela Miranda Rodrigues¹:

“De um ponto de vista material, a criminalidade organizada é uma actividade económica em sentido amplo (ou em todo caso lucrativa, embora possa ir para além disso), caracterizada por efeitos danosos avultadíssimos, normalmente económicos, mas também políticos e sociais. Destacam-se a sua capacidade de desestabilização dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes. Trata-se de crimes qualificados criminologicamente como ‘crimes of the powerful’ (crimes dos poderosos), com uma configuração jurídica imprecisa e significativamente diversa da dos tipos de crimes do direito penal clássico (da delinquência passional ou dos ‘crimes of powerless’).”

Neste ínterim de novas expressões da sociedade moderna, exige-se que o Estado tenha igual capacidade de adaptação, a fim de que possa fazer frente

1 RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 283.

aos meios delitivos e o combate a esta criminalidade seja, de fato, efetivo. Para João Felipe Menezes Lopes²:

“Se ao tempo da institucionalização do liberalismo, o Estado era o repressor social mais incisivo e os crimes comumente praticados não tinham traços significativos de complexidade, nos dias atuais, o Estado passou a desenvolver fortemente um papel proativo em defesa dos direitos da sociedade e a criminalidade se organizou e passou a operar de forma simbiótica e metamórfica, exigindo dos poderes estatais (em sentido amplo) a mesma capacidade de adaptação.”

E, assim, constrói-se uma máxima: torna-se imprescindível assegurar que o crime “não compense”, evitando que se torne (ou que continue a ser) uma atividade lucrativa, em que as consequências e penalidades são menores ou menos gravosas do que o benefício obtido com a prática do ilícito³. A responsividade adequada à criminalidade complexa exige instrumentos da atuação estatal igualmente complexos, capazes de atingir aquilo que a sustenta: seu lastro econômico-patrimonial.

Para tanto, criam-se mecanismos que, atuando diretamente na privação ou limitação do direito à propriedade privada, buscam fragilizar ou incapacitar o braço econômico da criminalidade contemporânea, viabilizando uma responsividade estatal devida, necessária e efetiva. É o caso da perda de bens e das medidas cautelares de constrição patrimonial (medidas assecuratórias).

O problema emerge quando constatado o desvirtuamento desses mecanismos, causado pela busca irrestrita de uma ideia bastante específica de efetividade processual, onde, a pretexto de se “fazer justiça a qualquer custo”, atropelam-se os ditames do ordenamento jurídico, enfraquecendo os pilares da democracia na concretização de interesses que, muitas vezes, não servem nem ao processo, nem ao combate à criminalidade, nem ao Estado Democrático de Direito em si.

Necessário debruçar-se sobre estes institutos jurídicos, colocando-os sob a luz de seus princípios orientadores, bem como do próprio direito fundamental à propriedade privada, a fim de instituir e aplicar ferramentas aptas a existir e coexistir com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, buscando (aqui, sim, “a todo custo”) evitar que a sua instituição e aplicação no caso concreto não se torne epítome de inconstitucionalidade.

2 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 da AJUFE*, p. 229.

3 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. Aspectos da medida assecuratória de sequestro no contexto do Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 2, n. 1, abr. 2017.

1 A Propriedade como Direito Fundamental

Nos termos do art. 5º, XXII, da Constituição Federal, é assegurado o direito de propriedade.

Cediço que o art. 5º da Carta de Princípios constitui o *locus* dos direitos e garantias individuais, dotados dos predicamentos da generalidade e da isonomia, além de preservados pela imutabilidade, em face de sua natureza pétrea.

A magnitude interna que o direito à propriedade ostenta no Brasil é reflexo de sua proteção consentânea em nível internacional.

Deveras, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948⁴, prevê, em seu artigo 17, que todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros, vedada a sua privação arbitrária. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 22 de novembro de 1969 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992⁵, estabelece, em seu artigo 21, que toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens.

Todavia, reconhece-se que o direito à propriedade, embora e enquanto um direito humano fundamental, nacional e internacionalmente reconhecido, não configura direito absoluto. Para Canotilho⁶:

“Por outro lado, considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não sejam absolutos não tem oferecido maiores dificuldades e tem sido amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo.” (p. 200)

“No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição.” (p. 202)

“O direito à propriedade na ótica desse texto constitucional possui restrições diretas e indiretas que se aplicam às características tradicionais, e, assim,

4 NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 10 jun. 2023.

5 BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz et al. *Série IDP – Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 200 e 202 e 243.

enquanto o caráter absoluto foi afastado pela função social, o exclusivo recebeu a irradiação da possibilidade de requisições civis e militares e o perpétuo restou afetado pelas hipóteses de desapropriação, usucapião, expropriação-sanção e de confisco.” (p. 243)

Com efeito, a leitura do próprio artigo 21 do Pacto San José da Costa Rica permite verificar hipóteses em que se autoriza a limitação ao direito à propriedade privada, quais sejam: (i) a lei pode subordinar o uso e gozo dos bens privados ao interesse social; e (ii) a privação à propriedade poderá ocorrer mediante a) o pagamento de indenização justa, b) por motivo de utilidade pública ou de interesse social e c) nos casos e na forma estabelecidos pela lei⁷.

Em âmbito nacional, o art. 5º da Constituição Brasileira, em seu inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. Já no inciso XXIV, determina que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” enquanto no inciso XLVI, alínea b, prevê que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras medidas, a perda de bens”.

Essas são apenas algumas das previsões que permitem inferir que o direito à propriedade não é assegurado de forma absoluta, podendo ser condicionado a institutos como a função social da propriedade, ou mitigado em virtude da necessidade, utilidade pública ou interesse social.

Contudo, sem prejuízo às demais hipóteses de privação legal e constitucional de bens, interessa ao escopo do presente trabalho tratar, especificamente, da limitação ao direito de propriedade nas searas penal e processual penal.

O aludido inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República prevê a possibilidade de se adotar como pena a perda de bens (pena restritiva de direitos – art. 43, inciso II, do Código Penal).

Além disso, em seu art. 243, a Lei Maior institui hipótese de expropriação da propriedade rural ou urbana onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração do trabalho escravo, assim como que “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei” (parágrafo único).

7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo 21 – Direito à propriedade privada. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O art. 91, inciso II, *a* e *b*, do Código Penal traz como efeito da condenação a perda “dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” e “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Finalmente, visando assegurar a viabilidade de tais hipóteses de privação do direito à propriedade, prevenindo a destruição ou ocultação dos instrumentos ou produtos de eventual prática criminosa, bem como a possível tentativa de dilapidação patrimonial por parte do investigado ou réu, instituíram-se outras formas de limitação ao direito fundamental em análise, consubstanciadas em medidas jurídicas que viabilizam a constrição cautelar e provisória de bens em prol da efetividade processual. Essas são as chamadas medidas assecuratórias, previstas no Capítulo VI do Título VI do Código de Processo Penal.

Não obstante, a despeito do quanto exposto até o momento, fato é que o direito à propriedade privada configura direito humano fundamental e, ainda que não seja absoluto, não pode (e não deve) ser subjulgado sem a observância estrita do devido processo legal.

A perda de bens, seja como pena restritiva de direitos, seja como efeito da condenação, em observância (e desde que observadas) às garantias judiciais do investigado ou acusado – em especial o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF/88) e a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF/88) – só pode ser validamente executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No mesmo sentido, a decretação e a manutenção de medidas assecuratórias só pode ser considerada válida quando respeitadas as regras procedimentais, os direitos fundamentais do acusado e os princípios orientadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Em qualquer caso, é invariavelmente vedada a presunção de culpabilidade ou ilicitude para justificar o cerceamento do direito à propriedade⁸, assim como devem ser rechaçadas discricionariedades que culminem na inobservância dos demais preceitos fundamentais que regem o processo penal e o ordenamento jurídico como um todo⁹.

Atos praticados em desconformidade com as referidas delimitações legais, constitucionais e principiológicas, seja na decretação, manutenção ou

8 CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Perda ampliada de bens e o devido processo legal*. Cadernos de Direito Actual, n. 18, 2022. p. 184.

9 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 da AJUFE*, p. 229.

na própria tipificação legal da medida, configuram o desvirtuamento de hipóteses autorizativas da privação ou limitação ao direito de propriedade privada, culminando em verdadeiros abusos, frequentemente cometidos a pretexto de aperfeiçoar o combate à criminalidade e maximizar a efetividade processual.

Necessário salientar que abusos no cerceamento – cautelar ou não – do direito à propriedade privada geram, muitas vezes, menos sensibilização e indignação do que aqueles ocorridos no cerceamento do direito à liberdade ou à privacidade. Não obstante, devem ser combatidos com igual inconformismo e tenacidade, porquanto a fragilização de um direito fundamental pela sua indevida mitigação representa a fragilização do próprio Estado Democrático de Direito.

2 A Privação do Direito à Propriedade como Efeito da Condenação

Um dos grandes dilemas do combate à criminalidade contemporânea é a busca por meios de fazer com que o crime não compense.

Com efeito, quando analisadas as formas como operam as grandes organizações criminosas atualmente, verifica-se que são amplamente sustentadas por um lastro econômico-patrimonial bastante desenvolvido, capaz de fomentar a continuidade da atuação delitiva através da retroalimentação, onde a atividade ilícita é tida como lucrativa e os proveitos do crime são reinvestidos na própria criminalidade¹⁰.

Nessa toada, urge a criação de medidas jurídicas efetivas para a repressão e o desestímulo das referidas práticas delitivas, capazes de atingir, cirurgicamente, o lastro econômico-patrimonial que sustenta essa expressão da criminalidade, tornando-a – nesta relação de custo-benefício – o menos atrativa possível.

E é por isso que, “objetivando evitar que o crime compense, a condenação criminal, após o trânsito em julgado, produz todo um conjunto de efeitos na vida do sentenciado”¹¹.

De fato, dentre as possibilidades legalmente autorizadas de privação ao direito de propriedade, instituiu-se, como efeito da condenação, a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, *a* e *b*, do Código Penal).

10 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Op. cit.*

11 *Ibidem.*

Aqui, deve-se notar que a perda de bens – e, assim, o cerceamento do direito à propriedade – não é senão uma consequência lógica e devida da constatação de vício direto ou indireto na obtenção da coisa ou na continuidade de sua posse. Ensinam Marcelo Correra, Gabriela Ianni e Claudio Langroiva¹² que

“(...) a Constituição Brasileira permite, por interpretação sistemática, a desconstituição da propriedade privada quando sua aquisição não correspondeu ao direito, como na hipótese dos bens resultantes direta ou indiretamente da atividade criminosa. Essa conclusão se fundamenta até mesmo pelo princípio que impede o enriquecimento ilícito e a aquisição ilegítima de bens.”

Sem embargo, essa constatação só ocorre com o devido processamento da imputação respectiva e posterior trânsito em julgado da condenação, que permite concluir pela materialidade e pela autoria do delito, bem como pela natureza ilícita do bem, seja como instrumento da prática do crime (desde que o fabrico, alienação, uso, porte ou detenção também constitua fato ilícito), seja como produto ou proveito da infração penal.

Destarte, é imprescindível que as etapas percorridas até o trânsito em julgado da condenação – e a consequente perda de bens – observem todas as disposições atinentes ao processo penal, desde regras procedimentais, como, por exemplo, a de que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156 do Código de Processo Penal), até os princípios consagrados na Constituição Federal, como o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF/88), a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF/88) e o direito de não produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88).

3 Perda Ampliada de Bens ou Confisco Alargado: o Art. 91-A do Código Penal

A perda ampliada de bens (ou confisco alargado) foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (nominada pacote anticrime), que modificou o Código Penal para, dentre outras alterações, incluir o art. 91-A, em termos assim vazados:

“Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no *caput* deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

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

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

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

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

A criação do dispositivo legal supracitado, que veicula um novo efeito da condenação também cerceador do direito fundamental à propriedade, remonta a um contexto social no qual as discussões sobre a efetividade do combate à criminalidade organizada no Brasil eram intensas. Após as diversas operações deflagradas para investigar e processar crimes de peculato, corrupção e lavagem de capitais perpetrados no âmbito da Administração Pública, buscava-se um meio jurídico mais efetivo de combater o lastro econômico-patrimonial de tais organizações, bem como de reparar o dano causado pelas infrações e reaver os eventuais valores ilicitamente desviados, recebidos, ocultados e/ou dissimulados. Isso, por óbvio, cumulado com o impetuoso clamor popular no sentido de ver os responsáveis por tais crimes efetivamente responsabilizados.

A análise do texto do art. 91-A do Código Penal permite identificar que o instituto da perda ampliada de bens teria surgido como uma forma de tentar alcançar aqueles bens – instrumentos, produtos ou proveitos de prática criminosa – cuja ocultação ou dissimulação torna difícil ou impossível a aplicação do art. 91 do mesmo diploma legal.

Isso, porque enquanto o art. 91 determina a perda de bens a partir de uma certeza (no caso, da comprovada ilicitude dos bens enquanto instrumentos, produtos ou proveitos do crime), o art. 91-A do Código Penal trabalha com uma mera presunção, uma vez que autoriza a perda de bens presumindo ilícitos todos aqueles correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Em linhas gerais, para a perda de bens nos termos do art. 91-A, considera-se a condenação por uma infração com pena máxima abstratamente cominada superior a seis anos de reclusão suficiente para presumir ilícitos os bens que, embora não comprovadamente ilegais, seriam incompatíveis com os rendimentos lícitos do condenado.

Todavia, e como explicitado anteriormente¹³, o processo penal não pode operar sob a presunção de ilicitude ou culpabilidade. Mesmo pela incidência dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, não se pode, na dúvida, presumir contrariamente ao acusado ou condenado. Nesse sentido

“Não será dispensando princípios basilares do sistema acusatório que se vai construir um direito penal eficaz e, sobretudo, democrático. A acusação deve, por mais difícil que esse trabalho possa ser, provar a origem ilícita dos bens, com um mínimo de fundamento. Este é o preço que todo Estado Democrático de Direito precisa pagar para a duradoura preservação da liberdade.”¹⁴

E é isso que o art. 91-A faz. Extrapola a pena efetivamente aplicada e os próprios efeitos da condenação sob uma presunção de ilicitude que, ao fim e ao cabo, é apenas isso: uma presunção, uma ausência de certeza.

Na falta de elementos probatórios capazes de atestar a ilegalidade dos bens, opera-se com a ilicitude presumida, invertendo-se o ônus da prova, porquanto passa a incumbir ao acusado provar a legitimidade de seu patrimônio, sob o risco de ver cerceado seu direito fundamental à propriedade a partir de uma mera presunção. Pela disposição do § 2º do dispositivo, “O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”.

Tal previsão, todavia, ainda que, teoricamente, assegure ao condenado o direito de provar a legitimidade de seus bens (o que, vale mencionar, é o mínimo a se assegurar, em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa), contraria outro princípio orientador do processo penal: o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*). Quando vige a presunção de ilicitu-

13 Vide tópico 2.

14 CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Op. cit.*, p. 198.

de, o “direito” de produzir prova se torna obrigação, pois, *in casu*, o silêncio é entendido como aquiescência com a presunção de ilegitimidade estabelecida.

De qualquer forma, não é desarrazoado que os cidadãos sejam chamados a demonstrar a licitude de seu patrimônio ao Estado (até pela vedação ao enriquecimento ilícito). Todavia, o Direito Penal, enquanto *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, e o Processo Penal, instrumento de aplicação daquele, orientado pelos ditames da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e direito ao silêncio, não parecem ser (e, de fato, não são) as searas adequadas para tanto.

Embora o § 3º do art. 91-A em análise estabeleça que “A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada”, isso não parece salvar o dispositivo. Por mais que o *Parquet*, na denúncia, deva requerer a perda ampliada, demonstrando a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, a indevida presunção de ilicitude prevalece.

Provar a diferença patrimonial, neste caso, não é provar a alegada ilicitude dos bens e, nesse sentido, a previsão em análise, além de conflitar com os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e com o direito ao silêncio, também desarmoniza com o princípio do devido processo legal em uma de suas cláusulas mais basilares, estabelecida no art. 156 do Código de Processo Penal, que trata da partição do ônus da prova.

Como explicam Correra, Ianni e Langroiva¹⁵,

“(...) o direito fundamental de ser presumido inocente, com toda a amplitude conferida pelo texto constitucional, seja como norma de tratamento, seja como norma probatória, seja como norma de juízo, torna inadmissíveis as pretensões legislativas de flexibilização do conteúdo, da extensão ou dos seus efeitos, desautorizando as presunções em acusações penais, uma vez que jamais podem ser intuídas, requerendo provas, cujo ônus incumbe, exclusivamente, ao acusador.”

Por fim, reconhece-se que a medida da perda ampliada de bens carece de limites quantitativos e temporais, o que a torna desproporcional quando, analisando o caso concreto, surgirem discrepâncias entre os bens efetivamente abrangidos pelo contexto fático criminoso do qual advinda a condenação e aqueles alheios a ele – e, ainda assim, perdidos como efeito do provimento jurisdicional.

Dispensa-se a necessidade de se estabelecer qualquer liame fático-temporal entre os referidos bens e a infração apurada no processo. A medida,

15 *Ibidem*, p. 199.

contraintuitivamente, prescinde de qualquer nexos causal entre aqueles bens que serão tidos como instrumentos, produtos ou proveitos de uma infração penal e a infração penal em si.

A perda ampliada de bens, como disposto no § 1º, incisos I e II, do art. 91-A, contempla todo o patrimônio de titularidade do condenado ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto na data da infração penal ou recebidos posteriormente, independentemente de terem sido adquiridos licitamente e/ou muitos anos antes da prática do ilícito, sob a presunção de que eles seriam ilegítimos. Com efeito:

“A prevalecer a perda ampliada na forma vigente, isto é, sem o devido processo que apure a ocorrência de uma ação criminosa e sua correlação com o patrimônio localizado, permite-se até mesmo a perda de bens lícitos, simplesmente pelo exercício do direito ao silêncio e pela existência de uma condenação criminal, ainda que sem qualquer relação com o patrimônio auferido.”¹⁶

A própria presunção de ilicitude praticada na perda ampliada de bens implica a ausência de limites quantitativos e temporais da medida, uma vez que o ato de presumir decorre de uma ausência de certeza – e não se pode limitar a ausência de certeza.

Fato é que a inovação legislativa consolidada no art. 91-A do Código Penal, notadamente quanto às premissas e a abrangência da perda ampliada de bens, passível de alcançar todos os bens de titularidade do condenado na data da infração ou recebidos posteriormente, dispensando a necessária comprovação de que os referidos bens seriam, de fato, ilícitos, tornam a referida medida bastante temerária, representando verdadeira superação de direitos fundamentais em prol da ideia de uma maior efetividade processual ou mesmo em favor de uma maior satisfação punitiva (ainda que, eventualmente, indevida).

A intenção de se buscar mecanismos mais eficientes de combate à criminalidade contemporânea – em especial à criminalidade organizada – é louvável. No entanto, não se pode conceber institutos que, a pretexto de maximizar a efetividade processual, violem os pilares normativos e principiológicos do ordenamento jurídico, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

4 As Medidas Assecuratórias e seus Desvirtuamentos

As medidas assecuratórias, como antes mencionado, são medidas cautelares de constrição patrimonial que recaem sobre os bens do investigado

16 *Ibidem*.

ou acusado de um delito, durante o inquérito policial ou o processo penal, voltadas a – como a própria etimologia indica – assegurar o possível resultado da persecução penal, que contempla, entre outros, os efeitos da condenação, previstos no art. 91 (e, após a Lei nº 13.964/2019, no art. 91-A) do Código Penal.

Sabe-se que o trâmite do processo pode ser, além de custoso, demorado. A, muitas vezes, morosa atuação do Poder Judiciário – seja pelo grande volume de casos, seja pela escassez de pessoal, seja pela combinação de ambos os fatores – gera uma necessidade de buscar formas de garantir que a eventual futura procedência da ação penal tenha condições materiais de ser executada.

Nesse sentido, é possível entender as medidas assecuratórias como intentos legislativos de assegurar o resultado útil do processo penal, colocando um óbice a eventuais tentativas de destruição, ocultação de bens ou dilapidação patrimonial, que possam prejudicar ou impedir a concretização dos efeitos da condenação, seja no tocante à reparação do dano causado, seja com relação à perda, em favor do Estado, dos instrumentos, produtos ou proveitos do crime. De acordo Romeu Pires de Campos Barros,

“Acentuado já foi que o processo enfrenta uma luta contra o tempo. Entre o pedido e a entrega da prestação jurisdicional, intercorre uma série de atos indispensáveis para assegurar às partes a defesa de seu direito, o que torna demorada a solução final do litígio. Durante esse período, podem ocorrer mutações nas coisas ou pessoas, sobre as quais se discute no processo, ou contra as quais incidirá a execução da sentença nele a ser proferida. Daí a necessidade de acautelar-se essas coisas, pessoas ou situações, a fim de que não fique prejudicado o julgamento da causa posta em juízo ou não desapareça o réu que deverá cumprir a pena imposta ou as coisas sobre as quais recairão a execução penal e civil, esta com relação aos danos provenientes do ilícito penal. Em qualquer desses casos, impõe-se no presente, em função do futuro, um sacrifício à livre evolução da situação jurídica e, em gênero, à livre disponibilidade da coisa e da pessoa.”¹⁷

Para Rogério Pacheco Alves:

“Dentro de tal perspectiva, o processo cautelar vai desempenhar um importantíssimo papel principalmente na implementação dos postulados *a* (‘instrumentos adequados’) e *d* (‘utilidade do resultado do processo’), supra, garantindo, por meio de uma cognição sumária, a eficácia prática da sentença, ameaçada pela natural demora da prestação jurisdicional (*periculum*

17 BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; Coordenação de Ada Pellegrini Grinover. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 38.

in mora), possibilitando, assim, que o processo alcance todos os escopos (jurídicos, sociais e políticos) para os quais foi concebido.”¹⁸

No contexto atual, as medidas assecuratórias constituem importante papel no combate à criminalidade organizada em seu lastro econômico-patrimonial, porquanto obstam o reinvestimento de capital no próprio crime, cerceando a disposição de bens que poderiam levar ao fomento da prática criminosa¹⁹.

As medidas assecuratórias atualmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: o sequestro, a hipoteca legal e o arresto (Capítulo VI do Título VI do Código de Processo Penal).

O sequestro (arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal) recai sobre os bens móveis ou imóveis de que se tenha indícios veementes da proveniência ilícita. A hipoteca (art. 134 do CPP) poderá incidir sobre os bens imóveis lícitos, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Por fim, o arresto (art. 136 do CPP) é passível de ser decretado sobre bens imóveis (precedendo a hipoteca legal) e, subsidiariamente – quando não houver bens imóveis ou estes forem de valor insuficiente –, sobre bens móveis penhoráveis²⁰.

Por serem medidas constritivas de bens, configuram, por óbvio, hipóteses de limitação ao direito de propriedade: sob a vigência de uma assecuratória, o indivíduo deixa de poder usar, gozar e dispor de seu patrimônio²¹ por um determinado período de tempo.

E tal como qualquer medida cerceadora de direitos fundamentais constitucionalmente autorizada e legalmente estabelecida, as medidas assecuratórias devem ser conduzidas (em sua decretação e manutenção) nos limites da mais estrita legalidade, respeitando os princípios orientadores do ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras de Gamil Föppel, Josiane Minardi e Raul Mangabeira,

“De fato, toda e qualquer medida restritiva deve obedecer rigidamente ao Princípio da Legalidade, uma vez que o Estado não pode, nem mesmo através do Poder Judiciário, impor ao particular restrição não prevista em lei ou, embora prevista, decretá-la em desacordo com a disposição legal.

18 ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 15, 2002, p. 230.

19 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Op. cit.*

20 NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 105 e 106.

21 Pelo art. 1.228 do Código Civil: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

É de conhecimento geral que as medidas constritivas devem estar taxativamente previstas no ordenamento pátrio e sua decretação deve observar todos os requisitos legais, sob pena de nulidade. Decerto, verificando-se que determinada medida restritiva desatende aos requisitos legais para decretação, impõe ao Poder Judiciário revogá-la de imediato. Não pode o magistrado valer-se de determinada medida prevista em lei e inobservar seus requisitos para decretação, sob pena de desnaturar a providência, em manifesta ofensa ao princípio da legalidade, conformador do ordenamento jurídico, sobretudo no que concerne às medidas restritivas de direitos.”²²

Por conseguinte, as referidas ferramentas processuais encontram a sua legitimidade no preenchimento de determinados requisitos, características e circunstâncias que devem estar verificadas para que seja válida a decretação e manutenção da medida. Para Luiz Flávio Gomes,

“Se existe um campo onde é absolutamente indiscutível a incidência do *princípio da proporcionalidade* esse é o do direito processual penal, particularmente o das medidas cautelares. Sabe-se que referido princípio requer que todas as medidas restritivas de direitos fundamentais cumpram uma série de pressupostos (*legalidade e justificação*) assim como de requisitos, que se dividem em extrínsecos (*judicialidade e motivação*) e intrínsecos (*idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*)”²³

Com efeito, a proporcionalidade deve estar presente em todas as etapas da persecução penal, desde a instauração do inquérito policial até a execução da pena. No que tange ao acautelamento de coisas e pessoas, determinado a partir de um juízo de cognição sumária, não exauriente, que representa privação a esferas de direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade, a decretação e manutenção de medidas constritivas deve ser sempre proporcional ao caso concreto.

Devem, ainda, corresponder ao resultado que pretendem assegurar, de modo que “a constrição patrimonial não poderá ser mais intensa do que o valor do dano a ser satisfeito ao final, em caso de condenação”²⁴. Esta característica das medidas assecuratórias é a referibilidade.

Além disso, as referidas medidas devem ser decretadas e mantidas de forma excepcional (excepcionalidade), a partir da necessidade do caso, au-

22 FÖPPEL, Gamil; MINARDI, Josiane; MANGABEIRA, Raul. Tensões entre o direito à razoável duração do processo e o sequestro de bens nos crimes envolvendo a criminalidade considerada organizada. *Delictae*, v. 7, n. 12, 2022, p. 217.

23 GOMES, Luiz Flávio. *Garantias mínimas relacionadas com as medidas cautelares*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 247-248.

24 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Op. cit.*

ferida pelo possível risco de deterioração, ocultação do bem ou dilapidação patrimonial (*periculum in mora*) e pela verossimilhança da narrativa acusatória (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*)²⁵. De fato, o sequestro só pode ser decretado a partir de indícios veementes da proveniência ilícita do bem que se pretende acautelar, enquanto a hipoteca dependerá da certeza da infração e indícios suficientes da autoria (arts. 125 e 134 do CPP, respectivamente).

As medidas assecuratórias também são incidentais e acessórias, necessariamente atreladas a um processo principal cujo resultado pretendem assegurar, e provisórias, porquanto perduram por um determinado período de tempo, cessando – no máximo – com o trânsito em julgado da sentença. Como explica Dean Fabio Bueno de Almeida: “Encerrando o processo, elas serão convertidas em medidas definitivas, em caso de condenação, ou serão revogadas, em caso de absolvição”²⁶.

Por fim, e como já ressaltado, as medidas assecuratórias têm a sua validade necessariamente subordinada à observância das regras procedimentais e dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Ocorre, no entanto, que nem sempre os requisitos *supra* são integralmente observados. No dia a dia forense, é possível constatar abusos e desvirtuamentos na decretação e manutenção de medidas assecuratórias, seja na abrangência da constrição, seja na duração de sua vigência, quase sempre motivados pela ideia de uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Não raro se verifica a existência de medidas cautelares que alcançam mais bens do que seriam necessários para satisfazer os efeitos da (futura e eventual) condenação ou do que aqueles sobre os quais há efetivos indícios veementes da proveniência ilícita (no caso do sequestro).

De forma semelhante, é possível constatar situações nas quais a medida perdura no tempo sem um limite aparente, ainda que não demonstrado qualquer risco de dilapidação patrimonial ou demais atos que possam levar ao perecimento ou impossibilidade de alcançar o bem futuramente.

Nesses casos, a mera condição de investigado ou réu é tida como suficiente para manter em vigor um mecanismo restritivo do direito fundamental à propriedade, mesmo que não verificado o preenchimento dos requisitos intrínsecos da medida no caso concreto.

25 FÖPPEL, Gamil; MINARDI, Josiane; MANGABEIRA, Raul. Tensões entre o direito à razoável duração do processo e o sequestro de bens nos crimes envolvendo a criminalidade considerada organizada. *Delictae*, v. 7, n. 12, 2022, p. 216 e 217.

26 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Op. cit.*

No que diz respeito ao sequestro de bens, por exemplo, embora exista um prazo máximo de duração da medida no curso do inquérito policial (60 dias, nos termos do art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal) – o qual nem sempre é respeitado²⁷ –, o mesmo não é verdade para a ação penal em trâmite. Na ausência de previsão legal, o sequestro de bens pode – em tese – perdurar até o trânsito em julgado da sentença penal, seja para condenar e determinar a perda do bem sequestrado, seja para absolver e levantar a constrição. Da mesma forma, a hipoteca também não está adstrita a um prazo especificado em lei.

E, apesar dos casos em que a manutenção da cautelar durante toda a instrução processual (mesmo que por anos a fio) é proporcional e necessária ao efetivo resguardo do processo, há situações em que a medida é, desnecessariamente, mantida, privando o indivíduo de seu direito à propriedade sem motivo aparente, por tempo desarrazoado e sem a observância dos critérios que ensejariam a devida constrição patrimonial. Para Föppel, Minardi e Mangabeira,

“É nessas situações que se justifica a sobriedade do magistrado de, revendo uma decisão sua, cessar os efeitos de medidas cautelares tomadas de maneira precária no início da *persecutio criminis* para restabelecer o *status* de dignidade e os direitos fundamentais do réu.”²⁸

Há que se cuidar para que o excepcional não se torne regra, o provisorio não vire ilimitado, e o proporcional não se reduza à mera questão de perspectiva.

Talvez isso indique uma necessidade de suprir, legislativamente, eventuais deficiências normativas quanto à abrangência e duração das medidas assecuratórias. Não obstante, a necessidade de se adequar o caso concreto à norma (e vice-versa) não autoriza discricionariedades que, ao fim e ao cabo, desvirtuam a medida de seu papel originário e culminam por incidir na mais pura inconstitucionalidade. Deveras,

“As cautelares reais, portanto, também devem respeitar os direitos e garantias fundamentais, a exemplo da duração razoável do processo e do direito de propriedade, e não deveriam estar infensas a reanálise, máxime porque a sua decretação já consiste em uma sanção antecipada em desfavor do réu, tomada a partir de ‘indícios’, de uma ‘prova’ fragmentária e não exauriente, somente justificada nas situações de urgência.”²⁹

27 Um estudo realizado entre os anos de 2009 e 2010 pela equipe da FGV Direito Rio demonstrou que, dos 173 acórdãos analisados, 40% dos magistrados deixaram de respeitar o prazo previsto em lei para levantamento da constrição patrimonial. Conferir em: BOTTINO, Thiago (coord.). *Medidas assecuratórias do processo penal*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. Série Pensando o Direito, n. 25, p. 20-21. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

28 FÖPPEL, Gamil; MINARDI, Josiane; MANGABEIRA, Raul. *Op. cit.*, p. 229.

29 *Ibidem*, p. 222.

Abusos praticados no âmbito das medidas cautelares de constrição patrimonial não ferem apenas a legislação infraconstitucional temática (o que, por si só, já seria bastante gravoso), mas também representam violações patentes ao direito fundamental de propriedade e às garantias do acusado, como a legalidade, a proporcionalidade, o devido processo legal e a razoável duração do processo. Assim,

“(…) por um lado, em hipótese alguma o respeito às garantias fundamentais deve ser visto como sinônimo de impunidade; por outro lado, o processo penal também não pode mais ser visto como um simples instrumento serviço do poder punitivo (direito penal), mas, sim, como aquele que desempenha o papel de limitador do poder estatal e garantidor dos indivíduos a ele submetidos.”³⁰

É necessário desenvolver um sistema de acautelamento que concilie eficácia e respeito aos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, viabilizando a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva sem que isso signifique a sobreposição da pretensão punitiva do Estado aos próprios fundamentos e diretrizes de sua atuação.

5 Os Paradoxos da Superação dos Direitos Fundamentais na Busca pela Efetividade Processual

As considerações formuladas até o momento, notadamente quanto à perda (ampliada) de bens e as medidas assecuratórias, ferramentas do combate ao lastro econômico-patrimonial da criminalidade, culminam na importante reflexão sobre o desvirtuamento desses mecanismos, muitas vezes exercido em prol de uma noção de maior efetividade processual.

Evidente que o Estado deve buscar meios de enfrentar a criminalidade, e que tais meios devem ser estrategicamente capazes de desestimular e coibir as práticas criminosas. No entanto, é igualmente verdade que esses mecanismos – e sua aplicação ao caso concreto – devem coadunar com a ordem jurídica em que se inserem, conciliando-se com as suas bases normativas e principiológicas. No acoplamento entre essas duas necessidades (de punir e de fazê-lo da forma correta) está o processo penal.

O processo penal é o caminho a ser percorrido para viabilizar a devida aplicação do direito material ao caso concreto, seja para condenar, seja para absolver. É a ponte que liga o “dever ser” ao plano do “ser” e não pode ser tido

30 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Op. cit.*

apenas como uma ferramenta do exercício da pretensão punitiva do Estado, porquanto também é instrumento de limitação dessa mesma pretensão.

Entender o processo penal de forma diversa é extremamente arriscado, porquanto autoriza correlacionar diretamente efetividade processual e punição, ainda que isso signifique a mitigação indevida de direitos e a superação ocasional de normas procedimentais que, por esse viés, apenas obstam a concretização da pretensão punitiva estatal. Como pontuado por Claudio Langroiva e Fábio Ruiz,

“O que mais preocupa é a postura de instrumentalização do processo como pena, como ‘um fim em si mesmo’, como se as garantias e regras procedimentais não fossem formas de limitação do poder punitivo do Estado, mas óbices à aplicação da lei penal, merecendo redução ou flexibilização. Tudo isto sob um manto de celeridade processual e o argumento da proteção social.”³¹

Por esse motivo, as considerações traçadas até o momento indicam que o desvirtuamento dos mecanismos penais e processuais penais de combate à criminalidade alcançariam uma efetividade processual suposta ou ficta: trata-se de uma noção fabricada e específica de efetividade processual, que acompanha a ideia de se “fazer justiça a qualquer custo”, sem que, de fato, se vislumbre a face da justiça no caso concreto.

Enquanto ignoradas ou negligenciadas as disposições atinentes ao ordenamento e à condução do processo em si, a fim de viabilizar um resultado – geralmente punitivo – mais célere e amplo, a verdadeira efetividade processual nunca será alcançada.

Com efeito, tanto o processo penal como o combate à criminalidade não podem ter suas respectivas eficácias atreladas à superação de direitos e garantias fundamentais, mesmo porque, se assim fosse, emergiriam dois paradoxos.

O primeiro deles é imediato: a superação de garantias e direitos no combate da criminalidade nociva à democracia é, em si, nociva à democracia. A propósito, José de Faria Costa é categórico: “hipotecam-se as garantias dos arguidos em prol de uma luta mais eficaz contra aquela criminalidade que abala os alicerces da comunidade democrática, mas que, ao fim e ao cabo, acaba por fazer esta mesma comunidade pôr em risco a democracia em que assenta”³².

31 PEREIRA, Claudio José Langroiva; RUIZ, Fábio Nascimento. A exceção no processo penal e o resgate de antigos riscos às garantias fundamentais. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 115-151, jan./jun. 2015, p. 122. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/6312>. Acesso em: 10 jun. 2023.

32 COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

O segundo paradoxo decorre da própria dinâmica processual: a busca desenfreada pela efetividade do processo penal, com a inobservância aos direitos e garantias fundamentais, é contraproducente e torna o processo penal, em última análise, inefetivo. De uma perspectiva pragmática, o que ocorre é a criação de nulidades que a simples observância da forma, enquanto garantia, evitaria.

A subsunção da atuação estatal aos princípios orientadores do ordenamento jurídico, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a razoável duração do processo, entre outros, deve ser tida como requisito *sine qua non* da criação e aplicação de medidas que, invariavelmente, atingem a esfera de um direito fundamental.

É sob esse prisma que mecanismos como a perda ampliada de bens e as medidas assecuratórias, limitadores do direito fundamental à propriedade privada, devem ser analisados e compreendidos: mesmo no combate à criminalidade – devido e necessário, vale ressaltar – não se autoriza conduzir o processo penal sob um regime de “vale-tudo”. Ensina João Felipe Menezes Lopes que

“Estas adaptações só serão válidas na medida em que respeitem os limites estabelecidos pelos direitos individuais e, por outro lado, atem para a necessidade de proteção de todos os demais bens jurídicos garantidos na Constituição da República e em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Pendendo excessivamente para um dos lados, institui-se um quadro de proteção social deficiente, com perda da efetividade do Direito Penal e sua conseqüente repercussão sobre a manutenção da paz social; rumando desproporcionalmente para outro, corre-se o risco de instalação de um estado policialesco, no qual as regras do jogo passam a constituir mera formalidade e as garantias individuais são solenemente ignoradas. Cabe ao Poder Judiciário, nos casos concretos, definir o perfeito equilíbrio destas forças. E ao fazê-lo, deve levar em conta o princípio da proporcionalidade em sua dupla perspectiva, quais sejam, a da proibição do excesso e a da proibição de proteção deficiente ou insuficiente, de modo a não impor restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais do acusado, sem deixar, por outro lado, de promover a proteção eficiente e completa dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República.”³³

A partir dos paradoxos explicitados, reconhece-se, pois, que o desvirtuamento das ferramentas penais e processuais penais de combate à criminalidade contemporânea, provocado pela incessante busca de uma ideia corrompida de efetividade processual “a qualquer custo”, enseja a indevida superação de

33 LOPES, João Felipe Menezes. *Op. cit.*, p. 229.

direitos e garantias fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito, cujas conquista e consolidação foram muito caras à sociedade – e a abolição tende a ser muito mais.

Conclusão

As novas expressões da criminalidade na sociedade moderna – uma criminalidade organizada, extremamente complexa, muitas vezes transnacional e economicamente desenvolvida – demandam a adaptação consentânea dos mecanismos utilizados para combatê-las, com medidas que viabilizem alcançar o alicerce da prática delitiva, desestimulando-a.

Dessa forma, revela-se necessária a instituição de mecanismos jurídicos capazes de atingir a criminalidade contemporânea em seu lastro econômico-patrimonial, através do cerceamento do direito à propriedade privada, que, embora seja um direito fundamental, não configura direito absoluto.

No ordenamento jurídico brasileiro, exemplos de tais mecanismos são as medidas cautelares de constrição patrimonial (medidas assecuratórias) e, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a perda de bens (como efeito da condenação).

Tais ferramentas, no entanto, enquanto limitadoras de um direito fundamental, só são legítimas quando devidamente instituídas e aplicadas em harmonia com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico, observando, a todo momento, as regras procedimentais do sistema acusatório e os limites impostos pelos direitos e garantias individuais constitucionalmente consolidados.

Não obstante, é possível constatar a instituição e aplicação de medidas em desconformidade com tais ditames, as quais, sob a justificativa de conferir maior efetividade ao processo penal e ao combate à criminalidade, infringem garantias judiciais e direitos fundamentais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

É o caso da perda ampliada de bens, inserida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 91-A do Código Penal, que, operando sob uma presunção de ilicitude e inversão do ônus da prova, estabelece como efeito da condenação a perda de todos os bens de titularidade do condenado correspondentes à diferença entre o valor de seu patrimônio e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, ostentando como único fundamento a condenação por um crime cuja pena máxima abstratamente cominada é superior a seis anos de reclusão.

E mesmo nas medidas constitucionalmente instituídas, como as cautelares de constrição patrimonial, é possível constatar abusos que desvirtuam os

referidos mecanismos, tornando-os meios ilegítimos de limitação ao direito de propriedade, seja em abrangência, seja em duração, seja na eventual ausência de fundamentação suficiente e idônea.

Dessa dinâmica emergem os dois paradoxos da efetividade processual: (i) o combate àquela criminalidade que corrói a ordem democrática, quando realizado mediante a indevida mitigação de direitos e garantias, se torna fator de dilapidação da mesma ordem democrática; e (ii) o desprezo pelas regras procedimentais e direitos fundamentais na busca de uma maior efetividade desse combate, também é responsável por torná-lo menos efetivo, porquanto enseja o surgimento de nulidades que obstam o pleno e regular trâmite do processo e a posterior irradiação de seus efeitos.

A efetividade do processo penal e do combate ao crime não pode (e não deve) significar a superação das diretrizes que sustentam a própria democracia. Pelo contrário, a observância a tais diretrizes é condição de validade dos esforços empreendidos no enfrentamento dessa criminalidade, de tal sorte que cumpre reanalisar a instituição e aplicação de medidas penais e processuais penais, a fim de conciliar a repressão da criminalidade contemporânea com os direitos e garantias fundamentais, cuja observância e efetiva proteção, no Estado Democrático de Direito, são inegociáveis.

TITLE: The right to property and the fight against contemporary crime: the paradoxes of overcoming fundamental rights in the search for procedural effectiveness.

ABSTRACT: This work aims to analyze criminal and criminal procedural measures, legally and constitutionally provided – such as extended forfeiture of assets or extended confiscation and precautionary measures (of property constriction) – which, by depriving or limiting the fundamental right to property, are part of the state arsenal to combat contemporary crime in its economic-patrimonial underpinning. In parallel, there will be addressed the deviation of such mechanisms, caused by the search for procedural effectiveness “at any cost”, which culminates in the undue overcoming of fundamental rights and guarantees. The current expressions of criminality demand the equivalent evolution and adaptation of the mechanisms used to fight it; however, it should be noted that the unbridled search for the conception of a more effective criminal procedure often counts on normative and jurisdictional abuses that allow unconstitutional mitigation of fundamental rights, creating true paradoxes of procedural effectiveness.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Extended Confiscation. Fundamental Rights. Precautionary Measures.

Referências

ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. Aspectos da medida assecuratória de sequestro no contexto do Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 2, n. 1, abr. 2017.

ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 15, 2002, p. 229-254.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; Coordenação de Ada Pellegrini Grinover. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BOTTINO, Thiago (coord.). *Medidas assecuratórias do processo penal*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. Série Pensando o Direito, n. 25. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz et al. *Série IDP – Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CORRERA, Marcelo Carita; IANNI, Gabriela de Castro; PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Perda ampliada de bens e o devido processo legal*. Cadernos de Direito Actual, n. 18, 2022. p. 180-205.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FÖPPEL, Gamil; MINARDI, Josiane; MANGABEIRA, Raul. Tensões entre o direito à razoável duração do processo e o sequestro de bens nos crimes envolvendo a criminalidade considerada organizada. *Delictae*, v. 7, n. 12, 2022, p. 211-232.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

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 da AJUFE*, p. 207-239.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 10 jun. 2023.

NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; RUIZ, Fábio Nascimento. A exceção no processo penal e o resgate de antigos riscos às garantias fundamentais. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 115-151, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/6312>. Acesso em: 10 jun. 2023.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 276-310.

Recebido em: 30.10.2023

Aprovado em: 08.11.2023