

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ALCEU CORRÊA JUNIOR

CONFISCO PENAL
ALTERNATIVA À PRISÃO E APLICAÇÃO
AOS DELITOS ECONÔMICOS



SÃO PAULO
2006



© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3289-1366 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – lililungarezi@uol.com.br

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

Corrêa Junior, Alceu, 1970-

Confisco penal : alternativa à prisão e aplicação aos delitos
econômicos / Alceu Corrêa Junior. – São Paulo : IBCCRIM, 2006
(Monografias ; 37)

Bibliografia

1. Direito penal econômico - Brasil. 2. Prisão (Direito penal). 3.
Penas alternativas - Brasil. 4. Confisco. I. Instituto Brasileiro de Ciências
Criminais. II. Título. III. Série.

06-1405.

CDU 346:343.2(81)

ISBN 85-99216-05-8

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.500

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2006

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente

Maurício Zanoide de Moraes

1.º Vice-Presidente

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

1.º Secretário

Tatiana Viggiani Bicudo

2.º Secretário

Theodomiro Dias Neto

1.º Tesoureiro

Roberto Mauricio Genofre

2.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

Comissões especiais – Presidentes

Convênios

Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates

Carmen Silvia de Moraes Barros

História

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias

Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional

Carlos Vico Mañas

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Cleuice Valentim Bastos Pitombo

Boletim

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos

Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos

Maria Elizabeth Queijo

Internet

Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais

Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica

Juliana Sinhorini Nahum

Pós-Graduação

Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais

Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas

Renato Sérgio de Lima

Coordenadores Estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Ávila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Guilherme Costa Câmara (PB), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Lilliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Mauricio Kuehne (PR), Nizardo Carneiro Leão (PE), Osvaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sportleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pacheco de Carvalho (MA), Vinicius de Toledo Piza Peluso (Batzada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

Comissão de Monografias Jurídicas – 2006

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente

Angélica de Maria Mello de Almeida

Membros da Comissão de Monografias

Alexandra Labelson Szafir

Ana Lúcia Menezes Vieira

Andrei Koerner

Cláudio do Prado Amaral

Flavia Schilling

Flavio Américo Frassetto

Rafael Ramia Muneratti

Wânia Pasinato Izumino

10.º Concurso de Monografias Jurídicas – 2006

Presidente

Andrei Koerner

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

Benedito Roberto Garcia Pozzer

Edson Luis Baldan

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

José Henrique Rodrigues Torres

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Tadeu Antonio Dix Silva

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Suplentes

Angélica de Maria Mello de Almeida

David Teixeira de Azevedo

Flávio Américo Frassetto

Luis Antonio Francisco de Souza

Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Roberto Mauricio Genofre

*Para minha esposa Érika,
companheira de sempre.*

AGRADECIMENTO

Ao professor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, pelos ensinamentos e oportunidades acadêmicas, sem o que este trabalho não se realizaria.

PREFÁCIO ■

A estruturação do Direito em geral, e do Direito Penal em especial, não pode, em caráter absoluto, ser dissociada da realidade que determina a sua existência, tampouco pode deixar de lado a consideração dos efeitos produzidos pela sua incidência, sob pena de pairar apenas *ab aeterno* no plano das coisas do espírito.

Assim, o Direito Penal é objeto de cultura, devendo acompanhar a experiência humana na sua eterna aventura sobre a terra.

Antes que palavras de restrito sentido estético, a constatação acima conduz à inafastável conclusão de que na construção do Direito Penal não se pode pôr de lado o estágio cultural de um determinado recorte da evolução humana.

Essa conclusão, pode-se dizer, não foi ignorada pela doutrina jurídico-penal, sendo prova disso os grandes desenvolvimentos verificados no âmbito da *Teoria do delito*. Todavia, ainda que seja incontestado esse crédito, ele não elide a falha decorrente da aplicação parcial dada à máxima acima, na medida em que foi projetada quase que exclusivamente no âmbito do crime, deixando fora desse enfrentamento evolutivo a *Teoria das conseqüências jurídicas do delito*.

De fato, feita a profissão de fé na adequação e, o que é mais grave, na eficácia da pena privativa de liberdade, por séculos a Ciência Jurídico-Penal esteve como que paralisada nessa opção, tomando-a quase como a única resposta ao crime.

Tal situação surpreende, principalmente quando se constata o acerto da “convicção de que a atitude metodológica mais correcta para tratamento da parte geral do direito penal repousa em uma argumentação ‘a partir do resultado’; por outras palavras, a con-

vicção de que o pleno entendimento do *Tatbestand* só pode alcançar-se na contemplação da consequência jurídica".¹

É justamente dessa matriz que parte o presente trabalho, incorporando-se às propostas que visam fazer a adequação cultural das consequências jurídicas do delito à realidade sociológica, ou melhor, criminológica, contemporânea. Por si só, esse já é um grande mérito de que se reveste o trabalho, justificando a detida atenção para com o seu conteúdo.

Adotando uma postura metódica esmerada, o autor, após proceder à sobredita contextualização do tema, mergulha na caracterização do seu núcleo, a pena de confisco, habilitando o leitor a aproximar-se da essência da abordagem.

Ou seja, procurando fugir de qualquer tentação de dar a estas primeiras palavras o tom de resumo, o núcleo pulsante do trabalho ora apresentado, muito bem cuidado pelo autor, reside justamente no confronto estabelecido entre a pena de confisco e os, dizemos nós, pressupostos, finalidades e limites da sanção de natureza penal, única via para se aferir a legitimação e eficácia da opção analisada no texto.

Com efeito, a indagação a respeito do sentido da pena estatal, aqui incluída a pena de confisco, "é uma pergunta acerca da legitimação e dos limites do poder estatal; daí que não possamos contentar com as respostas do passado, posto que a situação histórico-espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo com várias facetas, baseado em projectos continuamente em transformação".²

Trata-se, sem dúvida, do ponto central do trabalho, pois, em sendo bem aproveitadas as contribuições contidas nesta parte, elas serão a luz a iluminar a solução das questões dogmáticas mais concretas que o tema suscita. À guisa de mero exemplo, a própria questão inicial sobre a natureza autónoma ou acessória do confisco somente pode ser resolvida de forma satisfatória se bem definidas

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 8.

² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed., Lisboa: Veja, 1993. p. 15.

as finalidades político-criminais a que se vincula. Aliás, mesmo a evolução histórica do confisco só pode ser bem compreendida se distinguidas as finalidades político-criminais que se sucederam nos diversos estágios em que foi adotado, sendo digna de destaque a relevância da mudança de um paradigma essencialmente retributivo como escopo da perda de bens (pena acessória), para um modelo explicado em termos preventivos, seja como segurança (prevenção especial), seja como dissuasão (prevenção geral).

Das bases dessas considerações o trabalho ora apresentado dá boa notícia, permitindo ao leitor alçar vãos próprios.

Por fim, seguindo, ainda que por uma intuição intelectual, na metodologia anunciada acima, o autor, com aguda perspicácia jurídica, faz chegar as valorações político-criminais ao plano especificamente dogmático, submetendo ao prisma político-criminal a pena de confisco, em gênero, por referência a princípios como os da proporcionalidade e personalidade da pena, bem assim as hipóteses de sua aplicação concreta na legislação penal especial do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Por tudo, trata-se de um trabalho que tem a vocação segura de servir como referencial no plano do direito tanto a constituir quanto constituído e, pois, de leitura imprescindível para todos os que reconhecem no saber penal uma obra que, antes de ser meramente técnica, é sobretudo humana.

Fernando Fernandes

Doutor em Ciências Jurídico Criminais pela
Universidade de Coimbra – Portugal. Professor
Assistente Doutor da Unesp – Franca.

SUMÁRIO ■

ABSTRACT	17
1. INTRODUÇÃO	19
1.1 Sociedade de riscos: necessidade de adequação do sistema de penas e confisco do patrimônio criminal	19
1.2 Crise da prisão e pena de confisco como alternativa penal	26
2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO PENAL	35
2.1 Distinção entre a pena de confisco e o confisco especial como efeito da condenação criminal	38
2.2 Perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública	42
2.3 O confisco em outros ramos do Direito	50
3. NOTÍCIA HISTÓRICA	55
3.1 Antigüidade	55
3.2 Idade Média	60
3.3 Idade Moderna e Idade Contemporânea	63
3.4 Direito penal brasileiro	66
4. POSIÇÃO DA DOUTRINA EM RELAÇÃO À PENA DE CONFISCO	73
4.1 Os críticos e suas razões	73
4.2 Os defensores e suas razões	78

5. A PENA DE CONFISCO NO DIREITO ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL	85
5.1 Europa	87
5.1.1 França	87
5.1.2 Alemanha	91
5.1.3 Holanda	92
5.1.4 Espanha	93
5.1.5 Suíça	95
5.1.6 Itália	95
5.1.7 Portugal	96
5.1.8 Inglaterra	97
5.1.9 Outros países europeus	99
5.2 Estados Unidos da América	100
5.3 América Latina	106
5.4 África e países árabes	108
5.5 Convenção de Estrasburgo sobre lavagem de dinheiro e confiscação dos produtos do delito	109
5.6 O confisco nas Regras de Tóquio sobre medidas não privativas de liberdade	113
5.7 Aplicação do confisco pelo Tribunal Penal Internacional...	114
6. A PENA DE CONFISCO DIANTE DOS FUNDAMENTOS E LIMITES DA SANÇÃO PENAL	117
6.1 A finalidade da sanção penal: teorias absoluta, relativa e unificadora	117
6.2 Princípios constitucionais que condicionam a aplicação da pena: culpabilidade, proporcionalidade e individualização	126
6.3 Pena de confisco: fundamentos (finalidades) e limites constitucionais	132
7. A PENA DE CONFISCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM VIGOR: PERDA DE BENS E VALORES (ART. 43, II, do CP)	137
7.1 Conceito	137
7.2 Natureza jurídica	139

7.3 Constitucionalidade	142
7.3.1 Princípio da personalidade da pena.....	147
7.4 Aspectos dogmáticos (Lei 9.714/1998): limite, execução e conversão	154
8. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES	159
8.1 Aplicação aos delitos econômicos em geral	161
8.1.1 Lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998)	168
8.1.2 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986)	170
8.1.3 Crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/1996)	171
8.1.4 Crimes contra o consumidor (Lei 8.078/1990)	172
8.1.5 Crimes contra a economia popular e as relações de consumo (Lei 1.521/1951 e Lei 8.137/1990)	172
8.1.6 Crimes falimentares (Lei 11.101/2005)	173
8.2 Aplicação aos delitos de tráfico de entorpecentes (Lei 6.368/1976)	174
8.3 Aplicação aos crimes patrimoniais.....	183
8.4 Aplicação aos delitos praticados por pessoas jurídicas ...	185
8.5 Aplicação aos delitos relacionado a arma de fogo (Lei 10.826/2003)	189
9. CONCLUSÃO.....	193
BIBLIOGRAFIA	197
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	205

ABSTRACT ■

The current model of society (*risk society*) contributes to the generation of new types of crime, which also reach transindividual legal goods whose protection is indispensable for the guarantee of future generations. Criminal Law must be both modernized and prepared for this new reality, not only in relation to the election of protected legal goods but also in relation to an imposed penalty, since the arrest reveals itself as inadequate in certain cases. The forfeiture (seizure) of goods penalty (partial) is characterized as a more adequate and proportional criminal alternative in both economic delict cases and those ones that are practiced by legal people, imposing its application in substitution for arrest as a requirement of conditioning constitutional principles of judicial activity and to serve attributed preventive purposes to legal penalties in a Democratic Rule of Law State. The cumulative application of the forfeiture penalty with the arrest could also be used as an important instrument in combat to new forms of organized crime, mainly those that involve the use of politics and economic power. The forfeiture penalty is used as a penalty in many different countries such as the United States, France and Cuba. Moreover, the international law research reveals clear recommendations in the use of forfeiture of goods as a combat instrument to illicit profit generated by organized crime and drug trafficking. The forfeiture penalty is attached to the Brazilian Federal Constitution of 1988 as loss of goods (5th art., XLVI, *b*) and was regulated by the Law n.º 9.714/98 (art. 43, II of the Penal Code), not confusing with the special forfeiture that is done from the criminal punishment (art. 91, II of the Penal Code). It is pointed out that the constitutional principle of the personality of penalty hinders the loss of goods from being extended to convict's

successors, which does not occur with the loss of goods applied to illicit enrichment in public position. Traditional Criticisms to forfeiture penalty do not resist an attentive analysis of the institute, mainly if it is compared with either the concept of Democratic Rule of Law State or with the basic objectives of it (1st art., III and 3rd art., III of the Federal Constitution of 1988). Since a long time, the arrest is admitted as a legal penalty on the convict's freedom right, which is a superior basic right that cannot have a less rigorous and smaller guarantee than the right of property, at which the forfeiture penalty falls. Finally, an analysis of the current legislation reveals both necessity and legal possibility of substituting arrest for forfeiture in many different hypotheses, notwithstanding the necessity of legal amendment in some cases such as economic delicts, so that the custodial sentence accumulates to the forfeiture penalty in order to attend to great preventive requirements that such delicts demand.

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1.1 Sociedade de riscos: necessidade de adequação do sistema de penas e confisco do patrimônio criminal – 1.2 Crise da prisão e pena de confisco como alternativa penal.

1.1 SOCIEDADE DE RISCOS: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE PENAS E CONFISCO DO PATRIMÔNIO CRIMINAL

A sociedade atual caracteriza-se, segundo recentes formulações sociológicas, como *sociedade de riscos* ou *sociedade de risco global*, cujo modelo supera a cada dia o modelo de sociedade industrial, também conhecida como sociedade de classes. Como características essenciais da sociedade do risco podem ser citadas as seguintes: danos não individualizáveis, irreparáveis e incontroláveis; danos gerados por decisões humanas; sensibilidade ao risco; potencialização, pela ação da mídia, do risco e da necessidade de controle, gerando inflação legislativa.

Nesse sentido, vive-se atualmente sob o modelo da sociedade global de riscos, no qual as consequências da industrialização assumem a forma de perigo e não podem mais ser resolvidas dentro das possibilidades da própria sociedade. Tais consequências são

percebidas no mundo inteiro como riscos, ou seja, como probabilidade de que um dano de uma determinada extensão venha a ocorrer. Recorrendo ao sociólogo Ulrich Beck,¹ é possível afirmar que as unidades de cálculo desses riscos são os acidentes, porém os acidentes das sociedades de risco são ilimitados em termos de espaço, tempo e conseqüências para a sociedade. Infere-se, portanto, que os princípios pelos quais a sociedade industrial procura controlar os riscos atuais são cada vez mais ineficazes.

Ulrich Beck² distingue os riscos de perigos globais decorrentes da riqueza e aqueles decorrentes da pobreza. Os primeiros seriam riscos e perigos gerados por sociedades altamente industrializadas, não percebidos pela população, mas sim constatados pela pesquisa científica, como o buraco na camada de ozônio e o efeito estufa. Tais riscos e perigos atingem o planeta como um todo. Por outro lado, os riscos e perigos decorrentes da pobreza podem ser caracterizados como uma espécie de autodestruição dos povos e são percebidos diretamente pelas pessoas atingidas no local em que se verificam, causando repercussão mundial apenas a médio prazo.

Além disso, Beck afirma que “perigos globais criam uma espécie de consenso global, uma espécie de consciência de que temos coisas em comum, em nível global”, e que, portanto, “existe uma correspondência entre o surgimento de uma espécie de opinião pública global, uma opinião pública mundial, e a globalização dos perigos” mencionados. A partir daí, infere que a questão de uma democracia global é cada vez mais atual, porém, esta democracia só se tornará possível com a conscientização dos perigos globais a que está submetida a sociedade atual de risco.³

No campo do direito penal, a sociedade de riscos enfrenta novos e complexos problemas (riscos), os quais certamente devem

¹ Sociedade Global, Sociedade de Riscos. Tradução de Peter Naumann. *Caderno da Escola Legislativa*, Belo Horizonte, n. 4, p. 51-81, jan.-jun. 1998. p. 54. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/escolalegis>>. Acesso em: 27 de agosto de 2001.

² Op. cit., p. 55.

³ Op. cit., p. 56-57.

acarretar alterações conceituais e dogmáticas. Com efeito, a sociedade de riscos anuncia o fim da sociedade industrial, na qual os riscos para a existência individual ou comunitária provinham de acontecimentos naturais ou de comportamentos humanos próximos e definidos, para os quais bastava a tutela de bens jurídicos clássicos, como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade e outros (direito penal liberal). Nesse sentido, assevera Jorge de Figueiredo Dias:

Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela suscetível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, suscetíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*. Ora, diz-se, para tutela destes “novos” ou “grandes” riscos – afinal, dos riscos que ameaçam as *gerações futuras* e que suscitam ao direito penal, no exato dizer de Schüller-Springorum a propósito do direito penal do ambiente, problemas de “*megadimensões*” – não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado.⁴

⁴ O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001. p. 44. O modelo atual da sociedade de riscos interfere diretamente na eleição dos bens jurídicos suscetíveis de tutela penal na medida em que gera a sensação de risco, perigo e insegurança em toda a sociedade, o que também é potencializado pela atuação da mídia. Destarte, o resultado desta sensação difusa e generalizada de insegurança é a inflação legislativa em matéria penal, como tentativa de resposta estatal aos riscos e perigos sentidos pela sociedade. Por outro lado, a sociedade de riscos gera também riscos efetivos para bens jurídicos transindividuais, que podem acarretar não a extinção de *uma* vida, como bem jurídico individual, mas da própria vida no planeta, como bem jurídico coletivo e universal. Para os representantes da denominada “Escola de Frankfurt”, como Winfried Hassemer, o direito penal deve manter sua

No contexto desta sociedade massificada, tecnológica e globalizada, a criminalidade assume formas impensadas e com acervo

função de proteção a bens jurídicos clássicos e individuais, utilizando-se de outros ramos do Direito (ex.: direito administrativo) para a proteção de bens jurídicos transindividuais. Na mesma posição encontram-se autores como Luigi Ferrajoli, Santiago Mir Puig e uma grande parte dos autores nacionais que integram o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Santiago Mir Puig sustenta a importância do princípio da intervenção mínima do direito penal, o qual não é incompatível com a tendência cada vez maior de intervenção estatal para a busca do bem estar dos cidadãos, pois, em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal apenas se justifica quando absolutamente necessária para a proteção do cidadão (*El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 151-152). Jorge de Figueiredo Dias critica esse entendimento, sustentando que ele significaria uma “burla de etiquetas” e que colocaria o princípio da *ultima ratio* “de pernas para o ar”, pois significaria subtração à tutela penal exatamente daqueles bens jurídicos mais relevantes e cuja lesão maiores gravames traria à sociedade atual e futura (direito penal deve proteger as *gerações futuras*). No outro extremo encontram-se autores que sustentam a existência e o desenvolvimento de um direito penal funcionalizado às exigências de tutela dos grandes riscos que ameaçam a sobrevivência da sociedade como um todo (*direito penal do risco*). Entre as propostas formuladas para a efetivação desta tutela penal, estão: flexibilização da reserva legal e transferência de competência ao Executivo; antecipação da tutela penal para momentos anteriores ao da eventual lesão de um bem jurídico relevante; alterações dogmáticas básicas no sentido de atenuar princípios clássicos observados na individualização da responsabilidade, na identificação da culpa e da autoria; e extensão do âmbito da tutela penal, em evidente contradição com o princípio da intervenção mínima. Tais propostas visam, em última análise, a transformar o direito penal em instrumento de governo da sociedade, na busca de uma igualdade material e de uma justiça igualmente material. São expoentes desse pensamento os penalistas Claus Roxin e Günter Jakobs. Não se pode olvidar, ainda, que esta concepção surgiu também a partir da evidente evolução do conceito de Estado liberal (*Staats Recht*) para o conceito de Estado social (*Staats Sozial*), ou seja, aquele Estado caracterizado por certo intervencionismo na busca da igualdade material e da justiça material, em nome do bem estar social (*Welfare State*). Nesse

diversificado de condutas lesivas à sociedade. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas ilícitas que visam o lucro econômico em grande escala e que se impulsionam por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. Em alguns casos, inclusive, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (“lavado”) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de

sentido, o art. 7.º, II, da Convenção Européia dos Direitos do Homem prevê como fonte eventual do direito penal os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Também na Constituição brasileira de 1988 é possível observar as influências de tais conceitos, tendo em vista que o legislador constituinte incluiu no texto diversos dispositivos que consagram verdadeiras tendências (obrigações para alguns) constitucionais de criminalização, visando a tutela de bens jurídicos sociais como o meio ambiente, a igualdade racial (racismo), a ordem econômica e outros. Entretanto, as críticas também são muitas em relação a esta postura de política criminal, sugerindo algumas que um Estado intervencionista pode cair na tentação de utilizar o direito penal como apoio de uma política de governo determinada (MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob. cit., p. 152). Com efeito, a possibilidade de alternância no poder político levaria a uma instabilidade jurídica inaceitável, inclusive com a possibilidade do direito penal ser utilizado com finalidades autoritárias e não sociais. Entre as posições expostas, encontra-se uma teoria intermediária, defendida e sustentada por Jesús-María Silva Sanches, denominada dual ou dualista, segundo a qual o direito penal caracterizar-se-ia, por um lado, por uma preocupação central de proteção de bens jurídicos individuais clássicos e, por outro lado, pela existência de uma preocupação lateral de proteção de bens jurídicos transindividuais, com a proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas definidos ou definíveis e, portanto, de menor intensidade garantística. Além disso, a pena privativa de liberdade seria aplicável apenas às condutas lesivas dos bens jurídicos clássicos, ou seja, individuais, que compõem o chamado núcleo duro do direito penal, e não às condutas lesivas à periferia flexível. Cf. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século XXI, v. 11).

legalidade, o que dificulta a apuração e a punição dos delitos. Este tipo de criminalidade, além de apresentar grande potencialidade lesiva diretamente aos cidadãos, que não dispõem de instrumentos e não sabem ao certo contra o que reagir, representa também um perigo para a própria organização do Estado, pois abala a ordem econômica, política e social. A reconhecida disseminação mundial do tráfico de drogas e dos delitos financeiros, acompanhada de casos rumorosos de corrupção no setor público, mormente no poder político, bem ilustra a situação de risco à qual se encontra submetida a sociedade atual.

O combate eficaz a essa criminalidade organizada e globalizada exige a inutilização do lucro ilícito, mormente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade, pois este lucro alimenta e estimula as organizações criminosas, possibilita o surgimento de novos delinquentes atraídos pelo enriquecimento fácil e também pode gerar corrupção na estrutura do Estado. Entretanto, conforme ressaltado anteriormente, o direito penal clássico revela-se insuficiente para responder de forma eficaz a este tipo de criminalidade, mormente no que diz respeito ao sistema de penas tradicionalmente utilizado, ou seja, fundamentado exclusivamente na privação da liberdade e na imposição de multa. Nesta sociedade de risco, a pena de confisco de bens apresenta-se como medida penal adequada e útil, além de muito eficaz no combate ao lucro ilícito derivado de atividades criminosas. Com efeito, a pena privativa de liberdade apresenta-se inócua para este tipo de criminoso que, após o cumprimento do período de condenação, pode usufruir das riquezas acumuladas com suas atividades ilícitas, sendo que seus familiares ou comparsas podem, da mesma forma, aproveitar as vantagens ilícitas mencionadas.

Nesse sentido, ao analisar os instrumentos de combate ao lucro ilícito na Espanha, José Antonio Choclán Montalvo assim se manifesta:

A sociedade atual, uma sociedade de riscos segundo as mais modernas formulações sociológicas, apresenta lados sombrios, usos desviados do progresso. A livre circulação de capitais, necessária como fator de favorecimento dos investimentos produtivos; a disponibilidade de diversas

fórmulas jurídicas para a fluidez da vida econômica; a agilidade das transações econômicas, etc., constituem novos riscos da sociedade atual toda vez que possam ser aproveitados para a legitimação ou ocultação de capitais procedentes de delito, para a consolidação de situações patrimoniais ilícitas, e a alimentação de organizações criminosas capazes de desestabilizar o mercado financeiro, frente às quais deve-se atuar energeticamente através de uma adequada cooperação internacional entre Estados. Este nível de criminalidade é a mais preocupante, e, paradoxalmente, as legislações nacionais mostram-se insuficientes frente a isto. (...) Modernas tendências, já reconhecidas por legislações de nosso entorno europeu, como a de permitir a confiscação de bens em poder de organizações criminosas, à margem da possível vinculação concreta com o fato ajuizado, constituem medidas necessárias, ainda ignoradas, como dissemos, pelo legislador espanhol. Certamente, uma das preocupações fundamentais na atual política criminal européia é a instauração de mecanismos eficazes de prevenção e repressão daquelas organizações criminosas, como realidade criminológica contemporânea e frente à qual o direito penal de corte clássico, associado a uma dimensão individual e nacional do delito, se apresenta obsoleto e insuficiente. Neste sentido, podemos dizer que a criminalidade organizada é a criminalidade da globalização, e a política criminal frente a essa nova criminalidade deve orientar-se principalmente para a destruição do poder econômico dessas organizações através de uma cooperação internacional efetiva e eficaz e a harmonização das legislações nacionais para modelos combativos, porém respeitosos com a tradição jurídica de cada Estado e compatíveis com os princípios jurídico-constitucionais que informam os correspondentes sistemas penais. Porém maximizar a eficácia na luta contra essa criminalidade, apta para a desestabilização do sistema político (por exemplo, condutas de corrupção de funcionários) e do sistema econômico e social, provavelmente requer relativizar as tradicionais regras sobre a imputação e minimizar garantias clássicas associadas a um direito penal de corte liberal. (...) Em qualquer caso, a confiscação – em sentido amplo

– do patrimônio criminal tem reorientado a atual política legislativa para uma atenção preferente a uma categoria, como a de confisco (*comiso*), que só ocupava um espaço marginal nos manuais de direito penal e escassa preocupação na doutrina científica. Se isso se explicava quando a disciplina tinha como objeto uma delinquência associada à marginalidade do delinqüente individual, que realiza delitos violentos, daqueles que só pode responder com sua liberdade pessoal, hoje constitui preocupação primária o estudo dos meios de que dispõe um ordenamento jurídico para atacar o patrimônio de destino ou origem criminosa detido por organizações, mais ou menos estáveis, e que permite uma presença destas no mercado lícito, com as consequentes repercussões no direito da competência, e o favorecimento dos objetivos que persegue a empresa criminosa.⁵

Infere-se, portanto, que o modelo de sociedade atual (*sociedade de risco*) e os novos riscos derivados deste tipo de organização social exigem novas formas de resposta estatal (adequação do sistema de penas), mormente no que diz respeito à crescente criminalidade que é sustentada e fomentada pelo lucro ilícito. Nesse sentido, o confisco do patrimônio criminal representa importante instrumento para a inutilização das vantagens e benefícios obtidos com o delito.

O confisco penal pode ser utilizado como sanção penal cumulativa para certos tipos de delitos, complementando a privativa de liberdade, e também como alternativa penal mais adequada e útil para outros delitos de menor potencialidade lesiva.

1.2 CRISE DA PRISÃO E PENA DE CONFISCO COMO ALTERNATIVA PENAL

A pena privativa de liberdade caracteriza-se como o instrumento jurídico-penal mais utilizado pelo Estado contemporâneo em

⁵ *El Patrimonio Criminal: Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 16-18.

sua atividade de punição e controle social, não obstante apareça com destaque entre os motivos que ensejam a inegável crise que atinge o sistema penal como um todo.⁶

A contribuição da pena privativa de liberdade para esta situação de crise deriva do pessimismo, e até de certo descrédito, na possibilidade de efetivação do objetivo ressocializador da prisão. Considera-se o ambiente carcerário, em virtude de sua antítese com a comunidade livre, um obstáculo natural à persecução de resultados positivos em relação ao condenado. Chega-se, inclusive, a posições radicais como a de Stanley Cohen, o qual afirma a inutilidade das reformas na pena privativa de liberdade, já que suas contradições e paradoxos fundamentais subsistiriam.⁷

De fato, um dos fatores que contribuem para a situação de falência da pena de prisão e de descrédito na produção de resultados positivos por meio dela é o efeito criminógeno deflagrado com o encarceramento e o subsequente convívio com uma nova realidade dentro do ambiente prisional. Cezar Roberto Bitencourt informa que os fatores dominantes na vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, ou seja, fatores materiais (condições físicas de instalação e higiene), psicológicos (ambiente propício a mentiras e dissimulações e à formação de uma consciência coletiva voltada ao crime) e sociais (segregação familiar e comunitária, que acarretam desadaptação social). Tais fatores,

⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni emprega a palavra “crise” no sentido de uma “brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal”, ou seja, “momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconsertando o penalismo da região” (América Latina). Afirma Zaffaroni que “crise” do sistema penal não deve significar o momento em que surge a contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal, pois a aproximação desta realidade à planificação discursiva é impossível e utópica (*Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 15).

⁷ Apud BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.

inerentes à prisão, acabam estimulando a delinquência (efeito criminógeno), quando a pena deveria inibi-la.⁸

Os elevados índices de reincidência, verificados entre aqueles que foram submetidos à pena privativa de liberdade, geralmente são apontados como comprovantes da situação de falência e ineficácia da prisão. Além de não ressocializar, a prisão gera também a estigmatização do egresso, o que dificulta sua readaptação social.⁹

Diante do quadro de ceticismo e desesperança formado em torno da pena de prisão, surgiram novos postulados político-criminais e incontáveis alternativas sugeridas pela doutrina para substituir a privação da liberdade ou mitigar seus resultados nocivos. Esses postulados e tendências do direito penal podem ser resumidos da seguinte forma: a) princípio da intervenção mínima: descriminalização de condutas não lesivas a bens jurídicos constitucionais (fragmentariedade), ou que possam ser sancionadas pelo direito administrativo com maior eficácia (subsidiariedade); b) despenalização de delitos com menor potencial ofensivo, considerando-se o princípio da proporcionalidade; c) a pena privativa de liberdade como *ultima ratio* em face da impossibilidade de não aplicá-la em casos de criminalidade grave.

⁸ *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Ob. cit., p. 157-161. O autor ressalva, porém, que não existe evidência científica sobre o alcance e o limite do efeito criminógeno da prisão, mencionando os delinquentes acidentais ou ocasionais como exemplos de resistência às influências carcerárias.

⁹ Entretanto, sem negar valor às estatísticas desta espécie (índices de reincidência), mister se faz ressaltar que não existem dados científicos em relação aos resultados de outros métodos punitivos na redução da reincidência. Nesse sentido, adverte Cezar Roberto Bitencourt: "O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinquente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão. Essas conclusões são o resultado de uma análise excessivamente esquemática e simplista (*Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Ob. cit., p. 164).

No mesmo sentido dos postulados mencionados, e amparado na constatação de que o grau de dureza tolerável das penas está ligado ao grau de desenvolvimento cultural alcançado pelo ordenamento jurídico, Luigi Ferrajoli propugna a abolição da pena privativa de liberdade a longo prazo e a drástica redução de seu tempo de duração (máximo de 10 anos) a curto prazo, iniciando-se com a extinção da prisão perpétua.¹⁰

Não há como negar a situação de falência da pena privativa de liberdade, nem como fechar os olhos à sua ineficácia na ressocialização do condenado. Por outro lado, parece ainda distante o tempo em que a prisão se tornará dispensável.¹¹ Em casos de pequena gravidade, portanto, a prisão deve ser cominada de forma que possa ser cumprida *ab initio* em regime aberto ou semi-aberto, tendo como escopo a reinserção do condenado ao meio social, ou ainda, ser substituída por penas alternativas. A pena de prisão em regime fechado deve ter seu uso restrito a casos graves, em que a aplicação de outras penas resultaria em medidas inócuas e até nefastas à sociedade.

Com efeito, se não é possível dispensar totalmente o uso da prisão, não parece menos correto que sua aplicação em delitos de pequena gravidade deva ser substituída por alternativas penais. Alternativas ou substitutivos penais, portanto, são medidas que se prestam a ocupar, com benefícios e vantagens, o espaço da pena privativa de liberdade e seus notórios inconvenientes, possibilitando ao juiz a escolha de formas alternativas de punição para uma realização eficaz da individualização da pena. Destarte, qualquer

¹⁰ *Derecho y 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. 412. Na sequência, o autor distingue com clareza e veemência sua proposta de abolição da pena privativa de liberdade daquelas propostas sobre a abolição da pena, ou seja, do próprio direito penal, sustentando a subsistência do direito penal com um sistema de penas privativas de direitos.

¹¹ Michel Foucault, em famoso estudo sobre a prisão, infere que “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão” (FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 3. ed. Tradução de Lígia de M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1984. p. 208).

forma alternativa prevista em lei que possibilite ao juiz a não aplicação da pena de prisão, sua mitigação ou ainda sua substituição por outra forma de punição, pode ser considerada uma alternativa penal, como, por exemplo, o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, a transação penal e a substituição da prisão por penas restritivas de direitos ou pecuniárias.¹²

Os efeitos criminógenos da prisão, além da crítica situação do sistema penitenciário, revelam que o Estado deve procurar formas alternativas de punição para efetivar e tornar realidade os fins perseguidos com a imposição da sanção penal. Em caso contrário, frustrar-se-á toda tentativa de legitimação da resposta penal no Estado Democrático de Direito, prevalecendo a mera imposição de um castigo ao agente como retribuição à sua conduta.

A aplicação e a execução da sanção penal devem atender a objetivos sociais positivos, como a confirmação de valores éticos e a reinserção social do condenado (prevenção positiva geral e especial), e não meramente negativos como a intimidação, a exclusão social ou a mera retribuição do mal causado pelo agente. Quando a segregação social se revelar desnecessária, portanto, a prisão deve ser preterida pela busca de uma forma mais adequada de resposta penal. É necessário também que a execução penal contenha uma efetiva participação da sociedade, caracterizando o denominado processo de diálogo entre a sociedade e o condenado.¹³ Algumas penas alternativas, inclusive já previstas na legis-

¹² Entretanto, mister se faz distinguir penas alternativas de medidas alternativas, sendo que ambas caracterizam-se como espécies de alternativas ou substitutivos penais. Penas alternativas são aquelas sanções penais previstas em lei, diversas da pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade, a multa e a perda de bens e valores (confisco). Por outro lado, medidas penais alternativas podem ser quaisquer outras medidas, diversas das penas alternativas, que impeçam a aplicação da pena privativa de liberdade, seja suspendendo o próprio processo, seja suspendendo a execução da prisão.

¹³ DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 141-145.

lação brasileira (ex.: prestação de serviços à comunidade), materializam o mencionado processo ao imporem a execução da pena junto à própria sociedade.

Nesse sentido, vale lembrar que determinadas condutas típicas são praticadas por agentes aparentemente inseridos no meio social. Assim, podem ser citados os autores de crimes de trânsito, crimes ambientais e delitos econômicos de forma geral, entre outros. Tais pessoas não necessitam de segregação social ou de restrição na liberdade de locomoção para alcançarem a reinserção na sociedade, vez que já se encontram adaptadas ao meio em que vivem, faltando-lhes, talvez, a consciência social desejada.¹⁴ Esta consciência social deve ser estimulada pela aplicação da pena a estes agentes, e, nesse sentido, caberia falar em *reinserção social* do delinqüente econômico, sendo que tal estímulo pode ser conseguido sem a segregação social (prisão), mormente em casos de pequena lesividade do bem jurídico protegido pela norma (ex.: crimes sem violência contra pessoa).

Por outro lado, nestes casos específicos, ou seja, de agentes socialmente integrados, a simples aplicação de alternativas penais também pode revelar-se insuficiente se a substituição não for útil e adequada ao caso concreto. A prisão de curta duração, utilizada em alguns países e defendida por parte da doutrina,¹⁵ também

¹⁴ De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, é equivocado o pensamento segundo o qual o autor de delito econômico não necessita de recuperação social, pois este delinqüente possui um *defeito de socialização* e necessita da pena para obter do Estado as condições necessárias para que, no futuro, não volte a cometer crimes (Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130-131).

¹⁵ COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 116; ARAÚJO JUNIOR, J. M. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 59. Este último autor cita Marc Ancel, Jescheck e Tiedemann como entusiastas da pena de prisão de curta duração para delitos econômicos e de trânsito, ou seja, em relação a agentes socialmente integrados.

carece de eficácia se aplicada isoladamente em casos como os delitos econômicos, pois não elimina o lucro ilícito e não inverte a relação custo/benefício que estimula a criminalidade.

Para este tipo de delinqüente socialmente integrado, portanto, a pena deve corresponder a uma consequência jurídica individualizada ao agente e proporcional ao delito (à conduta e ao bem jurídico lesado), cuja finalidade deve ser a proteção social por meio da prevenção de novos delitos.

Há que se ressaltar, portanto, que a finalidade da pena, extraída dos princípios constitucionais e do próprio conceito de Estado, reclama a aplicação de uma sanção individualizada e proporcional à conduta do agente e, portanto, mais útil e adequada ao caso concreto. Isto porque apenas a resposta penal útil e mais adequada, segundo os fins que devem ser perseguidos com sua imposição, poderá obter resultados sociais positivos ao mesmo tempo em que tutela o bem jurídico lesado.

Diante disso, é possível concluir que a substituição da pena privativa de liberdade por uma sanção mais adequada ao fato, nos casos mencionados, e respeitados os requisitos previstos em lei, torna-se inclusive um poder-dever do aplicador da lei (Estado). Com efeito, algumas decisões dos tribunais pátrios entendem que a substituição da pena privativa de liberdade, verificados os requisitos legais, é obrigatória e não facultativa.¹⁶ Da mesma

¹⁶ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Presentes as condições que a propiciem, a substituição da pena privativa de liberdade – *ultima ratio* da repressão penal contemporânea – pela pena de multa ou de restrição de direitos não é livre faculdade do juiz – que jamais a tem –, mas poder-dever, a ser exercido conforme as diretrizes da ordem jurídica e por decisão fundamentada. Acórdão em *Habeas Corpus* n. 81.875-7. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJU 13.09.2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 805, nov. 2002, p. 522. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: *Habeas corpus*. Interpretação do art. 60, § 2.º, do CP na atual redação. Afigura-se correta a posição do parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido de que o § 2.º do art. 60 do CP, em sua atual redação, confere ao juiz um poder-dever, e não mera faculdade, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela multa desde que preenchidos pelo réu os requisitos

forma, esse entendimento é encontrado na doutrina penal brasileira, como Mauricio Ribeiro Lopes¹⁷ que, citando Celso Delmanto, se manifesta pela obrigatoriedade da substituição da prisão quando atendidas as condições previstas no art. 44 do Código Penal (CP), tendo em vista que se caracteriza como direito público subjetivo do acusado. Destarte, a decisão que deixa de aplicar as alternativas penais em substituição à prisão deve ser obrigatoriamente fundamentada.

A pena de perda de bens e valores, prevista na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e regulamentada pela Lei 9.714/1998, surge nesse cenário como alternativa penal adequada a algumas hipóteses de crimes econômicos e patrimoniais, além daqueles praticados por pessoas jurídicas, entre outros, tendo em vista que impõe uma consequência jurídica que pode ser individualizada,

exigidos pelos incs. II e III do art. 44 do mesmo Código. Inexistência, no caso, de retroatividade benéfica. Incompetência, portanto, do juiz das execuções criminais para manifestar-se sobre essa substituição. *Habeas corpus* concedido em parte. Acórdão em *Habeas Corpus* n. 65.142-9. Relator: Ministro Moreira Alves. J. 22 set. 1987. DJU 18.12.1987. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 627, jan. 1988, p. 344. BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ementa: Conversão da pena de detenção em multa. Art. 60, § 2.º do CP. Sentença condenatória omissa. Exame obrigatório. *Habeas corpus* concedido. A conversão da pena de detenção em multa – art. 60, § 2.º, do CP – deve ser objeto de manifestação obrigatória do Estado ao emitir o decreto condenatório. Traduz em *poder-dever* e não mera faculdade da autoridade judiciária. Acórdão em *Habeas Corpus* n. 2.073/1988. Relator: Desembargador Marco Antônio Cândia. J. 18.01. 1989. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, set. 1989, p. 332.

¹⁷ Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 318; DELMANTO, C. et al. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 84. Por outro lado, Julio Fabbrini Mirabete nega que a substituição da prisão seja um direito do acusado, mas afirma que no exercício da função individualizadora da pena, o juiz deve declinar as razões pelas quais não efetua a substituição referida (*Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1, p. 279).

proporcional e de natureza semelhante à do bem jurídico lesado. Além disso, a aplicação da pena mencionada também incentiva o cumprimento das regras sociais na medida em que anula o benefício auferido com a conduta ilícita e, ainda, impõe uma perda patrimonial correspondente à vantagem pretendida.

Do exposto, infere-se a necessidade de aprofundamento na pesquisa sobre a recém criada pena de perda de bens e valores, a fim de contribuir na construção desta nova e útil alternativa penal. O que se propõe, portanto, além de uma análise da legislação atual e pretérita sobre a pena de confisco, é um estudo detalhado sobre a necessidade de adequação da reação penal do Estado, tendo em vista o fato ocorrido, a finalidade da pena e os princípios constitucionais que devem ser obrigatoriamente observados pelos atores do sistema jurídico-penal brasileiro. Para tanto, mister se faz estudar com maior profundidade a questão da finalidade da pena e os princípios constitucionais que condicionam a aplicação da sanção penal no caso concreto. Antes, porém, analisar-se-á o conceito e a evolução histórica da pena de confisco, além de sua incidência no direito estrangeiro e internacional.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CONFISCO PENAL

SUMÁRIO: 2.1 Distinção entre a pena de confisco e o confisco especial como efeito da condenação criminal – 2.2 Perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública – 2.3 O confisco em outros ramos do Direito.

A pena privativa de liberdade encontra-se prevista na legislação nacional como principal forma de reação punitiva do Estado em relação às infrações penais, como de resto ocorre na maioria dos países do mundo. Entretanto, no decorrer da história, diversas foram as formas utilizadas pelo ser humano para punir o delinquente, variando o bem jurídico atingido e a intensidade dessa intervenção de acordo com o momento político, histórico e social do Estado.

Com efeito, já foram objeto de intervenção do Estado, por meio da pena criminal, a vida (pena de morte), a liberdade (pena privativa de liberdade), a propriedade (pena pecuniária) e a honra (infâmia) do delinquente. Atendendo-se aos limites deste estudo, interessa analisar a sanção penal incidente sobre o direito de propriedade, ou seja, sobre o patrimônio do delinquente, conhecida como pena de confisco ou de confiscação de bens, distinguindo-a de outras formas de confisco penal.

Segundo Frederico Marques, “confisco é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Distingue-se em total

ou parcial, conforme atinja todo o patrimônio do particular, ou apenas uma parte dele”.¹ Destarte, mister se faz estabelecer desde logo que o vocábulo *confisco* compreende diversas expressões utilizadas para designar a expropriação de bens do particular em favor do Estado, tais como confiscação, queda em comisso, perda ou perdimento de bens.² Por outro lado, *pena de confisco* é a sanção penal imposta ao agente, condenado por uma infração penal por intermédio do devido processo legal, a qual acarreta a perda total ou parcial de bens em favor do Estado. Destarte, e considerando a terminologia empregada pelo próprio texto constitucional, utilizar-se-á neste estudo a expressão *pena de confisco* ou *pena de perda de bens* (art. 5.º, XLVI, b) para designar a sanção penal; *confisco especial* ou *comisso* para designar o efeito da condenação criminal; e *perdimento de bens* (art. 5.º, XLV) para designar a sanção administrativa (*lato sensu*) cominada em caso de enriquecimento ilícito na função pública (improbidade administrativa).

A natureza jurídica da pena de confisco é de verdadeira espécie de sanção penal pecuniária, classificação esta que foi largamente utilizada e aceita pela doutrina nacional³ e estrangeira.⁴ Luiz Regis

¹ *Tratado de direito penal*. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000. v. 3, p. 378.

² Paulo Carneiro Maia afirma que confisco, “vocábulo derivado do latim *confiscatio*, de *confiscare* – em sentido restrito, é o ato pelo qual são apreendidos ou adjudicados ao fisco, bens pertencentes a outrem, mediante a atuação administrativa ou decisão judicial, fundados em lei”. Cf. FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 17, p. 517. Para o Dicionário Houaiss, confisco significa o ato ou efeito de confiscar, ou seja, de obter forçadamente ou com ameaça de punição algo em proveito do fisco (HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 796).

³ GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976. v. 1, t. 2, p. 412; BRUNO, A. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1, t. 3, p. 74; NORONHA, E. M. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 256; BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 492. Entretanto, contra tal classificação e entendendo que a pena de confisco é sanção patrimonial, mas não pecuniária: SZNICK, V. *Direito penal na nova*

Prado afirma que “as sanções pecuniárias, em sentido amplo, são todas as que afetam a integridade patrimonial do condenado”.⁵ Nesse sentido, Ugo Brasiello resume a questão da seguinte forma:

Enquanto o conceito de pena capital aparece dúvida, donde a necessidade de procurar através dos textos o seu verdadeiro sentido, e nas várias épocas, o sentido de pena pecuniária aparece claro e evidente, sempre, entretanto, que não se limite o termo *pecúnia* à moeda, mas, de acordo com o testemunho das fontes, desde a época antiga, seja estendido ao patrimônio.⁶

Francesco Carrara⁷ chama de pena pecuniária qualquer diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como castigo de um delito, ressaltando que o patrimônio tomado deve ser entregue ao Estado para que se configure uma pena, não uma verdadeira indenização.

Carrara distingue ainda as espécies de penas pecuniárias, ou seja, a confiscação e a multa, por meio da perda total ou parcial do patrimônio do condenado. Segundo o autor mencionado, a lei pode tirar do delinqüente, como castigo pelo delito, todo seu patrimônio, e então a pena toma o nome de confiscação, ou apenas uma parte

Constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993. p. 293.

⁴ LARDIZABAL Y URIBE, M. de. *Discurso sobre las penas*. Granada: Editorial Comares, 1997 (Clásicos del derecho penal y procesal). p. 111; MANZINI, V. *Istituzioni di diritto penale italiano*. 8. ed. Padova: Cedam, 1946. v. 1, p. 202; LISZT, F. V. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1929. v. 3, p. 294. Este último autor inclui o confisco entre as penas pecuniárias, mas classifica a confiscação de bens como pena *predatória*, e o pagamento em moeda, ou seja, a multa, como a verdadeira pena pecuniária.

⁵ PRADO, L. R. *Multa penal*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

⁶ Apud PRADO, L. R. *Multa penal*: doutrina e jurisprudência. Ob. cit., p. 28.

⁷ *Programa de Derecho Criminal*: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1957. v. 2, p. 129.

dele, e então a pena se chama multa.⁸ Entretanto, considerando que o confisco pode atingir apenas uma parte do patrimônio do condenado e que a obrigação imposta pela multa é essencialmente diversa (pagar quantia em dinheiro), deve prevalecer o conceito de confisco como perda total ou parcial do patrimônio, distinguindo-se da multa pela natureza da obrigação que é imposta ao condenado.

A pena de confisco, portanto, possui natureza jurídica de sanção penal pecuniária na medida em que incide sobre o direito de propriedade do condenado, impondo-lhe uma diminuição patrimonial por meio da perda parcial ou total de seus bens, gerando obrigação de entregá-los ao Estado. Por outro lado, a pena de multa caracteriza-se também como espécie de sanção penal pecuniária, porém a redução patrimonial ocorre por intermédio da obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro ao Estado.⁹

2.1 DISTINÇÃO ENTRE A PENA DE CONFISCO E O CONFISCO ESPECIAL COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

Pontes de Miranda ressalta a importância de se distinguir o confisco, a pena de confisco dos bens do delinqüente, e o cair em comisso ou queda em comisso de determinado bem, particularmente daqueles que foram o meio para a prática do delito.¹⁰ Com efeito, no âmbito do direito penal o confisco de bens pode decorrer da aplicação de uma sanção penal, caracterizando a *pena de confisco*, ou surgir como efeito extrapenal de uma condenação criminal que impôs determinada sanção penal, caracterizando nesse caso o denominado *confisco especial*¹¹ ou *queda em comisso* de

⁸ Ibidem, p. 129.

⁹ PRADO, L. R. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. Ob. cit., p. 17-18.

¹⁰ *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 419.

¹¹ BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 341, nota 4; MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 379; HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 3, p. 270.

instrumento ou produto do delito.¹² As espécies de confisco penal não se confundem, pois no primeiro caso caracteriza-se como pena em sentido estrito e no segundo como efeito da condenação criminal.

A pena de confisco é espécie de sanção penal pecuniária que deve ser cominada abstratamente pela lei, seja como pena principal (de forma isolada, cumulativa ou substitutiva) ou acessória,¹³ e aplicada judicialmente em decorrência de uma infração penal, observado o devido processo legal.

Por outro lado, o confisco especial é efeito extrapenal da condenação criminal e atinge apenas os instrumentos utilizados na prática do delito (*instrumenta sceleris*), bem como o produto direto e indireto deste (*producta sceleris*). Ressalte-se que o confisco especial geralmente incide apenas sobre instrumentos de uso ilícito, ou seja, aqueles cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

A distinção mencionada não é novidade na doutrina penal¹⁴ que sempre discutiu também a natureza jurídica do *confisco especial*, ou seja, se este instituto deve ser previsto como pena

¹² MIRANDA, P. *Comentários à Constituição de 1946*. Ob. cit., p. 419. O confisco especial corresponde ao *comiso* ou *el comiso* da legislação espanhola (BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; MALARÉE, H. H. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 244).

¹³ A Reforma Penal de 1984, produzida pela Lei 7.209/1984, acabou com as penas acessórias no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo apenas sanções principais e substitutivas aos imputáveis, e medidas de segurança para os inimputáveis.

¹⁴ MANZINI, V. *Istituzioni di diritto penale italiano*. Ob. cit., p. 258-259; MAGGIORE, G. *Derecho Penal*. Tradução de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1954. v. 2, p. 420-422; BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 250; MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 378; HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 269-270; NORONHA, E. M. *Direito Penal*. Ob. cit., p. 363; BITENCOURT, C. R. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 122; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136; DOTTI, R. A. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista

acessória, medida de segurança ou efeito da condenação criminal, sendo que em todos os casos o confisco é cominado sem o caráter de pena principal. Com efeito, divergem os autores sobre a natureza jurídica do *confisco especial*, considerando-o como efeito da condenação, medida de segurança ou pena acessória de acordo com a realidade legislativa do momento histórico analisado.

Vicenzo Manzini classifica este tipo de confisco que não é pena como medida de segurança patrimonial, definindo-o como expropriação de coisas alheias por parte do Estado, com finalidade de retirar do delinqüente aquilo que tem relação com seu delito ou de eliminar o perigo inerente à natureza mesma de determinados objetos.¹⁵ Da mesma forma, Antolisei,¹⁶ Maggiore¹⁷ e Bettiol¹⁸ classificam o confisco especial (ou comisso) como medida de segurança patrimonial, atribuindo ao instituto uma finalidade primordialmente preventiva.

Guillermo Sauer¹⁹ relaciona o confisco especial tanto entre as penas acessórias (*comiso de cosas*) quanto entre as conseqüências acessórias do fato punível (*comiso indiferenciado*). Sauer menciona também uma espécie de confisco como pena acessória específica para o delito de "suborno" (pena de *confiscación*), cujo efeito é a perda do valor em favor do Estado. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal,²⁰ assim como Welzel²¹ classificam o confisco espe-

dos Tribunais, 1999. p. 111; ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 810.

¹⁵ *Istituzioni di diritto penale italiano*. Ob. cit., p. 258.

¹⁶ *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Juan del Rosal e Ángel Torio. Buenos Aires: Uteha, 1960. p. 577.

¹⁷ *Derecho Penal*. Ob. cit., p. 420.

¹⁸ *Derecho Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 3, p. 297.

¹⁹ *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956. p. 399-400.

²⁰ *Lecciones de derecho penal*. Ob. cit., p. 244.

²¹ *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11. ed. 4. ed. castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editoria Juridica de Chile, 1997. p. 300-302.

cial (*el comiso*) como consequência acessória do fato punível, sendo que este último também diferencia o *comiso* e a *confiscación*.

Entre nós, a doutrina destacava a divergência tradicional existente entre os autores e entre as legislações estrangeiras, porém classificava o confisco especial como efeito da condenação e também como medida de segurança patrimonial, diante do que estabeleciam o art. 74, II, *a e b*, e o art. 100 do Código Penal de 1940.²² Destarte, nos termos dos dispositivos legais mencionados, em caso de condenação criminal o juiz deveria impor o confisco especial como efeito necessário da condenação, porém, sobrevivendo absolvição por qualquer motivo, ou mesmo em caso de arquivamento por desconhecimento da autoria, deveria aplicar o confisco especial como medida de segurança preventiva.

De acordo com Aníbal Bruno,²³ a diferença entre as duas figuras encontrava-se no caráter aflagrante ou preventivo do confisco especial, ou seja, quando previsto como efeito da condenação, sua finalidade seria a retribuição pelo mau causado e, quando previsto como medida de segurança patrimonial, teria escopo de defesa social contra a prática de novos delitos. Além desta distinção de natureza substancial, a medida de segurança de confisco também se distinguia do confisco como efeito da condenação em relação à exigência de ilicitude do produto do delito. Enquanto efeito da condenação, o confisco recaía sobre os instrumentos e produtos do delito, havendo exigência de que os instrumentos fossem ilícitos por natureza. O produto do delito, ainda que sua existência fosse lícita, poderia ser confiscada em caso de condenação criminal. Por outro lado, na medida de segurança, o confisco atingia os instrumentos e os produtos do delito, porém a exigência de ilicitude estendia-se também ao produto do delito, que só poderia ser confiscado se caracterizasse bem cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção constituísse fato ilícito.²⁴

²² HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 270; BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 249; MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 379.

²³ *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 342.

²⁴ NORONHA, E. M. *Direito Penal*. Ob. cit., p. 364; MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 381.

Entretanto, a Reforma Penal realizada pela Lei 7.209/1984 alterou a sistemática da medida de segurança, reservando-a apenas aos inimputáveis e condicionando sua incidência à periculosidade do agente. Atualmente, portanto, o confisco especial previsto no art. 91, II, do Código Penal caracteriza-se apenas como efeito extrapenal genérico da condenação,²⁵ inexistindo a figura do confisco como medida de segurança.

Em resumo, a legislação penal brasileira em vigor estabelece duas formas distintas de confisco, quais sejam a pena de confisco (art. 43, II, do CP) e o confisco especial como efeito extrapenal da condenação criminal (art. 91, II, do CP). Além disso, uma terceira forma de confisco deve ser mencionada e analisada em separado, ou seja, o perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública, que também não se confunde com a pena de confisco ou com o confisco especial.

2.2 PERDIMENTO DE BENS POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NA FUNÇÃO PÚBLICA

O perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública pode ser imposto como efeito da condenação criminal (incluído no efeito genérico previsto no art. 91, II, *b* do CP) ou como sanção administrativa que deve ser cominada e aplicada em caso de infração de natureza também administrativa, ou seja,

²⁵ Zaffaroni e Pierangeli entendem que o confisco especial, ou seja, a perda dos instrumentos e produtos do delito possui natureza *penal*, e não civil, caracterizando-se como verdadeira pena acessória, embora previsto como “efeito da condenação” (ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. Ob. cit., p. 818). Em sentido contrário, ou seja, considerando o confisco especial como efeito *extrapenal e civil* da condenação: MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. Ob. cit., p. 347; BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 249; BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal*: parte geral. Ob. cit., p. 627; PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 442.

prevista em normas de direito administrativo.²⁶ O perdimento de bens como sanção administrativa encontra, tradicionalmente, previsão legal no ordenamento jurídico nacional, inclusive com amparo constitucional.

Com efeito, a sanção administrativa de perdimento de bens foi prevista em algumas Constituições brasileiras, sendo tratada de forma diferenciada em relação à pena de confisco em quase todas. Destarte, as Constituições anteriores previram a possibilidade do perdimento de bens juntamente com a vedação expressa de determinadas sanções penais, entre elas o confisco, revelando exatamente que a medida de perdimento de bens não se confundia com a pena de confisco.²⁷ Nesse sentido, Pontes de Miranda distinguiu claramente a pena de confisco e o perdimento de bens

²⁶ Fábio Medina Osório defende a existência de sanção administrativa (em sentido amplo) aplicada pela autoridade judiciária, mormente quando a norma invocada possui em um de seus pólos a figura da Administração Pública como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares (denominando sanção administrativa em sentido estrito aquela aplicada pela autoridade administrativa), e apresenta a seguinte definição de sanção administrativa: "Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo" (*Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 80). Infere-se, de acordo com o conceito transcrito, que o perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito na função pública se caracteriza como típica sanção administrativa, ainda que aplicada pela autoridade judiciária, como é o caso da sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

²⁷ Cf. art. 141, § 31, da CF/1946; art. 150, § 11 da CF/1967; art. 153, § 11, da CF/1969, e redação da EC 11/1978. Neste último dispositivo mencionado, a distinção entre a pena de confisco e o perdimento de bens é menos evidente, pois a EC 11/1978 suprimiu a referência expressa à proibição do confisco, mantendo porém a previsão do perdimento de bens.

na Constituição de 1946, afirmando que a Carta proibia o confisco como sanção penal, mas não o perdimento de bens no caso de enriquecimento injustificado no exercício de função pública.²⁸ Com base nesse entendimento, dois diplomas legais foram editados para punir com seqüestro e perdimento de bens o enriquecimento ilícito no exercício de função pública, independentemente da responsabilização penal do agente, quais sejam, a denominada Lei Pitombo-Godoy (Lei 3.164/1957) e a chamada Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958).

José Celso de Mello Filho, ao comentar o texto constitucional de 1969, esclarece que o perdimento de bens se caracteriza como sanção extrapenal ao enriquecimento ilícito na função pública, possibilitando-se inclusive a iniciativa do processo judicial por qualquer cidadão do povo. Nesse sentido, afirma o autor:

Os bens adquiridos pelos agentes públicos, por influência ou abuso de cargo, função ou emprego nas entidades já referidas, serão passíveis, mediante processo regular, de constrição judicial (seqüestro e arresto). Essas providências cautelares têm por objetivo viabilizar o decreto judicial de *perdimento* (ou perda) dos bens ilegitimamente adquiridos em favor da Fazenda Pública lesada. O processo judicial também poderá ser promovido por qualquer cidadão (eleitor). Trata-se de legitimação extraordinária ou anômala para agir, que o ordenamento jurídico brasileiro defere à pessoa investida nos atributos da cidadania. Cuida-se, no caso, de típica hipótese de substituição processual.²⁹

Celso Bastos, comentando a Constituição vigente, também diferencia a pena de confisco e o perdimento de bens, afirmando que:

O perdimento de bens é, portanto, coisa bem diversa. Não se trata de uma pena, mas simplesmente da devolução

²⁸ *Comentários à Constituição de 1946*. Ob. cit., p. 420.

²⁹ *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 445.

aos cofres públicos de quantias subtraídas ao erário, ou em decorrência de enriquecimento ilícito gerado pelo exercício de cargo, função ou emprego na Administração direta ou indireta.³⁰

Entretanto, ao contrário de suas antecessoras, a Constituição de 1988 não especificou que o perdimento de bens, como sanção administrativa, seria destinado às hipóteses de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito na função pública, bem como deixou de prever o perdimento de bens juntamente com a sanção penal de confisco, não distinguindo com isso a sanção administrativa da sanção penal ou do efeito da condenação criminal. Ressalte-se que a previsão do perdimento de bens em conjunto com as sanções penais também não seria adequada na atual Carta, visto que o constituinte reservou capítulo próprio para tratar da Administração Pública (Capítulo VII, Título III), além de dispositivo constitucional específico para as sanções aplicáveis às infrações desta natureza (art. 37, § 4.º). Com efeito, a única referência ao mencionado perdimento de bens na atual Carta Política encontra-se no art. 5.º, XLV da Constituição Federal,³¹ em que o constituinte consagra o princípio da personalidade da pena e ressalva que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens não se submetem à restrição da intranscendência da sanção.

Em virtude disso, estabeleceu-se verdadeira confusão de opiniões na doutrina, pois enquanto alguns defendem que a expressão *perdimento de bens* contida no art. 5.º, XLV, refere-se ao efeito da condenação (confisco especial),³² outros sustentam que a

³⁰ *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 233.

³¹ Art. 5.º, XLV, da CF/1988: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

³² FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 60; DELMANTO, C. et al. *Código penal comentado*. Ob. cit., p. 87.

referência é à sanção administrativa para o caso de enriquecimento ilícito na função pública.³³ Por outro lado, há quem defenda que o dispositivo mencionado dispõe sobre apenas um dos efeitos da condenação criminal, ou seja, a reparação do dano, constituindo-se a referência ao perdimento de bens como garantia para a reparação integral ao ofendido.³⁴

Apresentando posição diversa em alguns aspectos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o perdimento de bens para o caso de dano ao erário ou enriquecimento ilícito foi previsto pelo constituinte no art. 5.º, XLVI, *b*, da Constituição Federal, ou seja, quando estabeleceu a pena de perda de bens. A referência ao perdimento de bens encontrada no inciso XLV, segundo o mesmo autor, diz respeito à perda do “proveito decorrente do ilícito”, que na legislação infraconstitucional corresponde ao efeito da condenação (comisso ou confisco especial). Entretanto, não se pode olvidar que o primeiro dispositivo constitucional (art. 5.º, XLVI, *b*) refere-se à perda de bens como *pena criminal*, o que não se confunde com o perdimento de bens em caso de dano ao erário. Além disso, após afirmar que a Constituição não pretendeu instituir a pena de confisco, o autor acrescenta:

³³ Hely Lopes Meirelles, em comentário sobre as responsabilidades do servidor público, afirma: “O *seqüestro* e o *perdimento de bens* são cabíveis contra os servidores que enriqueceram ilicitamente com o produto de crime contra a Administração, ou por influência ou com abuso de cargo, função ou emprego público. O *seqüestro* é providência cautelar, enquanto que o *perdimento* é medida definitiva, respaldada no art. 5.º, XLV, da CF, que resulta do reconhecimento da ilicitude do enriquecimento do servidor. O perdimento, quando não decorre de sentença criminal condenatória (CP, art. 74, II), pode ser declarado judicialmente, através de procedimento próprio” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23).

³⁴ CRETILLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1, p. 498. Uadi Lammêgo Bulos parece comungar do mesmo pensamento, visto que comenta apenas sobre a reparação dos danos (além do princípio da personalidade da pena) quando faz anotações ao inciso XLV do art. 5.º da CF/1988 (*Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215).

A menção a “perda de bens” não basta, porque, na tradição de nosso direito, ela significa queda em comisso dos instrumentos do crime, perda do produto do crime, inclusive no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública (v., quanto a este, o art. 37, § 4.º).³⁵

O certo, porém, é que a sanção administrativa de perdimento de bens encontra amparo no texto constitucional, seja pela tradição das Cartas anteriores, seja pelo que dispõe o art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, ou ainda por decorrência dos princípios que orientam a Administração Pública. Com efeito, a sanção administrativa de perdimento de bens em caso de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito no exercício da função pública é medida altamente recomendada em um Estado Democrático de Direito, e que pode ser extraída dos princípios decorrentes deste tipo de Estado, mormente os princípios inerentes à Administração Pública (art. 37 da CF/1988). Ressalte-se, neste ponto, que a técnica legislativa recomendava ao legislador constituinte a previsão do perdimento de bens entre as sanções estabelecidas pela Carta Magna para o caso de improbidade administrativa, conforme se pode deduzir da referência feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que remete o leitor ao art. 37, § 4.º, da Constituição para falar sobre o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito na função pública.

Com efeito, a improbidade administrativa foi prevista no art. 37, § 4.º, da Constituição, o qual estabelece as seguintes sanções extrapenais: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.³⁶ É possível perceber que,

³⁵ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Ob. cit., p. 62.

³⁶ A natureza extrapenal (civil *lato sensu* ou administrativa) das sanções mencionadas é admitida de forma amplamente majoritária pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido: PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M. F. E.; FAZZIO JÚNIOR, W. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 122; OSÓRIO, F. M. *Direito administrativo sancionador*. Ob. cit., p. 138-147.

embora o dispositivo constitucional mencione a indisponibilidade de bens (que é medida provisória), não se refere ao *perdimento* dos bens que deverão ser bloqueados, ou seja, tornados indisponíveis. Por outro lado, a Lei 8.429/1992, que regulamentou o art. 37, § 4.º, da Constituição, estabeleceu expressamente em seus arts. 6.º e 12, I e II, a sanção administrativa de perdimento de bens,³⁷ inclusive estendendo seus efeitos aos sucessores do causador do dano ao erário ou daquele que enriquecer ilicitamente na função pública (art. 8.º).³⁸ Tal omissão do legislador constituinte gerou

³⁷ Em relação à natureza administrativa das sanções impostas aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, Fábio Medina Osório afirma: "A discussão a respeito da natureza penal ou extrapenal de determinadas infrações se instaura, sobretudo, com o advento da Lei 8.429/1992, que tipificou e sancionou os chamados atos de improbidade administrativa, ao lado das sanções civis, penais e administrativas previstas nas legislações específicas (art. 12, *caput*, da Lei 8.429/1992). Ora, se haveria 'sanções administrativas' e 'penais' ao lado das sanções por 'ato de improbidade administrativa' arroladas na Lei 8.429/1992, que natureza jurídica teriam essas sanções? Aqui, o certo é que a expressão 'sanções administrativas', empregada na Lei 8.429/1992, foi utilizada em sentido estrito, com finalidade de designar expressamente 'sanções aplicadas por autoridades administrativas', visto que as sanções aos atos de improbidade são de Direito Administrativo, reguladas diretamente por esse ramo jurídico. Inquestionavelmente, as sanções aos atos de improbidade não se revestem de natureza essencialmente penal". Na sequência, após mencionar as posições de Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro, além da jurisprudência paulista (TJ-SP) e gaúcha (TJ-RS), arremata: "Imperioso concluir, assim, pela inexistência de caráter criminal das sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei 8.429/1992, pois nenhuma de tais sanções seria passível de aplicação exclusivamente pelo direito penal, visto como não há semelhante limitação ao legislador no âmbito constitucional, e tampouco seria adequado estabelecer, sem lei expressa, caráter criminal a condutas descritas pelo legislador" (*Direito administrativo sancionador*. Ob. cit., p. 138-142).

³⁸ Art. 6.º da Lei 8.429/1992: No caso do enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio. Art. 8.º da Lei 8.429/1992: O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.

inclusive discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a suposta inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa que estabelecem o perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito e em caso de prejuízo ao erário.

Não há se falar, porém, em inconstitucionalidade das disposições legais mencionadas, tendo em vista que a sanção administrativa de perdimento de bens encontra amparo no art. 5.º, XLV, da Constituição Federal. Analisando os dispositivos legais mencionados (arts. 6.º e 8.º da Lei 8.429/1992) e a semelhança destes com a norma constitucional (art. 5.º, XLV), infere-se que o legislador ordinário baseou-se neste dispositivo constitucional (além do art. 37, *caput* e § 4.º) para regulamentar a sistemática sancionatória da improbidade administrativa, mormente no que concerne ao perdimento de bens, impondo inclusive a execução da sanção contra os sucessores do agente.

Não bastasse tal constatação, mister se faz observar que a Constituição impõe a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário em caso de improbidade administrativa e, diante disso, o perdimento de bens adotado pela Lei 8.429/1992 surge como corolário indispensável do mandamento constitucional. O perdimento de bens, portanto, tem como finalidade apenas o ressarcimento do prejuízo causado pelo administrador ímprobo e a restituição daquilo que foi indevidamente adquirido, o que foi respeitado por meio do art. 12, I e II, c/c parágrafo único do diploma legal mencionado, que estabelece a “perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, observados “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.³⁹

³⁹ Merece registro o fato de parte da doutrina sustentar que o perdimento de bens previsto para o caso de improbidade administrativa não é propriamente uma sanção, mas sim uma simples obrigação de restaurar o estado anterior do patrimônio público (PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M. F. E.; FAZZIO JÚNIOR, W. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. Ob. cit., p. 124). Entretanto, há que se observar a natureza da obrigação imposta, bem como o disposto no texto legal, o qual estabelece de forma expressa diversas *sanções*, denominando-as, inclusive, de *penas* (Lei 8.429/1992: Capítulo III – Das Penas). Ressalte-se que o termo *pena* não é de aplicação exclusiva do direito

Esta forma de perdimento de bens, portanto, como ficou demonstrado, caracteriza-se como sanção administrativa, imposta por meio de processo judicial, que visa a garantir a restituição, ao erário, dos bens ou valores adquiridos ilicitamente, além de buscar o ressarcimento dos prejuízos causados no exercício da função pública. Ressalte-se que, não obstante o silêncio da Constituição, o perdimento de bens referido aplica-se apenas em caso de enriquecimento ilícito na função pública ou dano causado aos cofres públicos, sem prejuízo de sua aplicação também aos não-servidores públicos que, de qualquer forma, tirem vantagem indevida em prejuízo do poder público. Por fim, acrescente-se que o art. 5.º, XLV, da Constituição Federal é norma constitucional não auto-executável,⁴⁰ até porque menciona a expressão “nos termos da lei”, porém foi regulamentado em parte pela Lei de Improbidade Administrativa que atendeu à exigência de complementação contida no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

2.3 O CONFISCO EM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Por fim, não se pode olvidar que o confisco pode ser encontrado em diversos ramos do conhecimento jurídico, podendo ser objeto de análise sob o ângulo do direito constitucional, administrativo, tributário, processual penal e até mesmo civil.

No direito constitucional o confisco, enquanto expropriação de bens em favor do Estado, pode ser encontrado de várias formas, conforme a previsão no texto constitucional. Destarte, o confisco encontra-se na figura do perdimento de bens, entendido como sanção administrativa cominada às infrações de natureza administrativa (art. 5.º, XLV, da CF/1988), e também como espécie de

penal, sendo empregado também pelo direito administrativo e até mesmo pelo direito civil, como no caso das chamadas cláusulas penais (OSÓRIO, F. M. *Direito administrativo sancionador*. Ob. cit., p. 147).

⁴⁰ BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Ob. cit., p. 234.

sanção administrativa para o caso de culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243, *caput*, da CF), sendo que, em ambos os casos, o confisco se efetiva por meio de processo judicial. Além disso, o confisco encontra-se também nas disposições constitucionais penais, como a pena de perda de bens (art. 5.º, XLVI, *b*, da CF/1988) e como efeito da condenação criminal.

A atual legislação federal de direito administrativo não estabelece o confisco como forma de sanção administrativa em sentido estrito, ou seja, aplicada pela própria Administração, ao contrário do que ocorreu alhures. Com efeito, o art. 8.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968,⁴¹ estabeleceu uma forma administrativa de confisco, conferindo ao Presidente da República o direito de decretar o perdimento dos bens daqueles que se enriqueceram ilicitamente no exercício de cargo ou função pública. Paulo Carneiro Maia, ao analisar o art. 8.º do AI-5, infere que o diploma normativo estabeleceu uma modalidade singular de perda da propriedade imóvel, além daquelas previstas no art. 589 do Código Civil de 1916.⁴² Contudo, esta forma administrativa, não judicial, de perdimento de bens foi suprimida quando a Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, alterou a redação do art. 153, § 11, da Constituição Federal de 1969.⁴³ Mais recentemente, a Medida Provisória 168/1990, convertida na Lei 8.024/1990, estabeleceu o denominado *confisco da poupança*, por intermédio do qual foram transferidos ao Banco Central do Brasil (BACEN) os saldos dos depósitos encontrados em instituições financeiras que superassem o limite de NCz\$ 50.000, 00 (cinquenta mil cruzados novos), conforme estabelecia o art. 9.º do diploma legal mencionado. Entretanto, há que se distinguir a medida referida do confisco administrativo; primeiro porque o bloqueio dos recursos financeiros, ao menos pela letra da lei, deveria ser

⁴¹ Art. 8.º do AI-5: O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

⁴² FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Ob. cit., p. 518.

⁴³ MELLO FILHO, J. C. *Constituição federal anotada*. Ob. cit., p. 445.

provisório (não haveria perda de valores, mas sim retenção provisória e devolução parcelada e corrigida), e segundo porque independia de qualquer ato administrativo, ou seja, a transferência dos recursos ao Banco Central decorria da própria determinação legal.

Em princípio, a desapropriação também não se confunde com o confisco. No caso da desapropriação, a expropriação de bens em favor do Estado justifica-se pela utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, e efetiva-se, em regra, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5.º, XXIV, da CF). Porém, a Constituição Federal estabeleceu uma forma de expropriação extraordinária de bens que não está condicionada ao pagamento de indenização ao proprietário, o que caracteriza verdadeiro confisco (art. 243 da CF). Esta forma de confisco foi regulamentada pela Lei 8.257/1991, que criou um procedimento judicial específico para a expropriação forçada prevista no texto constitucional. Anote-se, por oportuno, que este confisco possui natureza de sanção administrativa em sentido amplo, não se identificando com a figura da pena de confisco, pois esta implica juízo de desvalor ético-social, que é inerente à sanção penal, como no caso da perda de bens e valores.

É importante ressaltar, desde já, que o perdimento de bens previsto no art. 5.º, XLV, da Constituição Federal foi instituído pela Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, I e II, da Lei 8.429/1992) como sanção administrativa a ser imposta pela autoridade judicial.

No direito tributário, o confisco é caracterizado como efeito negativo e indesejado de um determinado tributo. Com efeito, o princípio constitucional tributário da não-confiscatoriedade encontra-se inserido no art. 150, IV, da Constituição Federal, o qual estabelece que é vedado aos entes políticos utilizar tributo com efeito de confisco.⁴⁴ Roque Carrazza esclarece que o princípio da não confiscatoriedade deriva do princípio da capacidade contribu-

⁴⁴ Art. 150, da CF/1988: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco.

tiva e, portanto, limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Para o tributarista mencionado, “é confiscatório o imposto que, por assim dizer, ‘esgota’ a *riqueza tributável* das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas”.⁴⁵

As normas de direito civil são fundamentais para a formação do conceito e dos limites da pena de confisco, pois regulamentam o direito de propriedade e as regras de família e sucessão. Na aplicação do perdimento de bens (sanção administrativa cominada à improbidade administrativa) e do confisco especial (efeito extrapenal da condenação criminal) aos sucessores do condenado, as normas mencionadas devem ser observadas rigorosamente, sendo que apenas o patrimônio efetivamente transferido pode ser atingido.

Por fim, resta consignar que o confisco especial, que é efeito extrapenal genérico da condenação, também não se confunde com a mera apreensão dos instrumentos utilizados na prática do crime (art. 240, § 1.º, do CPP), que deve ser efetuada pela autoridade policial segundo o art. 6.º, II, do estatuto processual penal. Portanto, entre os objetos regularmente apreendidos pela autoridade policial, só será objeto de confisco especial o instrumento cuja própria existência ou fabricação caracterizar ilícito penal. Quanto aos demais objetos apreendidos, devem ser restituídos aos proprietários mediante procedimento adequado para tanto (arts. 118 a 124 do CPP).

⁴⁵ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 85-86.

NOTÍCIA HISTÓRICA

SUMÁRIO: 3.1 Antigüidade – 3.2 Idade Média – 3.3 Idade Moderna e Idade Contemporânea – 3.4 Direito penal brasileiro.

A história do direito penal é normalmente dividida em períodos, os quais revelam a prevalência de uma forma de punir em determinada época. Destarte, os períodos seriam: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. Entretanto, tais períodos não se substituíram repentinamente ou inteiramente, havendo convivência de idéias e princípios contraditórios entre si por longo tempo, o que ocorre até nos dias de hoje.¹

Com efeito, uma investigação histórica sobre a aplicação da pena de confisco deve ser realizada com base nos grandes períodos históricos conhecidos, ressaltando-se também algumas características gerais do direito penal de cada época. Posteriormente, analisar-se-á a incidência do confisco como pena na história da legislação penal brasileira.

3.1 ANTIGÜIDADE

O homem primitivo acreditava que os seres sobrenaturais castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com o seu

¹ LYRA, R. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2, p. 12-13.

comportamento. Por esse motivo, adoravam e cultuavam objetos (*totens*) aos quais deviam obrigações e respeito. A função da pena era reparatória, ou seja, pretendia fazer com que o infrator, ao ser punido, se retratasse frente à divindade. A pena possuía, portanto, um caráter essencialmente sacral.

As sociedades primitivas baseadas nos *totens* ou na estrutura familiar (com base no sangue), as quais precederam a fundação do Estado, utilizaram duas formas de punição, ou seja, a *perda da paz* e a *vingança do sangue*. A *perda da paz* consistia na expulsão do agressor, que perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa; a *vingança do sangue* consistia na lesão retributiva entre tribos rivais quando um membro de uma tribo fosse ofendido por um membro de outra. A *perda da paz* implicava também a confiscação dos bens do proscrito.

Posteriormente, ainda nos tempos antigos, surge uma interessante forma de punição denominada composição (*compositio*), por meio da qual o ofensor pagava ao ofendido determinada quantia em dinheiro, animais, armas ou outra forma de reparação do dano causado. Esta forma de punição pode ser considerada como antecedente da pena de multa, não obstante seu caráter evidentemente indenizatório,² e já era prevista no Código de Hammurabi (Babilônia, XXIII a.C.), a lei penal mais antiga que se tem conhecimento.

Mais tarde, com a evolução das organizações sociais e o avanço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendências naturalmente centralizadoras do poder. A pena passa a representar, então, a reação desta coletividade organizada politicamente, com finalidade de autopreservação.

O confisco de bens foi aplicado no Egito antigo para punir infratores da ordem estabelecida, além de outras sanções, reservada a pena de morte para delitos religiosos ou que atingissem o Faraó.³

² A doutrina considera que a composição, através de um processo histórico de mutação, originou a multa penal e a indenização civil (PRADO, L. R. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. Ob. cit., p. 35).

³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 182.

O confisco foi utilizado também no ocidente muito tempo depois, ou seja, pela civilização asteca nos primeiros tempos da América.⁴

Na Grécia antiga, a propriedade da terra era inalienável, pois se baseava na religião doméstica, ou seja, no culto dos antepassados que eram enterrados no solo da própria residência familiar. Assim, as cidades gregas desconhecera a expropriação de terras por utilidade pública ou em decorrência de dívidas, porém aplicavam o confisco de bens como consequência da sentença de exílio, ou seja, quando o indivíduo era privado do título de cidadão e não podia exercer qualquer direito na cidade.⁵ Além disso, as penas pecuniárias eram utilizadas com grande frequência em Atenas e chegavam a atingir somas exorbitantes, porém, confundiam-se as idéias de indenização e pena, sendo que em determinados delitos privados o valor das penas pecuniárias era dividido entre o Estado e o particular ofendido, como informa Thonissen.⁶

Em Roma, no início de sua civilização, a pena possuía também caráter sacral. Porém, a partir da famosa Lei das XII Tábuas (V a.C.), o direito penal romano tornou-se laico, ou seja, independente da religião, distinguindo-se claramente os delitos públicos dos delitos privados.⁷ Da mesma forma que o povo grego, os romanos não admitiam a expropriação de terras por dívida, também por motivos religiosos.⁸

⁴ Idem, *ibidem*, p. 184.

⁵ COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 68.

⁶ Apud CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal*: parte general. Ob. cit., p. 138, nota 1.

⁷ Os delitos públicos resumiam-se a dois tipos, quais sejam, o *perduellio* (contra a existência e a segurança da cidade) e o *parricidium* (morte do *pater familias*, não simplesmente do genitor), e eram punidos de forma mais severa, através da pena de morte ou do desterro. Por outro lado, os delitos privados eram punidos pelos próprios ofendidos, que deveriam buscar a composição na justiça civil.

⁸ Fustel de Coulanges esclarece: "A lei das Doze Tábuas não poupa, seguramente, o devedor, mas recusa, no entanto, que a sua propriedade seja confiscada em proveito do credor. O corpo do homem responde pela dívida, não a sua terra, porque esta se prende, inseparável, à família. Será mais fácil colocar o homem na servidão

Entretanto, os romanos utilizaram muito o confisco de bens, também conhecido como *devolutio ad populum* ou *publicatio bonorum*, mormente nas hipóteses de pena de morte e de interdição de teto, água e fogo (*interdictio tecto, aqua et igni*).⁹ Os magistrados romanos também podiam confiscar o patrimônio das pessoas, em benefício da comunidade, por meio da chamada *coercición*.¹⁰ A finalidade da confiscação era, na maioria das vezes, garantir o enriquecimento do Estado ou apoderar-se dos bens particulares do condenado, porém era comum deixar parte do patrimônio aos filhos herdeiros. Justiniano chegou a proibir a confiscação total dos bens, reservando-a apenas aos casos de delitos contra o Estado.¹¹

No direito penal romano propriamente dito, a confiscação de bens foi utilizada apenas como pena acessória de outras sanções,

do que tirar-lhe um direito de propriedade pertencente mais à família do que a ele próprio; o devedor está nas mãos do seu credor; a sua terra, sob qualquer forma, acompanha-o na escravidão. O senhor que, em seu proveito, usa das forças físicas do homem, goza também dos frutos da terra, mas não se converte em seu proprietário. Tanto o direito de propriedade se afirma inviolável e superior a qualquer outro direito" (*A cidade antiga*. Ob. cit., p. 68-69).

⁹ A *interdictio tecto, aqua et igni* foi utilizada nos tempos anteriores a Sila e servia para expulsar e impedir o retorno de estrangeiros (não cidadãos) do território romano, sob pena de morte. Caracterizava-se como ato administrativo e não como sentença judicial de natureza penal (MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. 2. ed. Tradução de P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 51, 594). Além da expulsão do território, a interdição impedia a participação do exilado no culto religioso, ou seja, vedava acesso ao fogo dos sacrifícios e à água lustral (COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. Ob. cit., p. 218).

¹⁰ Entende-se por *coercición* o poder discricionário e arbitrário concedido aos magistrados romanos para que pudessem aplicar penas dentro das cidades, sem a necessidade de confirmação pelos Comícios, ou seja, pelos tribunais populares (MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Ob. cit., p. 24).

¹¹ MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Ob. cit., p. 620; LARDIZABAL Y URIBE, M. de. *Discurso sobre las penas*. Ob. cit., p. 112.

como no caso da pena de morte, e não como pena principal e autônoma.

Com efeito, desde a primeira época da República até o período do Império, o delito de *perduellio* era punido com a pena capital e também com a pena acessória de confiscação dos bens do condenado. O delinqüente, neste caso, era considerado traidor e inimigo da pátria e, assim como os povos vencidos em guerra, perdia a propriedade de seus bens em favor do Estado, que poderia inclusive anular atos de transmissão posteriores ao delito, como doações ou testamento.¹² Durante o período republicano, a confiscação de bens como acessória da pena de morte foi utilizada apenas para o delito de *perduellio*, enquanto no período imperial foi cominada como pena acessória também para outros delitos, como o parricídio e o de lesa majestade.

Teodoro Mommsen afirma que a pena de perda da liberdade, aplicada em caso de ofensa à obrigação do serviço militar ou aos direitos dos embaixadores, ou ainda em caso de flagrante de furto ou roubo, implicava também a confiscação de bens. O autor adverte, porém, que esta perda de bens não encontra previsão expressa durante a época da República, sendo impossível afirmar se ocorria em todos os casos ou não, ou ainda, se eram preservados os bens dos herdeiros para evitar que estes fossem mais castigados que o próprio condenado. Por outro lado, o autor não tem dúvida de que, durante o Império, a perda da liberdade acarretava a confiscação dos bens do condenado.¹³

A pena de relegação,¹⁴ após a reorganização introduzida pelo ditador Sila no direito penal romano, ocupou lugar de destaque na escala das medidas punitivas, caracterizando-se como a principal forma de punir os infratores. Inicialmente a relegação não

¹² MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Ob. cit., p. 374, 621.

¹³ Op. cit., p. 622.

¹⁴ A pena de relegação (*relegatio*) consistia na imposição ao condenado de uma restrição ao direito de eleger livremente seu domicílio, seja confinando-o em determinado local (confinamento), seja expulsando-o do local onde reside, proibindo-o de retornar (expulsão). MOMMSEN, T. op. cit., p. 594.

implicava a confiscação dos bens do condenado, o que foi alterado posteriormente pelos imperadores romanos que dispuseram sobre a confiscação como acessória de diversas penas.

Nos tempos de Caio Júlio César, a pena de relegação dos parricidas era agravada com a pena acessória de confiscação total dos bens e, sob o império de Otávio Augusto, o mesmo passou a ocorrer com a punição dos crimes de lesa-majestade. Augusto estabeleceu que a relegação implicava a deportação do condenado, sendo a confiscação parcial dos bens (o que excedesse 500.000 sestércios) uma etapa preparatória da aplicação da pena. Além disso, quando o delito era punido com a relegação perpétua, normalmente se aplicava a confiscação parcial de bens como pena acessória.¹⁵

A partir de Tibério a relegação passou a implicar a confiscação de todo o patrimônio do condenado, tanto em caso de interdição como em caso de deportação, não obstante a permanência de certos bens com o deportado para a sua subsistência. Com efeito, duas espécies de relegação passaram a ser aplicadas em conjunto com a pena acessória da confiscação de bens, ou seja, a *relegação sem confinamento*, mas com ameaça de pena de morte em caso de descumprimento da pena, também conhecida pela expressão *interdictio aqua et ignis*, e a *relegação com confinamento* e com ameaça de pena de morte em caso de descumprimento, também conhecida como *deportatio*.¹⁶

3.2 IDADE MÉDIA

Normalmente se aponta a queda do império romano ocidental e a invasão da Europa pelos chamados “povos bárbaros” como início da Idade Média. Nesse período, o Direito germânico teve grande aplicação e observância, o que resultava do próprio domínio exercido por este povo durante o mencionado período histórico.

Nos primeiros tempos de predomínio germânico, a punição dos delitos era realizada por meio da perda da paz, na qual se retirava

¹⁵ MOMMSEN, T. op. cit., p. 622-623.

¹⁶ MOMMSEN, T. op. cit., p. 596.

a proteção social do condenado, possibilitando que qualquer pessoa o agredisse ou o matasse impunemente, além da possibilidade de tomar-lhe os bens. Quanto aos delitos privados, utilizava-se a composição e a *Faída*, ou seja, a inimizade contra o infrator e sua família, que deveriam sofrer a vingança do sangue.¹⁷

Posteriormente, com o fortalecimento do poder público centralizado, o direito penal germânico também se transforma em público, abandonando o caráter fortemente individualista que o marcava. Destarte, a *Faída* foi mitigada pela composição que, de opcional, tornou-se legal e obrigatória em determinados casos.

A composição compreendia formas de restrição patrimonial, como a *busse*, que era o preço pago, também ao ofendido, para libertar-se da vingança, e como a *Friedgeld*, que consistia em um valor devido à comunidade (ao rei) pela violação da paz.¹⁸ A confiscação de bens foi também utilizada pelo direito penal germânico como acessória da pena capital ou como alternativa a esta, quando associada às penas de escravização e exílio.¹⁹

A Espanha também utilizou a confiscação de bens como sanção penal na Idade Média. Durante o período de domínio visigodo, a pena de confisco de bens podia ser total ou parcial, e destinava-se a beneficiar a vítima e seus parentes ou o próprio fisco.²⁰ O confisco geral acompanhava, muitas vezes, a pena de morte, mas também era aplicada como pena principal para outros delitos. No crime de *rapto violento de esposa alheia*, a pena era o confisco de metade dos bens do raptor para o casal e, se fosse pouco ou

¹⁷ A vingança do sangue deveria ser feita pela família do ofendido contra o ofensor e sua família (ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. Ob. cit., p. 190; BRUNO, A. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, t. 1, p. 69).

¹⁸ BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 1, p. 70.

¹⁹ BATISTA, N. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico). p. 53; SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição*: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. Ob. cit., p. 294.

²⁰ BATISTA, N. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Ob. cit., p. 118.

nada, a escravização do raptor ao casal para que o valor de sua venda fosse entre ambos repartido, chegando à pena capital em caso de conjunção carnal.²¹ Posteriormente, o confisco de bens foi proibido nas Cortes de Zaragoza em 1283 e pelo Fuero de Viscaya de 1452.²²

Em Portugal, as Ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V por volta de 1446, trataram dos delitos e das penas no Livro V. As Ordenações Manuelinas, publicadas em nome de D. Manuel, o Venturoso, em 1521, seguiram as normas das Ordenações Afonsinas, com pequenas alterações. Em ambas a confiscação de bens foi utilizada como pena, mormente nos delitos de heresia e lesa-majestade.

Na Inglaterra, a confiscação de bens foi amplamente utilizada com caráter punitivo, havendo inclusive previsão expressa sobre a privação de bens na *Magna Carta Libertatum* de 1215 (art. 39), quando o rei inglês conhecido como “João Sem Terra” foi obrigado a estabelecer restrições ao poder central. Nas colônias inglesas da América do Norte, onde se aplicava a *common law* inglesa, todos os bens dos criminosos eram automaticamente confiscados em favor da Coroa britânica.²³

Neste período medieval, o direito penal canônico utilizou penas com finalidades diversas, ou seja, havia penas absolutamente retributivas (punição e vingança contra a malignidade), outras que visavam a exemplaridade (terror e medo nas pessoas) e ainda penas com finalidade de emenda do infrator. As penas podiam ser eclesiásticas ou seculares, sendo que a distinção entre elas encontrava-se na natureza da punição aplicada. Entre as penas eclesiásticas, podem-se mencionar a excomunhão (exclusão da comunidade jurídica da Igreja), o interdito (proibição de exercício de funções religiosas) e a degradação (perda do ofício eclesiástico e benefícios respectivos). O confisco de bens encontrava-se entre as

²¹ Ibidem, p. 120.

²² SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento*. Ob. cit., p. 295.

²³ VERVAELE, J. A. E. Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 954-974, 1998. p. 957.

penas seculares e ensejou “volumosa apropriação de bens dos hereges judeus”.²⁴

3.3 IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA

A partir do século XVI, com a queda de Constantinopla (antiga Bizâncio) e o desaparecimento do feudalismo, surge a Idade Moderna. Com ela, e como resultado de inúmeras guerras religiosas, a pobreza se generaliza por todo o continente europeu, crescendo o número de desafortunados e, conseqüentemente, o número de delinqüentes.

Em Portugal, as Ordenações Filipinas publicadas em nome de D. Felipe II (III de Espanha) em 1603, caracterizavam-se pela tentativa de combate à justiça privada e fortalecimento da justiça pública. A confiscação de bens encontrava-se prevista principalmente como pena acessória da pena capital e era imposta em diversos casos, como no delito de lesa-majestade (Título I), no de heresia (Título VI), no de moeda falsa (Título XII), no pecado de sodomia (Título XIII) e outros. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli informam que o confisco de bens era aplicado como pena acessória da pena capital denominada morte atroz (“morra morte natural para sempre”), que também poderia ser acompanhada de queima do cadáver, esquartejamento e proscricção de sua memória.²⁵

Tempos mais tarde, com o movimento do Iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, a pena assumiu um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica. O movimento de reforma penal iniciado no século XVIII originou o denominado período humanitário da pena e foi extremamente influenciado pelo pensamento iluminista.

Nesta época, levantaram-se inúmeras vozes contra a confiscação de bens, entre elas a de Cesare Beccaria. Tal repulsa reflete,

²⁴ BATISTA, N. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Ob. cit., p. 228.

²⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 206.

neste momento histórico de individualismo e ascensão social da burguesia, a prevalência e o caráter absoluto conferido ao direito de propriedade.

Em consequência dos novos paradigmas impostos pelo ideário iluminista, surgem as primeiras legislações escritas vedando a pena de confisco, como é o caso do Código da Toscana de 1786, elaborado pelo Grão-Duque Pedro Leopoldo.²⁶ A pena de confisco entra então em declínio, deixando de ser utilizada pela maioria dos Estados considerados civilizados.

O Código Penal Francês de 1810, chamado de Código Napoleão, conservou diversos princípios racionais da revolução francesa, mas ficou marcado por características imperialistas. O fundamento da punição era a conservação do Estado, sendo que este estava centrado na pessoa do imperador. Em relação às sanções penais, o estatuto legal mantinha penas muito severas, inclusive a confiscação dos bens, a qual foi abolida pelas Constituições de 1815 e 1830.²⁷ Posteriormente, o confisco foi previsto novamente para os casos de espionagem e traição (Lei de 14 de novembro de 1918).

Na Itália, algumas leis²⁸ estabeleceram o confisco como sanção penal, porém o Código de 1889 aboliu tal forma de punição. No período das Grandes Guerras, segundo informa Valdir Sznick,²⁹

²⁶ Ibidem, p. 209-210. No mesmo sentido, porém mencionando o ano de 1776 como data do Código: SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição*: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. Ob. cit., p. 294.

²⁷ MATSOPOULOU, H. La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n. 2, p. 301-317, abr./jun. 1995. p. 301.

²⁸ Regulamento Pontifício de 1832 (art. 85); Código estense de 1856 (art. 114); Lei Piemontese (art. 1.721/2), porém excluído no Piemonte em 1851 (art. 5.º). Cf. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: Teoría del garantismo penal. Ob. cit., p. 448, nota 137; SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição*: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. Ob. cit., p. 294.

²⁹ O autor relaciona os diversos diplomas legais italianos que, no período das guerras mundiais, previram o confisco de bens, quais sejam: Decreto 1.952, de 10 de dezembro de 1917; Decreto 539, de 21 de abril de 1918; Lei 2.008, de 25 de março de 1926; Decreto

a legislação italiana voltou a estabelecer o confisco de bens como pena. Em Espanha, a pena de confisco também deixou de ser prevista nos Códigos Penais mais recentes, como os de 1822, 1848, 1850 e 1932 (com a reforma de 1944).

Entretanto, a pena de confisco continuou a ser utilizada por países que adotaram o regime socialista, como as repúblicas da União Soviética (CP russo de 1926 – arts. 20 e 40), além de Hungria, Polônia, Tchecoslováquia, Iugoslávia, Romênia e Bulgária.

O Código Penal da Rússia de 1960, que serviu de modelo para as demais repúblicas soviéticas, estabeleceu a sanção de confisco de bens para delitos contra o Estado e para delitos graves praticados com o fim de lucro. Com efeito, o art. 35 do referido Código estabelece que a confiscação de bens consiste na apropriação forçada pelo Estado de todos os bens do condenado, ou parte deles, sem direito a qualquer indenização ao mesmo. A natureza jurídica do confisco, porém, é de pena acessória ou complementar.

Segundo as regras do Código russo, apenas os bens pessoais do condenado, ou sua parte na propriedade comum, podem ser objeto do confisco, sendo que a expropriação não deve recair sobre as provas materiais, sobre os instrumentos utilizados ou sobre os valores conseguidos com o delito. Os instrumentos utilizados na prática do delito, bem como os objetos conseguidos por meio do delito, não são alcançados pela *pena de confisco*, mas são suscetíveis de *confisco especial*, que não se confunde com a pena aplicada. Além disso, a pena de confisco não pode ser trocada por quantia em dinheiro igual ao valor dos bens confiscados, e estes bens devem ser destinados ao Estado, sendo vedada a transferência para outras organizações ou para a vítima.

O confisco sanção pode ser total ou parcial, porém mesmo no caso de ser total, não deve recair sobre objetos domésticos necessários ao condenado ou às pessoas que se encontram sob sua responsabilidade. A pena de confisco é distinta da pena de multa,

159, de 27 de julho de 1944; Decreto 134 (art. 1.º), de 26 de março de 1946 – confisco de bens dos colaboradores do nazi-facismo; Decreto 1546 (arts. 1.º, 4.º e 5.º), de 9 de dezembro de 1947 (SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento*. Ob. cit., p. 295).

pois esta é aplicada em dinheiro e leva em consideração a situação econômica do condenado, enquanto o confisco recai sobre o patrimônio pessoal do condenado. A pena de confisco distingue-se também da apropriação pelo erário público das quantias em dinheiro e valores obtidos em decorrência do delito, cuja expropriação é obrigatória e independe da aplicação da pena de confiscação dos bens pessoais do condenado.

A confiscação nos países socialistas, como no caso das repúblicas soviéticas, exercia uma função de política-criminal importante, ou seja, era utilizada na luta para eliminar os delitos contra o Estado, contra os dissipadores da propriedade socialista, contra os que cometessem suborno ou realizassem especulações. Por esse motivo, a sanção penal de confisco foi prevista na legislação russa como pena obrigatória e complementar para os crimes contra o Estado, sendo que o tribunal deveria motivar a não aplicação do confisco quando entendesse inútil a medida.³⁰

3.4 DIREITO PENAL BRASILEIRO

A legislação Manuelina foi a primeira a vigorar e a ser observada nos primórdios do Brasil colonial.³¹ Porém, foram as Ordenações Filipinas que se destacaram em nosso Direito, mormente em razão das alterações exigidas por Felipe III, de Espanha e II de Portugal. Eram muitos os delitos e variadas as formas de suplício sobre o corpo do condenado que se constituíam em principais armas políticas do soberano para o controle social. O confisco de bens encontrava-se previsto como pena acessória da pena capital e foi amplamente utilizada, o que pode ser ilustrado com um dos episódios mais conhecidos e dramáticos da história brasileira: a condenação de Tiradentes.³²

³⁰ ZDRAVOMÍŠLOV, B. V.; SCHNEIDER, M. A.; KÉLINA, S. G.; RASHKÓVSKAIA, Sh. S. *Derecho penal soviético: parte general*. Tradução de Nina de la Mora e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1970. p. 321.

³¹ BRUNO, A. *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 1, p. 158.

³² A sentença condenatória de Tiradentes, que aplicou ao mesmo a pena de morte e a pena de *confiscação total de bens*, foi assim redigida:

Em 28 de agosto de 1822, o príncipe regente D. Pedro determinou que os juízes criminais guiassem suas decisões pelas bases estabelecidas na Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1822, a qual abolia expressamente a confiscação de bens e outras penas cruéis e infamantes (art. 12).³³

O Brasil conquistou sua independência em 7 de setembro de 1822, porém, as Ordenações do Reino continuaram em vigor no país. Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira, cujo texto previa a criação urgente de um Código Criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade” (art. 179, XVIII), e declarava expressamente o fim dos suplícios e das penas infamantes. Neste contexto, o art. 179, XX, estabelecia a intranscendência das penas e, por esse motivo, vedava a confiscação de bens para qualquer hipótese.³⁴ O Código Criminal do Império de

“Portanto condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios (*sic*) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo propria será avaliada e paga ao seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memoria a infamia deste abominavel Réu;” (DOTTI, R. A. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27).

³³ MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 118-119.

³⁴ Art. 179, XX, da CF/1824: Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

1830, portanto, deixou de estabelecer a pena de confisco, seja como pena principal, seja como acessória.³⁵

A proclamação da República em 15 de novembro de 1889 trouxe como corolário a edição do Código Penal de 1890, o qual também não prescreveu a confiscação de bens como sanção penal, mas apenas o confisco especial como efeito da condenação (art. 69, *a*). Um ano mais tarde, a Constituição da República de 1891 foi promulgada, porém a vedação expressa da pena de confisco não se manteve neste texto constitucional. Seria possível, em tese, a previsão legal da pena de confisco neste período.

Em 1927, o Desembargador Virgílio de Sá Pereira divulgou seu Projeto de Código Penal (incompleto), cujo sistema de penas dividia as sanções em principais e acessórias, encontrando-se entre estas últimas o confisco de certos bens, o que foi objeto de crítica por parte da doutrina.³⁶

Durante a Segunda República, a Constituição de 16 de julho de 1934 vedava expressamente o confisco de bens como pena, assim como proibia o banimento e a pena de morte em tempo de paz (art. 113, item 29).³⁷

Em 1937 uma nova Constituição Federal foi outorgada sob a égide do poder autoritário e militar do Estado Novo, que fechou o Congresso e instituiu crimes políticos, cominando-lhes, inclusive, a pena de morte. Esta Carta política, assim como a de 1891, não vedou expressamente a pena de confisco, silenciando a respeito do assunto.

³⁵ Há que se registrar, porém, que o crime de contrabando era punido com a perda das mercadorias importadas ou exportadas, além da multa igual à metade do valor destas (art. 177 do Código Criminal do Império – 1830).

³⁶ Crítica de Nelson Hungria: “Também inaceitável era a solução do Projeto Sá Pereira (solução que também se encontra no Código de Costa Rica, de 1941), no sentido de atribuir ao confisco, em qualquer caso, a função de pena” (*Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 271).

³⁷ Art. 113, item 29, da CF/1934: Não haverá pena de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

O Código Penal de 1940, publicado com o Congresso Nacional ainda fechado, foi erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado e teve em Nelson Hungria seu principal redator. O novo diploma legal, que se caracterizou pelo tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia, previa apenas o confisco especial como efeito da condenação (art. 74, II, *a* e *b*).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Brasil viu ser promulgada em 1946 uma das mais democráticas Constituições de sua história. A pena de confisco foi expressamente proibida, juntamente com a pena de morte e a restauração dos direitos e liberdades individuais. O constituinte, porém, previu a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer o seqüestro e o perdimento de bens como sanção administrativa em caso de enriquecimento ilícito por abuso de função pública (art. 141, § 31).³⁸

No período da ditadura militar, após a revolução de 1964, a pena de confisco voltou a ser vedada de forma expressa pela Constituição de 1967 (art. 150, § 11).³⁹ Por outro lado, o texto constitucional permitia o perdimento de bens por enriquecimento ilícito na função pública, o qual não se caracteriza como pena e, por isso, foi regulamentado como medida de natureza administrativa de competência do Presidente da República pelo Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968. A proibição constitucional relativa à pena de confisco, porém, não durou muito tempo, pois o Ato Institucional n.º 14, de 5 de setembro de 1969, alterou a redação do dispositivo mencionado (art. 150, § 11),

³⁸ Art. 141, § 31, da CF/1946: Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

³⁹ Art. 150, § 11, da CF/1967: Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

possibilitando a decretação do confisco de bens, além da pena de morte, da prisão perpétua e do banimento, “nos casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar”.

A Emenda Constitucional 01, de 17 de outubro de 1969, que impôs um novo texto constitucional ao país, vedou a pena de confisco de forma geral, mas manteve a possibilidade de sua aplicação em alguns casos específicos em seu art. 153, § 11,⁴⁰ o qual repetia a redação e as hipóteses previstas pelo Ato Institucional n.º 14/1969. A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, alterou a redação do art. 153, § 11, da Constituição Federal de 1969⁴¹ para vedar expressamente, e sem exceções, a pena de morte em tempo de paz, a prisão perpétua, e o banimento. Entretanto, não obstante a alteração do dispositivo constitucional, mister se faz ressaltar que a referência à pena de confisco foi suprimida pela nova redação, tanto no que diz respeito à sua vedação, quanto às exceções que possibilitariam sua aplicação.

José Celso de Mello Filho, ao analisar o dispositivo constitucional sob comento, afirma que o texto deixou de prever o confisco de bens, que não era pena, mas medida excepcional de competência do Presidente da República, possibilitando apenas a imposição judicial do perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito na função pública.⁴²

⁴⁰ Art. 153, § 11, da CF/1969: Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.

⁴¹ Art. 153, § 11, da CF/1969, conforme redação dada pela EC 11/1978: Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressaltada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

⁴² *Constituição federal anotada*. Ob. cit., p. 445.

Por outro lado, é possível concluir também que a supressão da referência expressa ao confisco possibilitaria o estabelecimento desta espécie de sanção penal pelo legislador ordinário. Primeiro porque o dispositivo constitucional destinava-se a permitir ou proibir espécies de pena, ou seja, quando previsto no art. 150, § 11, da CF/1967, o constituinte pretendeu vedar a pena de confisco de bens, e não apenas medidas administrativas de confisco; segundo porque a vedação constitucional não foi repetida pela EC 11/1978; e terceiro porque o constituinte proibiu expressamente as espécies de penas que entendeu incompatíveis com o sistema constitucional, deixando de incluir entre elas o confisco.

O Código Penal outorgado em 21 de outubro de 1969 pela Junta Militar não chegou a ter vigência, sendo revogado em 1978. Importa observar que o mencionado diploma legal não estabelecia a pena de confisco, mas apenas o confisco especial como efeito da condenação (art. 90, II, *a* e *b*).

A reforma na Parte Geral do Código de 1940, levada a termo pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, foi extensa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática. A lei aboliu as penas acessórias e o sistema do duplo binário, sendo este substituído pelo sistema vicariante, ou seja, aplica-se apenas a pena criminal ou apenas a medida de segurança, sendo a última aplicável somente aos inimputáveis. O confisco não foi previsto como pena, mas apenas como efeito da condenação (confisco especial).

A Constituição Federal de 1988, promulgada a 5 de outubro, também não incluiu o confisco entre as penas expressamente vedadas (art. 5.º, XLVII)⁴³ e, ao contrário, previu de forma expressa a possibilidade da perda de bens por meio de sanção penal (art. 5.º, XLVI, *b*).⁴⁴

Depois de quatorze anos da Reforma Penal de 1984, e uma década após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei 9.714/

⁴³ Art. 5.º, XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;.

⁴⁴ Art. 5.º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: b) perda de bens;.

1998 inaugurou um novo sistema de penas na legislação nacional. Importante destacar que a Carta Magna exigiu uma atualização do sistema de penas ao prever novas modalidades de sanções penais (ex.: perda de bens e valores), além de inovar na linguagem utilizada no rol constitucional de penas (ex.: restrição da liberdade e prestação social alternativa).

Com efeito, o diploma legal mencionado modificou a redação do art. 43 do Código Penal, estabelecendo novo elenco de penas restritivas de direitos, entre elas a pena de perda de bens e valores, que possui características de verdadeira pena de confisco.

POSIÇÃO DA DOUTRINA EM RELAÇÃO À PENA DE CONFISCO

SUMÁRIO: 4.1 Os críticos e suas razões – 4.2 Os defensores e suas razões.

Conforme analisado no capítulo anterior, a pena de confisco foi amplamente utilizada na antigüidade e na idade média, encontrando resistência no período das luzes. A partir do século XVIII, portanto, a pena de confisco passou a ser contestada pelos pensadores e proibida por constituições e legislações de diversos Estados. Destarte, vale registrar quais foram os críticos e os defensores da pena de confisco na doutrina penal, consignando também as razões que fundamentaram as posições adotadas.

4.1 OS CRÍTICOS E SUAS RAZÕES

Thomas Hobbes, ferrenho defensor do absolutismo, analisou as espécies de sanções penais existentes em sua época (século XVII) e fez algumas considerações relativas às penas pecuniárias. Para Hobbes, penas pecuniárias “são as que consistem, não apenas no confisco de uma soma em dinheiro, mas também de terras ou quaisquer outros bens que geralmente são comprados e vendidos por dinheiro”.¹ Ressaltou, porém, que se a finalidade da lei ao

¹ *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores). p. 237-238.

estabelecer a pena pecuniária é a arrecadação de dinheiro daqueles que a transgredirem, a pena estará descaracterizada, configurando apenas o preço de um privilégio e de uma isenção da lei, a qual não proíbe o ato de maneira absoluta, mas proíbe apenas àqueles que não podem pagar a soma exigida.

Entretanto, um dos primeiros pensadores do direito penal a refletir especificamente sobre a pena de confisco foi Cesare de Bonesana, o marquês de Beccaria. O pensador clássico analisou a pena de confisco aplicada em conjunto com a expulsão e afirmou que aquela é “maior” que esta. A perda total dos bens do condenado era imposta quando a expulsão implicasse em rompimento de todas as relações então existentes entre a sociedade e o cidadão, o que correspondia à morte civil. Entretanto, argumenta Beccaria que, se a situação descrita em tudo se assemelha à morte natural, seria mais razoável que os bens extorquidos do réu permanecessem com os seus legítimos sucessores, e não com o príncipe, ou seja, com o Estado.

Inferi então que não apenas esta “sutileza” o faz desaprovar a pena de confisco, mas também a injustiça gerada pela aplicação efetiva da sanção mencionada. Com efeito, argumenta Beccaria:

As confiscações põem a preço a cabeça dos fracos, fazem sofrer aos inocentes a pena do réu, e põem os próprios inocentes na desesperada necessidade de cometer os delitos. Que espetáculo mais triste do que uma família arrastada na infâmia e na miséria pelos delitos de um chefe, à qual a submissão imposta pelas leis impediria de preveni-los, mesmo que existissem os meios para o fazer.²

Ressalte-se, porém, que Beccaria refere-se à confiscação total de bens quando faz suas severas críticas à pena de confisco. Nesse sentido, ao discorrer sobre o delito de contrabando, Beccaria admite a pena de perda da mercadoria proibida ou dos bens que a acompanham, ressaltando que a pena será mais eficaz quanto menores forem os impostos, pois “os homens não arriscam senão na proporção da vantagem que resultar do êxito do empreendimen-

² *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 111-112.

to".³ Mister se faz reconhecer, porém, que neste caso o confisco estaria incidindo sobre o produto do delito e não sobre o patrimônio lícito do delinqüente, parecendo-se mais com o comisso de bens (confisco especial) do que com a pena de confisco.

Manuel de Lardizabal y Uribe, também influenciado pelo ideário liberal do iluminismo,⁴ repete o raciocínio de Beccaria em relação à injustiça do confisco, acrescentando que esta espécie de pena produz mais prejuízos que utilidades à república, mormente porque o Estado possui recursos suficientes para sua manutenção, não necessitando despojar os bens dos súditos para enriquecer. Lardizabal reclama, na hipótese de ser impossível a supressão do confisco, uma distinção em relação aos bens suscetíveis de expropriação, de modo que apenas aqueles bens adquiridos pelo delinqüente fossem confiscados, e não aqueles que por direito fossem ser transmitidos aos seus sucessores.

O autor termina sua exposição afirmando não ter receio de dizer que, qualquer que seja a natureza dos bens e por mais atroz que seja o delito, seria muito desumano e cruel precipitar, com a confiscação, no abismo da miséria uma família inocente que não praticou delitos.⁵

Vincenzo Manzini, advertindo para a distinção entre a pena e a medida de segurança, afirma que a pena de confiscação de bens é iníqua e aberrante.⁶

Francesco Carrara foi um dos mais incisivos oposicionistas da pena de confisco, e por esse motivo é mencionado por todos aqueles que comungam da mesma opinião. Para o autor, a confiscação dos bens do condenado não só é impolítica e desumana, mas também é injusta e aberrante quando castiga mais os filhos inocentes que o próprio culpado.⁷ Carrara observa que o funda-

³ Ibidem, p. 140.

⁴ Porém adepto do catolicismo, ao contrário da maioria dos pensadores da época que buscavam o racionalismo extremo.

⁵ LARDIZABAL Y URIBE, M. de. *Discurso sobre las penas*. Ob. cit., p. 114.

⁶ *Istituzioni di diritto penale italiano*. Ob. cit., p. 202.

⁷ *Programa de Direito Criminal*. Ob. cit., p. 133.

mento das acusações ao confisco depende do princípio que se toma como base do direito de propriedade, ou seja, se se nega a propriedade como direito natural, o Estado que a outorga não terá escrúpulos em privá-la. Da mesma forma, se se nega o direito de sucessão e o condomínio da sociedade familiar, não haverá nada que impeça o despojo sobre os filhos do condenado.⁸ Não se pode olvidar, porém, que o autor também se refere à pena de confisco como expropriação *total* do patrimônio do condenado, chamando de multa a expropriação *parcial* de bens.

Entre nós, diversos autores também se posicionaram contra a pena de confisco, sustentando sempre a injustiça da sanção e a transcendência de seus efeitos.

Nelson Hungria limita-se a apontar que o confisco com função de pena produz efeitos oblíquos contra a família do condenado.⁹

Basileu Garcia, após classificar o confisco como espécie de pena pecuniária, afirma que “era verdadeiramente atroz, pois alcançava, além do condenado, as pessoas inocentes que dele dependessem”.¹⁰

Aníbal Bruno, citando Carrara, noticia que a confiscação de bens como pena “findou por ser geralmente condenada, além do mais porque vinha a pesar sobre a família inocente do réu”, e por fim sentenciava que o destino de tal sanção “se encaminha para a completa extinção”.¹¹

Frederico Marques refere-se também à acusação de Carrara, ou seja, de que a pena de confisco é “desumana, impolítica, injusta e aberrante”.¹²

Magalhães Noronha, por sua vez, afirma que o confisco “como pena, compreendendo os bens e recaindo odiosamente sobre a família do condenado, não se deve admitir”.¹³

⁸ Op. cit., p. 133, nota 1.

⁹ *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 270.

¹⁰ *Instituições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 412.

¹¹ *Direito Penal*. Ob. cit., v. 1, t. 3, p. 74.

¹² *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 378.

¹³ *Direito Penal*. Ob. cit., p. 403.

Carlos Maximiliano ressalta que “semelhante modo de repressão é iníquo; porque reduz à penúria extrema os inocentes, a consorte e a prole do culpado; de fato, a pena passa da pessoa do delinqüente”.¹⁴

Cezar Roberto Bitencourt, diante da nova ordem constitucional que admite a pena de confisco (art. 5.º, XLVI, da CF/1988), relata que a filosofia reformadora do iluminismo “levantou-se contra essa sanção, pelas graves injustiças que representava, ferindo o princípio da personalidade da pena ao atingir a própria família do condenado”.¹⁵ O autor critica também a justificativa apresentada pelo governo brasileiro para encaminhar o projeto que instituiria a pena de confisco, afirmando o seguinte:

O grande esforço desenvolvido na *Exposição de Motivos* (itens 8 a 12) para justificar a criação da pena de confisco, que foi proscrita das legislações dos países democráticos, consegue apenas demonstrar a índole argentária que orienta “a busca de soluções para o sistema penitenciário”. São inconsistentes os argumentos de que, em tese, a multa também não deixa de ser um “confisco”, que o confisco já existe como efeito da condenação e que o repúdio do “confisco tributário” deve-se “a injustiça do tributo” em razão de sua “taxação extorsiva”. Culmina a *Exposição de Motivos* essa série de falácias com a afirmação, não menos falaciosa, de que “há equívoco em confundir a perda de bens com mero confisco” (item 9).¹⁶

Por fim, parece importante consignar a crítica feita por Luigi Ferrajoli às penas pecuniárias, tendo em vista que entre estas se encontra o confisco. Ferrajoli, um dos expoentes do chamado garantismo penal,¹⁷ classifica a pena pecuniária como aberrante e propõe sua abolição.

¹⁴ *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. v. 3, p. 165.

¹⁵ *Novas penas alternativas*. Ob. cit., p. 120.

¹⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁷ De forma resumida, é possível afirmar que o movimento denominado *garantismo penal* caracteriza-se pela maneira de encarar o direito

Segundo Ferrajoli, as penas pecuniárias são impessoais, pois permitem que sejam pagas por qualquer pessoa, e não apenas pelo condenado, além de desiguais, já que atingem de forma diversamente afitiva de acordo com o tamanho do patrimônio do condenado. Por derradeiro, afirma o autor que tais penas são desproporcionais em relação a qualquer delito, pois se encontram abaixo do limite mínimo que justifica a imposição de pena criminal. Com efeito, a pena pecuniária estaria restrita a delitos de menor gravidade, cujo caráter penal seria incompatível com um verdadeiro direito penal mínimo, sendo insuficiente para punir delitos graves que justifiquem a intervenção penal.¹⁸

Não obstante a aparente consistência dos argumentos expostos pelos autores mencionados, uma análise mais detida e atualizada sobre a pena de confisco revela que as críticas desfavoráveis não se sustentam diante de um Estado Democrático de Direito. Antes de qualquer conclusão, porém, devem ser lembrados e analisados os aspectos favoráveis apontados pelos adeptos da sanção em tela.

4.2 OS DEFENSORES E SUAS RAZÕES

Na doutrina penal propriamente dita os críticos da pena de confisco prevaleciam soberanos, encontrando-se poucos defensores desta sanção patrimonial acusada de “desumana e aberrante”.

Embora possam ser classificados como integrantes da Escola Clássica, Filangieri se contrapõe à posição de Beccaria e defende a utilização da pena de confisco.¹⁹ Filangieri retoma o pensamento

penal, ou seja, como um sistema de garantias do cidadão contra o arbítrio do Estado ou de seus próprios indivíduos. Destarte, propugna a teoria do direito penal mínimo, com observância dos princípios da legalidade, lesividade, e outros limitadores da intervenção estatal (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Ob. cit., p. 93).

¹⁸ Ibidem, p. 416-417.

¹⁹ Apud FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Ob. cit., p. 416; SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento*. Ob. cit., p. 295.

de Platão e sugere que a pena pecuniária seja determinada em uma quota do patrimônio do réu, tornando-a igual para todos os homens em estado diverso de fortuna.

Jeremias Bentham, autor clássico e expoente do utilitarismo penal, também defende o confisco ao discorrer sobre as penas pecuniárias, afirmando que o único mal produzido pelas penas pecuniárias é a simples privação patrimonial, com a vantagem de poder ser convertida em proveito social (utilitarismo). Bentham assim se posiciona:

Não há pena que se possa aplicar com mais *igualdade*, nem ajustar melhor com a fortuna de cada um. Já fizemos ver que a medida a mais exata da pena, e a menos defeituosa, era obrigar o réu a pagar em proporção da sua renda, ou do seu capital. (...) Nesta hipótese, duas pessoas vêm a perder o mesmo se perdem a mesma soma; não a mesma nominal, mas a mesma em proporção das suas posses. Entre dois réus, um que é proprietário de cem libras, e outro de mil, para serem castigados com igualdade é preciso tirar a um dez libras, e a outro cem.²⁰

Bentham denomina penas *quase pecuniárias* aquelas que acarretam a perda de bens de propriedade do réu, assinalando a estas as mesmas regras sustentadas para as penas pecuniárias propriamente ditas. Sobre as referidas sanções penais *quase pecuniárias*, o autor afirma o seguinte:

Estas penas, por via de regra, são mais exemplares do que as penas pecuniárias. A confiscação de uma terra, por exemplo, de um certo domínio, oferece o caráter de pena por um modo mais sensível, fere a atenção de um maior número de pessoas, do que dar o mesmo, ou ainda mais, em dinheiro. O fato da posse é uma coisa conhecida, que repercute em todo o distrito, e que se transmite de uma a outra geração.²¹

²⁰ *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edições Cultura, 1943 (Série Sociologia de Cultura). p. 205.

²¹ *Ibidem*, p. 207.

Mais recentemente, com o advento do novo Código Penal francês, Haritini Matsopoulou²² manifestou-se favoravelmente em relação às penas patrimoniais em geral e, em particular, à pena de confisco. Segundo o autor, as penas patrimoniais possuem um evidente caráter preventivo, pois podem ser mais rapidamente dissuasivas. Além disso, trazem recursos para o Estado, não necessitam de investimentos custosos, diversamente das prisões que requerem locais, pessoal e medidas de segurança, e, por fim, não subtraem do convívio social o condenado, mesmo que não tenham nenhuma eficácia curativa. Entre as penas patrimoniais, acrescenta, existem aquelas que podem não respeitar o princípio da personalidade das penas, mas isso não é sempre o caso com o confisco, pois esta medida atinge o delinquente “por onde ele errou”, o que faz, à primeira vista, que o confisco responda ao princípio da proporcionalidade.

Entre nós, da mesma forma, raros foram os autores que defenderam a pena de confisco. Pontes de Miranda, porém, ao comentar a Constituição de 1946, já estranhava que a Carta anterior, de 1934, tivesse proibido expressamente a pena de confisco e, por outro lado, admitido a pena de galés,²³ cuja inversão de valores é ilustrada pelo autor por meio da seguinte máxima: “Fiquem os anéis, ainda que os dedos se vão”, em vez de “Vão-se os anéis e fiquem os dedos”.²⁴ O legislador constituinte de 1934, portanto, julgou que o indivíduo poderia ser punido de forma pouco compatível com a dignidade da pessoa humana, mas não admitiu que o infrator fosse privado de seus bens, ainda que parcialmente, o que revela a grande importância atribuída ao patrimônio em relação ao ser humano.

Pontes de Miranda foi ainda mais longe ao comentar sobre a possibilidade da pena de confisco na ordem constitucional anterior:

²² La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ob. cit., p. 301.

²³ No Brasil, a pena de galés sujeitava o condenado a andar com calceta (argola) e corrente de ferro nos pés, e a trabalhar em serviços públicos, nos termos do art. 44 do Código Criminal do Império.

²⁴ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Ob. cit., p. 419.

A Constituição de 1937 riscou a proibição constitucional.²⁵ Dura experiência tem mostrado que há homens mais sensíveis à perda dos bens do que à da liberdade física, ou à da própria vida. Por outro lado, a evasão das rendas públicas, as comunicações falsas, as múltiplas fraudes que se inventam para se furtarem os indivíduos à paga dos tributos, vieram sugerir aos legisladores dos Estados contemporâneos as grandes multas e até o confisco. A Constituição de 1937 dera aos governantes arma efficacíssima; dela não usaram, e nunca esteve tão baixa, no Brasil, a moralidade administrativa do que entre 1937 em diante. Isso prova que, sem a democracia e a atuação do povo na fiscalização dos dinheiros públicos, são inúteis os textos.²⁶

Após a promulgação da Constituição de 1988, com a previsão expressa do confisco como sanção penal (art. 5.º, XLVI, *b*), alguns estudiosos do direito penal passaram a reconhecer vantagens na aplicação desta pena, inclusive recomendando-a para determinados tipos de delitos.

Com efeito, merece transcrição a opinião de Luiz Flávio Gomes, que assim se manifesta:

De qualquer maneira, cuida-se de uma inovação legal auspiciosa, porque a perda de bens e valores tanto quanto as demais penas pecuniárias contam com “alta taxa de graduabilidade”, o que facilita sobremaneira sua individualização (exigida pelo texto constitucional). De outra parte, não se reveste da pecha da estigmatização social e é extremamente econômica (seja porque sua execução não custa muito, seja porque significa receita para o Funpen). Por último, há perfeita sintonia entre a “sociedade do bem-estar”, que valoriza o *homo oeconomicus*, e a pena de perda de bens (que significa, em última instância, perda de *status*): a perda patrimonial pode configurar a forma mais contun-

²⁵ Ou seja, não proibiu o confisco.

²⁶ *Comentários à Constituição de 1946*. Ob. cit., p. 420.

dente de se sancionar o criminoso do colarinho branco não violento.²⁷

René Ariel Dotti também ressalta a importância da pena de confisco, enumerando diversos tipos de delitos que justificariam a imposição da sanção mencionada, entre eles os seguintes: crimes contra as relações de consumo, crimes relacionados com tráfico de entorpecentes, crimes ambientais e outros.²⁸ Além disso, o autor entende inadequadas as objeções opostas pela doutrina em relação à pena de confisco, argumentando que “se o responsável pelo crime pode perder a liberdade – que é o bem de maior expressão depois da vida –, também poderá ser privado de uma parcela de seu patrimônio, como ocorre com as penas pecuniárias”.²⁹

Mauricio Ribeiro Lopes arremata afirmando que “em termos bastante realistas, a proscrição do confisco configura autêntica liberdade burguesa, perfeitamente criticável em vista de um Estado Social e Democrático de Direito”.³⁰

A pena de confisco também é lembrada como forma adequada de punição pelos partidários da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Klaus Tiedemann,³¹ em comentários sobre os sistemas utilizados no mundo para responsabilizar a pessoa jurídica, menciona o confisco e o fechamento do estabelecimento como medidas de segurança aplicáveis em caso de condenação criminal da pessoa jurídica. Sérgio Salomão Shecaira também relaciona o confisco de bens entre as sanções penais adequadas para a punição das pessoas

²⁷ *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 137.

²⁸ O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 112-113.

²⁹ *Ibidem*, p. 112.

³⁰ Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 369.

³¹ Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 21-35, jul.-set. 1995. p. 24.

jurídicas,³² ao passo que outros autores o mencionam como sanção penal adequada aos delitos econômicos.³³

Por derradeiro, merece registro a posição favorável de Zaffaroni e Pierangeli sobre as penas pecuniárias, os quais concluem que “não se pode dizer que a pena transcende a pessoa do condenado, porque, conquanto isso seja certo, em definitivo não existe pena que não a transcenda, numa certa medida”.³⁴ Ressalte-se, ainda, que as críticas feitas por Ferrajoli às penas pecuniárias implicam no abandono das penas alternativas e na conseqüente legitimação da prisão como resposta penal exclusiva do sistema penal, o que não parece ser a solução mais adequada, até porque em alguns delitos de menor gravidade a tutela penal do bem jurídico é plenamente justificável.

³² *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 109-110.

³³ ARAUJO JUNIOR, J. M. *Dos crimes contra a ordem econômica*. Ob. cit., p. 59; COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 116.

³⁴ *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 815.

A PENA DE CONFISCO NO DIREITO ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL

SUMÁRIO: 5.1 Europa: 5.1.1 França; 5.1.2 Alemanha; 5.1.3 Holanda; 5.1.4 Espanha; 5.1.5 Suíça; 5.1.6 Itália; 5.1.7 Portugal; 5.1.8 Inglaterra; 5.1.9 Outros países europeus – 5.2 Estados Unidos da América – 5.3 América Latina – 5.4 África e países árabes – 5.5 Convenção de Estrasburgo sobre lavagem de dinheiro e confiscação dos produtos do delito – 5.6 O confisco nas Regras de Tóquio sobre medidas não privativas de liberdade – 5.7 Aplicação do confisco pelo Tribunal Penal Internacional.

A importância do estudo do direito estrangeiro é indiscutível, pois revela novas soluções e problemas não considerados, além de também servir para evitar erros que seriam cometidos pela ausência de experiência em determinada área do conhecimento jurídico. Entretanto, as soluções obtidas por intermédio da observação de outros sistemas jurídicos devem ser adequadas à realidade interna, posto que institutos jurídicos simplesmente importados de outros países tendem a não produzir os efeitos desejados. De qualquer forma, a observação da técnica e da experiência estrangeiras, mormente em relação a sociedades com sistemas jurídicos semelhantes, oxigena o pensamento do pesquisador e amplia os horizontes buscados com a pesquisa.

Por outro lado, não é menor a importância da análise do direito internacional, ou seja, das normas que regulamentam as relações

entre os Estados nacionais e destes com os organismos internacionais.

Com efeito, o fenômeno da globalização da economia e das comunicações, bem como da expansão mundial das organizações internacionais, gerou a superação das fronteiras entre países, o que refletiu sobre o conceito de soberania externa e tornou a interdependência política e econômica inevitável. Nesse sentido, tanto as relações entre Estados quanto a construção constitucional interna encontram-se sensivelmente influenciadas e até vinculadas ao direito internacional e aos princípios básicos dos chamados *direitos humanos*.

É cada vez mais difundida, portanto, a teoria de um constitucionalismo global como decorrência dessas transformações e fenômenos, a qual sugere a emergência de um direito internacional público (*jus cogens*) composto de documentos internacionais subscritos e observados por diversos países (tratados, convenções, declarações etc.), cuja tendência seria transformar-se em padrão de validade e legitimidade dos textos constitucionais internos. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho,¹ além da *dignidade humana* como valor máximo, esse direito internacional público seria baseado no respeito e proteção à vida, na liberdade e segurança no âmbito das liberdades pessoais e no direito de autodeterminação como direito básico da democracia.

A globalização da economia e da comunicação gerou também uma criminalidade supranacional e globalizada, mormente no que se refere a crimes financeiros e aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Diante disso, alguns documentos internacionais, nitidamente influenciados pela legislação norte-americana, passaram a recomendar o confisco do produto do crime como instrumento eficaz de combate aos delitos mencionados.

Considerando a importante colaboração do direito comparado para a legislação interna, bem como a exigência de harmonização desta com o direito internacional, analisar-se-á a utilização da pena de confisco em outros países e, em seguida, as normas internacionais relativas à aplicação desta alternativa penal.

¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.277.

5.1 EUROPA

Existe na Europa uma tendência muito forte no sentido de se combater a criminalidade organizada, bem como os delitos de tráfico de drogas e de lavagem de dinheiro (*blanqueo*), atingindo o patrimônio criminal, ou seja, confiscando as vantagens e os lucros adquiridos ilicitamente pelos grandes delinquentes. Nesse sentido, alguns países passaram a prescrever o confisco de forma mais ampla nas legislações respectivas, seja como verdadeira sanção penal, seja como medida de segurança, ou ainda, como efeito da condenação criminal.

Diante da diversidade legislativa e da tradicional influência sentida pelo Brasil dos sistemas jurídicos europeus, a análise para fim comparativo deve ser feita de forma separada, ou seja, considerando a legislação de cada país que utiliza a sanção de confisco.

5.1.1 França

Em França, a Constituição da República Francesa de 1958 não veda expressamente a pena de confisco. A pena de morte foi abolida, porém a prisão perpétua continua sendo admitida pelo texto constitucional.

O novo Código Penal francês de 1993 (em vigor a partir de 1.º de março de 1994) instituiu diversas alterações no sistema de penas, mormente no que diz respeito às alternativas penais. Com efeito, o diploma legal aumentou o leque de possibilidades ao juiz no momento de aplicar a sanção penal, privilegiando e tornando mais efetivo o princípio da individualização da pena. Uma das alternativas previstas no mencionado diploma legal é o confisco de bens.

A legislação penal francesa distingue as figuras do confisco geral e especial. Embora o confisco *geral* não tenha figurado no catálogo das penas do novo Código Penal, foi ele previsto em algumas situações particulares, como no caso dos crimes contra a humanidade, genocídio ou outros assemelhados (art. 213-1), e também para a hipótese de tráfico de entorpecentes (art. 222-49,

alínea 2). Por outro lado, o confisco *especial* está previsto como pena pecuniária complementar ou substitutiva em relação à pena privativa de liberdade.

A natureza jurídica do confisco especial, porém, sempre causou controvérsias na doutrina francesa, como a aplicação ou não do confisco às contravenções. Além disso, a jurisprudência considerava o confisco como pena privada, ou seja, destinada à reparação do dano em certas hipóteses, como nos casos de violação da propriedade intelectual. Em matéria alfandegária e fiscal, o confisco foi considerado pela jurisprudência da Corte de Cassação como pena pecuniária, igual á pena de multa, e, ao mesmo tempo, uma medida reparatória ao erário. Nessas situações, em virtude do caráter híbrido do confisco (punição e reparação civil), admite-se sua imposição após o óbito do contraventor, desde que respeitadas algumas condições.²

As leis destinadas a acabar com as penas de prisão de curta duração (Leis de 11 de julho de 1975 e de 10 de junho de 1983) ampliaram os poderes do juiz, possibilitando a imposição de uma pena complementar (v.g. confisco especial) como pena principal e única, e também a aplicação do confisco especial aos casos em que não há previsão expressa em lei, ainda que o bem não seja essencialmente perigoso. Isso significou, certamente, uma acentuação do caráter punitivo do confisco, ou seja, de verdadeira sanção penal de natureza pecuniária.

Da mesma forma, o novo Código Penal acentuou o caráter punitivo do confisco, caracterizando-o como sanção penal de natureza pecuniária. Com efeito, estabeleceu o confisco especial

² O confisco especial, nos termos do art. 11 do antigo Código Penal francês, estava limitado aos objetos mencionados no dispositivo legal, ou seja, o corpo do delito, a propriedade do condenado, coisas produzidas pelo delito ou que serviram ou seriam destinadas a cometê-lo. Admitia-se o confisco de bens que não fossem de propriedade do delinqüente, o que gerava discussões sobre uma possível afronta ao princípio da personalidade da pena (MATSOPOULOU, H. La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ob. cit., p. 303-304).

como espécie de pena de substituição, possibilitando o confisco de veículo, de arma, ou ainda, de objeto que sirva ou que seja destinado a cometer a infração (art. 131-6 e art. 131-14). Além disso, o confisco de objetos foi previsto também entre as penas complementares (art. 131-10 e art. 131-16). Ressalte-se que o confisco é obrigatório quando se trata de objetos qualificados pela lei ou regulamento como perigosos ou ilícitos em si mesmos (art. 131-21), e que o confisco pode ser ordenado em valor quando a coisa não é seqüestrada ou não pode ser apresentada.

Quanto à efetiva aplicação da pena de confisco, o juiz pode utilizá-la em duas hipóteses, ou seja, havendo lei expressa cominando o confisco ou como alternativa à pena de prisão.³ Em princípio, portanto, o juiz deve fundamentar a aplicação do confisco em um dispositivo legal expresso, ficando impedido de ordená-lo em caso de inexistência de lei que o estabeleça (artigos 131-10, 131-18, 131-39 e 131-42). Porém, inúmeras são as hipóteses legais de confisco expressamente previsto, como nos danos à vida da pessoa (art. 221-8), nos danos à integridade física ou psíquica do indivíduo (art. 222-44), nas diversas infrações que expõem a perigo a pessoa (art. 223-17), em matéria de proxenetismo (art. 225-22 e art. 225-24), nas infrações contra os bens (art. 311-14, 4.º e art. 312-13), nos danos aos sistemas de tratamento automatizado de dados (art. 323-5, 3.º), em algumas infrações contra a nação e a paz pública (artigos 414-5, 431-7, 431-11, 431-21) e outras infrações penais como abuso de autoridade (art. 432-17), corrupção (art. 433-23), falsificação (art. 441-10), moeda falsa (art. 442-13), falsos títulos (art. 443-6) e falsificação de marcas ou sinais de autoridade (art. 444-7).

Os objetos suscetíveis de confisco, segundo o novo Código Penal francês, são aqueles expressamente previstos em lei (v.g. armas de fogo), além dos instrumentos e produtos do delito, e

³ A pena de confisco como alternativa à prisão, ou seja, aplicada em substituição à prisão, foi denominada pelo novo Código Penal francês de pena privativa ou restritiva de direitos. Tal denominação foi também utilizada pelo legislador brasileiro, que incluiu a pena de confisco (perda de bens e valores) entre as penas restritivas de direitos (art. 43, II do CP – redação da Lei 9.714/1998).

também aqueles que compõem o *corpo do delito*, isto é, os objetos sobre os quais recaem a infração (v.g. moeda falsa). Por outro lado, o texto legal limita o confisco àqueles bens que não são suscetíveis de restituição a terceiros, ou seja, possibilita o confisco apenas quando o objeto pertence ao próprio condenado.⁴

O confisco pode, também, ser aplicado em substituição à pena privativa de liberdade, hipótese em que se caracteriza como pena principal, ou seja, é possível aplicar a sanção de confisco isoladamente. A jurisprudência francesa encarou tal possibilidade como um reforço do caráter repressivo do confisco, o qual não pode mais ser considerado, nestes casos, como reparação civil de danos, mas sim como sanção penal principal. Interessante questão, discutida por Matsopoulou,⁵ é aquela relacionada com a possibilidade de *sursis* em caso de o confisco ser imposto como pena principal. O autor menciona a existência de disposição legal expressa vedando o *sursis* para o confisco, porém afirma tratar-se de norma pouco lógica e contestável quando o confisco é aplicado como pena principal.

O novo Código Penal francês, visando a oferecer aos juízes formas de punição diversas da prisão e da multa, possibilita a substituição da privação da liberdade pelo confisco de um ou vários veículos, uma ou várias armas, ainda que o objeto apreendido não tenha sido utilizado para cometer a infração penal.

Outro ponto que destaca a natureza punitiva, ou seja, de sanção penal do confisco, é a possibilidade de esta medida recair em valor, o que era vedado na legislação francesa anterior. Na impossibilidade de apresentação do bem confiscado ou quando não houve penhora prévia sobre o bem, o confisco pode ser concedido em dinheiro. Além disso, para a cobertura do valor referente ao bem

⁴ Matsopoulou critica a orientação jurisprudencial anterior ao novo Código Penal, que admitia o confisco de produtos ou instrumentos do delito pertencentes a terceiros e não ao condenado, argumentando que o princípio da personalidade da pena era abertamente ignorado (*La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ob. cit., p. 308).

⁵ *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ob. cit., p. 309.

confiscado, as disposições referentes à ordem de prisão são aplicáveis.

O destino do bem confiscado é a devolução ao Estado, salvo disposição específica no sentido de sua destruição ou atribuição, porém continua onerado, até a quantia de seu valor, com eventuais direitos reais licitamente constituídos em benefício de terceiros.⁶

No que concerne às pessoas morais ou jurídicas, o novo estatuto penal estabelece diversas penas, encontrando-se o confisco de bens entre elas. A pena de confisco é imposta em relação ao objeto que serviu ou se destinava à prática da infração ou do objeto que seja produto da infração. O art. 131-21 do Código Penal estabelece a imposição obrigatória da pena de confisco quando os objetos forem qualificados como perigosos ou nocivos pela lei ou regulamento.

5.1.2 Alemanha

Na Alemanha, o texto constitucional de 1949 (Lei Fundamental da República Federal Alemã) não estabelece vedação expressa à pena de confisco, ao contrário da pena de morte que foi abolida pelo art. 102. Por outro lado, estabelece hipótese em que alguns direitos fundamentais, entre eles o direito de propriedade, podem ser perdidos, ou seja, em caso de abuso do direito para combater a ordem constitucional livre e democrática (art. 18).

O Código Penal alemão (*StGB*) estabelece sanções com a finalidade de privar o acusado dos instrumentos e lucros conseguidos com a atividade criminosa. Com efeito, além da pena privativa de liberdade e da pena de multa, a lei penal alemã prescreve ao tribunal a obrigação de decretar a confiscação dos benefícios financeiros, ou de outra classe, obtidos pelo delinquente na prática do delito (§ 73), o que alcança tanto a recompensa direta pelo delito como os frutos ou lucros procedentes deste. Além dos benefícios financeiros diretos obtidos com o delito, a confiscação pode atingir os bens obtidos indiretamente com o delito, bem como

⁶ CASTELO BRANCO, F. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 115.

os objetos que tenham sido utilizados em delitos provados ou que sirvam para a preparação e realização de futuros delitos.

Em caso de impossibilidade de expropriação (*incautación*) do bem, o tribunal deve ordenar a confiscação do valor correspondente ao bem (§ 73a). Entretanto, o Código alemão estabelece que a expropriação não será ordenada se a medida representar um prejuízo excessivo ao acusado (§ 73c) e proíbe a confiscação quando o delito acarretar, para o prejudicado, o direito de ação que resulte na privação do patrimônio do acusado (§ 73-I). Bárbara Huber⁷ informa que a confiscação estabelecida no Código alemão se revelou ineficaz na luta pela recuperação dos lucros obtidos com atividades criminosas, principalmente em face da complexidade da redação legislativa.

O confisco de bens também é utilizado como instrumento de punição da pessoa jurídica na Alemanha, porém a sanção é regulamentada pelo direito administrativo ou penal administrativo, sem o caráter de sanção penal, vale dizer sem implicar reprovação ética ou moral do agente apenado. Ocorre que a legislação alemã não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere non potest*) e, portanto, utiliza medidas de natureza administrativa, também com finalidade preventiva e retributiva, para punir as pessoas morais.⁸

5.1.3 Holanda

Na Holanda a Constituição não veda a pena de confisco, sendo esta cada vez mais utilizada e ampliada, conforme recente legislação sobre sanções patrimoniais.⁹ A confiscação de bens representa sempre uma medida de natureza penal.

⁷ El comiso de las ganancias en el derecho penal: con especial referencia a la legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 17, p. 163-176, abr. 1990. p. 165.

⁸ TIEDEMANN, K. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ob. cit., p. 26.

⁹ Lei de 31 de março de 1983 (*Wet vermogenssancctie*) e Lei de 10 de dezembro de 1992 (*Wet verzuiming vermogenssanccties*).

O Código Penal holandês não exige uma suspeita sobre uma pessoa determinada, mas apenas uma suspeita em relação à existência da infração penal, sendo possível a confiscação de objetos não pertencentes ao condenado, desde que este tenha efetivo poder de disposição sobre os bens. Por outro lado, a legislação holandesa protege adequadamente o terceiro proprietário de boa-fé, exigindo-se a prova de que este devia saber que o objeto havia sido obtido por meio de uma infração ou havia servido à mesma e que, razoavelmente, devia suspeitar que o objeto foi obtido, utilizado ou destinado para esta finalidade.¹⁰ A legislação penal holandesa prevê a pena de confisco, entre outras, também para os delitos econômicos praticados por pessoas jurídicas (*Wet op de Economische Delicten* – WED).

5.1.4 Espanha

Em Espanha, a Constituição do Reino de Espanha de 1978 não contém disposição expressa sobre a pena de confisco, ao contrário da pena de morte que foi abolida pelo art. 15. O Código Penal de 1996 estabelece o confisco dos instrumentos e produtos do delito não como sanção penal propriamente dita, mas como consequência acessória da condenação criminal. Com efeito, o art. 127 do Código Penal espanhol estabelece que toda pena imposta pela prática de um delito doloso acarreta a perda dos efeitos provenientes do delito e dos instrumentos utilizados na sua realização, bem como os lucros (*ganancias*) provenientes do delito. Protege-se, porém, a propriedade do terceiro de boa-fé não responsável pelo delito, desde que a tenha adquirido licitamente. Os bens confiscados que sejam de livre comércio devem ser alienados para cobrir as responsabilidades civis do apenado.

Importante verificar que o art. 128 cria a chamada *cláusula de rigor*, que atende ao princípio da proporcionalidade, ao pos-

¹⁰ Vervaele, J. A. E. Las sanciones de confiscación: un intruso en el derecho penal? Tradução de María José Lazo López e Fernando Moreno Moreno. *Revista Penal*, Barcelona, n. 2, p. 67-80, jul. 1998. p. 75-76.

sibilitar que o juiz decrete o confisco parcial ou até mesmo que deixe de decretá-lo quando os bens forem de livre comércio e seu valor não seja proporcional à natureza ou gravidade do delito, ou ainda se as responsabilidades civis decorrentes do delito tenham sido completamente satisfeitas.

José Antonio Choclán Montalvo, analisando a situação do confisco penal na Espanha, conclui que a regulamentação legislativa espanhola é insuficiente diante das novas exigências internacionais.

Pois bem, a atual regulamentação do confisco na Espanha, ao menos o preceito geral do art. 127 do CP, responde ao padrão clássico de direito penal e, por consequência, não está em condições de proporcionar um instrumento útil aos órgãos encarregados da persecução penal para eliminar as vantagens patrimoniais decorrentes do delito, ao menos nos níveis mais altos e preocupantes de criminalidade, e é absolutamente ineficaz para combater o poder econômico da criminalidade organizada. Uma estrutura baseada na relação delito concreto ajuizado – instrumento *do* delito e lucro *deste* delito, é uma relação estranha à mais complexa realidade criminológica de nosso tempo e a forma com que atualmente se apresentam os casos mais escandalosos de poderio econômico derivado do desfrute de um patrimônio de origem criminosa. Outros ordenamentos de nosso entorno, mais sensíveis ao problema, já reformaram oportunamente suas leis, inclusive ao mesmo tempo em que se realizou a reforma penal na Espanha, como, por exemplo, o Código Penal austríaco de 1996 ou o Código suíço, reformado neste ponto em 1994; porém esta tarefa, ainda pendente de desenvolvimento em nosso país, deverá ser retomada em curto período de tempo se se pretende satisfazer os compromissos que impõe o atual contexto jurídico internacional.¹¹

¹¹ *El Patrimonio Criminal: Comiso y pérdida de la ganancia*. Ob. cit., p. 15-16.

5.1.5 Suíça

De fato, conforme mencionado por Choclán Montalvo, o Código Penal suíço de 1937 (em vigor a partir de janeiro de 1942) sofreu algumas alterações no ano de 1994, o que ensejou a ampliação das hipóteses de incidência do confisco de bens, mormente em relação ao patrimônio das organizações criminosas. Com efeito, segundo a nova redação da lei penal, o juiz pode ordenar o confisco dos objetos que serviram ou seriam destinados à prática do delito ou que se constituem em vantagem decorrente do delito se tais objetos comprometem a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, independentemente da punibilidade do agente (art. 58). Além disso, pode ser decretado o confisco de valores patrimoniais que se constituem no produto de um delito ou na recompensa ao autor de um delito, salvo se deva ser restituído ao lesado.

O Código Penal estabelece, ainda, que o juiz deve ordenar o confisco de todos os valores patrimoniais à disposição das organizações criminosas, bem como os valores pertencentes a pessoas que tenham participado dessas organizações (art. 59, item 3).

5.1.6 Itália

A Constituição italiana de 1948 não contém vedação expressa à pena de confisco. O Código Penal italiano, porém, não estabelece o confisco como pena autônoma, mas apenas como medida de segurança patrimonial (art. 236 e art. 240 do CP). Destarte, em caso de condenação criminal, o juiz pode ordenar a confiscação dos bens que serviram ou foram destinadas à prática do delito, bem como do produto ou lucro do delito. Além disso, a lei penal italiana determina que o confisco seja sempre ordenado em relação aos bens que constituem o valor obtido com o delito, bem como dos bens cuja fabricação, uso, posse, detenção ou alienação caracterize um delito, ainda que a condenação não seja pronunciada.

Ressalte-se que o confisco de bens vem sendo utilizado com muita frequência na Itália como instrumento de combate ao crime organizado (Lei Antimáfia de 1982).

5.1.7 Portugal

Em Portugal, a Constituição de 1976 não veda a pena de confisco. Entretanto, o Código Penal português sancionado em 1983 não estabelece o confisco como sanção penal autônoma, prescrevendo apenas a perda dos instrumentos e produtos do delito, sendo que a perda ocorre ainda que nenhuma pessoa seja punida pelo fato (art. 109 do CP). Registre-se que a perda dos instrumentos ocorre apenas quando, por sua natureza, oferecerem perigo à segurança das pessoas, à moral, à ordem pública ou ainda quando puderem ser utilizados para prática de novos delitos. Segundo o disposto no art. 110 do Código português, os objetos pertencentes a terceiros podem ser confiscados quando estes tenham concorrido de forma censurável na prática do delito ou tenham obtido vantagem com este fato, ou ainda quando tenham adquirido o objeto após o fato sabendo de sua proveniência. Ressalva-se a posição de terceiros de boa-fé, bem como a possibilidade de o tribunal reduzir a sanção para evitar prejuízo excessivo em vista da condição sócio-econômica do agente (art. 112 do CP).

Além disso, o direito penal português reconhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica e estabelece as penas pecuniárias, admoestação e dissolução, além de um elenco de penas acessórias, entre as quais se encontra o confisco de bens, chamado de *perda de bens* (art. 8.º do Decreto-Lei 28/1984). A perda de bens é aplicada à pessoa jurídica quando se apurar que o agente adquiriu determinados bens, empregando na sua aquisição dinheiro ou valores obtidos com a prática do crime, abrangendo, também, o lucro ilícito obtido pelo infrator.¹²

Por outro lado, a recente Lei 05/2002 inovou o sistema de penas em Portugal, acentuando o caráter de sanção criminal autônoma da perda de bens (arts. 7.º a 12) no combate à criminalidade organizada e econômico-financeira.¹³

¹² CASTELO BRANCO, F. *A pessoa jurídica no processo penal*. Ob. cit., p. 121.

¹³ PANZERI, A. de A. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 52, p. 9-52, jan./fev. 2005, p. 25.

A pena de perda de bens prevista no diploma legal mencionado depende de alguns requisitos, ou seja, a condenação por um dos crimes previstos no art. 1.º,¹⁴ a existência de indícios razoáveis sobre o desenvolvimento de atividade criminosa anterior pelo condenado e a incongruência no seu patrimônio em relação aos seus rendimentos. O legislador se refere à atividade criminosa anterior ao crime pelo qual o acusado pode ser punido com a perda de bens, porém, não especifica se esta atividade anterior deve também caracterizar um dos delitos relacionados no art. 1.º. Além disso, o art. 9.º do diploma legal mencionado estabelece a inversão do ônus da prova, ou seja, o acusado deve comprovar a licitude do patrimônio, presumindo-se que a parcela não justificada foi adquirida com a atividade criminosa prévia (art. 7.º, 1, c/c art. 9.º).¹⁵

Registre-se que a perda de bens neste diploma legal português (Lei 05/2002) caracteriza-se como pena autônoma e é cominada de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade, ou seja, é possível a aplicação conjunta da prisão e do confisco de bens, ao contrário do que ocorre no Brasil.

5.1.8 Inglaterra

A Inglaterra, embora não tenha uma Constituição formalizada, segue os princípios gerais estabelecidos na *Magna Carta Libertatum* de 1215 e outros documentos do gênero. A *Magna Carta* admite expressamente a confiscação de bens ao estabelecer que as punições, entre elas a prisão e o confisco, devem ser aplicadas por meio de sentença judicial e na forma da lei. Nesse sentido,

¹⁴ Tráfico de entorpecentes; terrorismo e organização terrorista; tráfico de armas; corrupção passiva e peculato; branqueamento de capitais; associação criminosa; contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio e tráfico de menores; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

¹⁵ PANZERI, A. de A. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ob. cit., p. 27.

o art. 39 dispõe que nenhum homem livre poderá ser detido ou encarcerado, ou privado dos seus direitos ou dos seus bens, nem considerado fora-da-lei, nem desterrado ou privado da sua posição de qualquer outra forma, a não ser em virtude de sentença judicial dos seus pares e de acordo com a lei do Reino.

Atualmente, a Inglaterra possui uma das mais rigorosas e detalhadas legislações em matéria de confiscação de bens, como é o caso da Lei de Delitos de Tráfico de Drogas de 1986 e a Lei de Justiça Criminal de 1988, sendo que esta última estendeu a confiscação a outros delitos graves além do tráfico de drogas.

De acordo com os diplomas legais mencionados, é possível aplicar a confiscação de bens em casos de delitos de tráfico de drogas, ainda que estes ocorram fora do território inglês. Além disso, a confiscação pode alcançar qualquer pessoa que tenha ajudado o traficante a ocultar seu lucro ilícito por meio de aquisição de propriedades, como banqueiros, advogados, notários, corretores, agentes e outros.

Quando o acusado se apresenta para ser julgado por delito de tráfico de drogas, o tribunal deve investigar imediatamente todas as circunstâncias do fato para verificar se existem as condições necessárias para uma ordem de confiscação. Situação um pouco diferente se verifica em relação a delitos diversos do tráfico, pois o juiz não está obrigado a agir de ofício, podendo decretar a confiscação se constatar a existência de benefício derivado do delito maior que 10.000 libras.

A mencionada Lei de Tráfico de Drogas de 1986 permite ao tribunal que utilize certas presunções para quantificar os fundos adquiridos por um traficante de drogas, ou seja, pode-se presumir que toda propriedade adquirida nos últimos seis anos, bem como todos os desembolsos efetuados pelo acusado neste período, tenham relação com o tráfico de drogas. Assim, incumbe ao acusado refutar a presunção do tribunal, demonstrando que suas propriedades adquiridas nos últimos seis anos não procedem de atividades ilegais.

Esta mesma lei prevê a possibilidade de ordens judiciais para apresentação de documentos indispensáveis à investigação policial, ou seja, à investigação sobre a origem e a quantidade dos bens ilícitos. Registre-se que não existe na legislação inglesa qualquer

obrigação de sigilo em relação a estas informações, o que inclui advogados e bancos, sendo que a instituição financeira não estará descumprindo o contrato com o cliente se apresentar detalhes de suas operações, desde que assim requisitado.

As leis mencionadas estabelecem, ainda, a possibilidade de bloqueio preliminar dos bens daquele que se acha sob suspeita de atividade criminosa, impedindo a alienação da propriedade para garantir a futura ordem confiscatória. Registre-se que a ordem de restrição deve emanar do Tribunal Civil e pode atingir não só os bens do acusado como também os bens eventualmente doados a terceiros, afetando bancos, advogados e qualquer intermediário que tenha participado da transação de propriedade.

Bárbara Huber informa que a confiscação inglesa não é uma pena, mas sua execução se processa da mesma forma que a pena de multa, ou seja, o juiz pode conceder certo tempo para o pagamento, parcelar o pagamento ou até mesmo impor períodos de prisão em caso de não pagamento.¹⁶ O confisco na Inglaterra, portanto, caracteriza-se como medida pela qual a ordem civil violada pelo delito é restabelecida, substituindo a reparação da vítima se o delito não provoca vítima, ou se esta é desconhecida ou se não reclama de danos. A função da confiscação é preventiva, e não retributiva, pois visa a privar o delinquente ou a organização criminosa dos recursos necessários à continuidade dos negócios ilícitos.

5.1.9 Outros países europeus

Na Suécia, a Lei sobre a Forma de Governo admite a confiscação de bens como efeito jurídico especial decorrente de um delito (art. 10), estabelecendo a garantia da anterioridade da lei nesta hipótese.

¹⁶ Pelo não pagamento de 10.000 a 20.000 libras o acusado deverá cumprir um ano a mais de prisão, depois de haver cumprido a condenação de cárcere imposta pelo delito; se o não pagamento refere-se a mais de um milhão de libras, o período adicional de prisão será de dez anos (El comiso de las ganancias en el derecho penal: Con especial referencia a la legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*. Ob. cit., p. 174).

Por outro lado, a pena de confisco é expressamente vedada em algumas Constituições européias, como no caso de Bélgica, Luxemburgo e Grécia. A Constituição do Reino da Bélgica veda de forma expressa a pena de confisco, estabelecendo em seu art. 17 o seguinte: "Não pode ser estabelecida a pena de confiscação de bens". Da mesma forma, a Constituição do Grão-Ducado do Luxemburgo proíbe a pena de confisco em seu art. 17 que assim estabelece: "A pena de confiscação de bens não pode ser estabelecida".

A Constituição da República da Grécia, porém, proíbe apenas o confisco *total* de bens, segundo dispõe o art. 7, item 3: "É proibida a confiscação total de bens". Interessante notar que, tanto na Grécia quanto em Luxemburgo, a confiscação de bens é vedada; no entanto, a pena de morte é admitida aos delitos comuns, sem natureza política.

5.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A Constituição dos Estados Unidos, com as emendas introduzidas pela Declaração de Direitos em 1787 (*Bill of Rights*), admite a perda da propriedade (confisco) como punição em caso de ato ilícito. Segundo consta na Emenda V da Constituição americana, " (...) nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (...) ". Infere-se, portanto, que a privação da vida (pena de morte), da liberdade (prisão) ou da propriedade de bens (confisco) pode ser determinada, desde que o seja com observância do devido processo legal.

Entretanto, o confisco penal inexistia nos Estados Unidos, que utilizava apenas o confisco de natureza civil desde 1790, inicialmente em casos de alfândega, e depois para outras hipóteses. O confisco penal passou a ser empregado mais recentemente, quando em 1970 foi previsto em leis relativas ao crime organizado e ao tráfico de drogas, conhecidas como *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO) e *Continuing Criminal Enterprise*.

A grande importância conferida à guerra contra as drogas (*war on drugs*) e o crime organizado (*racketeering*) nos Estados Unidos originou pesquisas sobre o lucro dos delitos e, consequentemente, diversas possibilidades processuais para o seu combate. Entre as diversas medidas legais adotadas no combate ao lucro indevido, a sanção de confisco (*seizure/forfeiture*), penal e civil, encontra lugar de destaque na legislação norte-americana.

Após ser adotada inicialmente nos delitos denominados de “colarinho branco” (*white-collar*), a sanção de confisco atualmente encontra-se inserida em aproximadamente 140 leis federais americanas, incluindo matérias sobre bolsa de valores, meio ambiente, *trusts* e outras. Segundo John Vervaele,¹⁷ o poder público tomou o lugar da vítima e passou a exigir, em seu nome, a indenização do dano social que excede, freqüentemente, as despesas da autoridade e os benefícios obtidos pelo autor do fato. Desse modo, as sanções de confisco não mais apresentam caráter reparatório, de indenização, mas se revestem de caráter punitivo. Para tanto, o Departamento de Justiça criou um órgão especializado na matéria (*Executive Office of Asset Forfeiture*), o qual recolhe centenas de milhões de dólares todo ano com a aplicação do confisco, contando com a atuação particularmente ativa do FBI e do DEA (*Drugs Enforcement Agency*).

A sanção de confisco, porém, pode ser de caráter penal ou civil, mesmo que aplicada em decorrência de delito. O confisco penal é medida pessoal que deve ser imposta após condenação proferida por juiz criminal, em processo penal regular. Por outro lado, o confisco civil refere-se ao patrimônio do acusado, e não à pessoa deste, e pode ser imposto por juiz civil independentemente de condenação formal. O confisco civil, portanto, motiva-se pela idéia de que o patrimônio traz, em seu interior, a culpa, e visa a tornar as pessoas responsáveis pela utilização ou autorização na utilização por terceiros de seu patrimônio em desrespeito à lei penal, ou ainda pela aceitação de um patrimônio de origem criminoso.¹⁸

¹⁷ Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ob. cit., p. 956.

¹⁸ VERVAELE, J. A. E. Il sequestro..., cit., p. 956.

O confisco civil pode também ser aplicado de forma extrajudicial por órgãos da Administração (*enforcement agency*), que podem utilizar o procedimento sumário, quando os bens forem em si mesmos proibidos (ex.: drogas ou mercadoria de contrabando), ou o procedimento administrativo, quando houver previsão na lei federal e o valor do objeto não for superior a 500.000 dólares, ou ainda se o objeto é passível de interdição de importação, se consistiu em meio de transporte de drogas ou diz respeito ao dinheiro objeto de uma transação financeira.

Importante ressaltar que o patrimônio do investigado pode ser bloqueado antes da efetiva aplicação da sanção penal de confisco, com a finalidade de garantir a efetividade desta.

O confisco penal, portanto, é mais amplo que o confisco civil, além de exigir prova indubitável e condenação judicial como pressupostos da posse dos bens pelo Estado. Por outro lado, a forma civil é mais limitada, mas admite a prova da *probabilidade razoável* (e não indubitável), sendo que o Estado recebe o patrimônio antes da própria condenação e impõe a inversão do ônus da prova, ou seja, o infrator deve produzir prova em sentido contrário, podendo alegar: que a infração não ocorreu; a origem lícita do patrimônio; a desproporção da sanção; a exceção do proprietário inocente.

Em matéria de entorpecentes, a legislação americana permite o confisco da droga, dos objetos e produtos utilizados para sua produção e transporte, inclusive barcos e aviões, além do dinheiro ou valores utilizados para sua obtenção e dos bens móveis e imóveis utilizados na prática de delitos deste tipo. Além disso, é possível também o confisco do patrimônio da associação criminosa e dos *bens de substituição*, sendo que neste segundo caso a própria empresa torna-se objeto de confisco.

A lei sobre o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO) estabelece, além da perda dos benefícios com a atividade criminosa, o confisco dos interesses ligados à empresa do imputado, cortando a ligação existente entre as infrações penais e os benefícios decorrentes destas. Vervaele¹⁹ adverte, porém, que esta

¹⁹ Il sequestro... cit., p. 960.

forma de confisco assemelha-se ao confisco geral de bens (morte civil), ainda mais porque o confisco não é limitado à parte da empresa contaminada pela atividade criminosa.

As possibilidades de confisco são amplas também no campo da criminalidade organizada e dos crimes financeiros. Desde 1986 admite-se o confisco penal para os casos de lavagem de dinheiro (*money laundering*) e de transações financeiras ilegais, porém limitava-se o confisco a qualquer propriedade, móvel ou imóvel, que representasse “importantes entradas” obtidas como resultado do crime, ou seja, limitava-se o confisco às comissões do agente na reciclagem (lavagem) do dinheiro, e não ao próprio dinheiro. Em 1988 foi estendido o campo de aplicação do confisco a todo tipo de propriedade, móvel ou imóvel, implicando os produtos do crime ou que apresente sinais dele e, nos anos de 1990 e 1992, novas alterações possibilitaram o seqüestro do patrimônio do próprio reciclador e o confisco de empresas especializadas em circulação ilegal de dinheiro.

Vervaele²⁰ informa que a guerra contra as drogas acarretou, nos Estados Unidos, um desequilíbrio entre a luta contra a criminalidade e as garantias jurídico-processuais. A Suprema Corte, porém, após verificar alguns excessos na aplicação do confisco, tentou estabelecer condições mínimas de proteção jurídica em relação às perseguições criminais, com base na Constituição e suas emendas, inclusive determinando que as garantias do processo penal fossem observadas nos casos de confisco civil, tendo em vista sua natureza evidentemente punitiva.²¹ Entre as

²⁰ Ibidem, p. 962.

²¹ Manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos: “É dever das Cortes ser vigilantes quanto aos direitos constitucionais dos cidadãos e quanto às suas infrações inobservadas. A sua palavra de ordem deverá ser: *obsta principiis*”. “Os processos instaurados, cujo objetivo é a obtenção do confisco da propriedade de alguém em razão dos crimes por ele cometidos, são de natureza criminal, mesmo se são, do ponto de vista formal, de natureza civil/administrativa”. “(...) um processo que leve ao confisco do patrimônio de uma pessoa devido um crime contra a lei, ainda que esse crime tenha uma forma civil/administrativa e independentemente do fato que seja *in rem* ou *in personam* é uma causa criminal,

garantias constitucionais da sanção penal estendidas ao confisco civil encontra-se o devido processo legal (*due process of law*).²²

Entretanto, algumas garantias constitucionais encontram resistência na jurisprudência da Suprema Corte, como é o caso da proibição da multa excessiva (proporcionalidade), prevista na oitava emenda, e do *ne bis in idem* (*double jeopardy clause*), contido na quinta emenda. Em relação à primeira, não existe uma orientação firme da Suprema Corte no sentido de que o confisco civil deve ser

no sentido da quinta emenda, na parte que prevê que ninguém será obrigado, numa causa penal, a testemunhar contra si mesmo (...)” (VERVAELE, J. A. E. Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell’ordinamento degli Stati Uniti d’America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ob. cit., p. 964).

- ²² O caso James Daniel Good *Real Property* (510 US 43 – 1993), narrado por Vervaele, revela-se bastante ilustrativo: “Foram encontrados no domicílio de Good uma certa quantidade de quilos de marijuana (haxixe) e alguns recipientes de óleo de haxixe. Good confessa-se culpado e é condenado a uma pena definitiva de detenção de um ano e a uma pena de detenção com o benefício da condicional de cinco anos, a US\$ 1.000 de multa e ao confisco de US\$ 3.187 encontrados em espécie. Quatro anos e meio mais tarde, dentro do término de prescrição, é submetido a uma ação de confisco *in rem* (civil) de sua habitação e de seu terreno. O juiz aceita a probabilidade razoável (*Probable cause*) em base à prova oriunda do processo penal e da investigação no decorrer da qual as drogas foram descobertas. Dá autorização para o seqüestro das propriedades, sem notificação ou audiência. A habitação é alugada e os inquilinos devem depositar o aluguel na conta da autoridade. A Corte Distrital, posteriormente, toma a decisão do confisco, mas o parecer da Corte de Apelação é que o seqüestro sem notificação nem audiência é contrário à *due process clause* da quinta emenda. A Suprema Corte estabelece que ‘a liberdade individual se manifesta, neste caso, assim como em tantos outros, nos direitos relativos à propriedade e em particular, na segurança que os habitantes encontram em sua casa e no respeito à sua vida privada’. Somente em caso de circunstâncias particulares pode-se derogar uma regra geral que exige notificação preliminar e audiência” (VERVAELE, J. A. E. Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell’ordinamento degli Stati Uniti d’America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ob. cit., p. 967-968).

limitado pela proporcionalidade da sanção, o que permite em alguns casos que o critério utilizado seja o da instrumentalidade, ou seja, o valor do confisco não mantém relação com o crime, mas sim com o uso ilegal dos bens, independentemente do valor destes. Da mesma forma, quanto ao *ne bis in idem*, em alguns casos decidiu-se que o confisco civil (*in rem*) não se confunde com a sanção penal, e por isso pode ser aplicada em conjunto com esta. Em outros casos, decidiu-se que as etiquetas “civil/administrativo” e “penal” não poderiam evitar a observância do princípio constitucional quando o confisco é aplicado com caráter punitivo.

O confisco penal admite a chamada *exceção do proprietário inocente*, que surgiu em 1984, e depende da prova das seguintes condições: de que o terceiro (proprietário) tinha um interesse jurídico em relação ao bem no momento da prática do delito; de que foi adquirente de boa-fé; de que não tinha qualquer razão para admitir que o bem fosse objeto de confisco quando o adquiriu.

Não se pode olvidar, ainda, que, nos Estados Unidos, conforme estabelecem os *Federal Sentencing Guidelines* (1991), o confisco geral ou total de bens pode ser aplicado aos crimes praticados por pessoas jurídicas com fim primordialmente criminal. O confisco de todos os bens da pessoa jurídica é imposto por meio de uma onerosa pena de multa, capaz de arrebatar das organizações toda sua base financeira e acarretar sua dissolução.²³

A legislação norte-americana, portanto, estabelece a sanção de confisco como instrumento poderoso de combate à criminalidade organizada e ao tráfico de drogas, entre outras modalidades criminosas. Entretanto, a aplicação dessa legislação nem sempre é acompanhada da necessária garantia dos direitos constitucionais dos cidadãos, o que ensejou o surgimento de forte corrente no sentido da reforma da configuração jurídica da sanção de confisco, cujas linhas principais seriam: aplicação das regras penais e processuais penais ao confisco civil; condenação penal

²³ TIEDEMANN, K. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ob. cit., p. 25.

como pressuposto da aplicação do confisco, a menos que o agente seja fugitivo; ônus da prova sempre cabe à autoridade pública; criação de um sistema de responsabilidade para a autoridade.²⁴

5.3 AMÉRICA LATINA

A Constituição argentina não veda a pena de confisco e estabelece que a propriedade possa ser expropriada em virtude de sentença judicial fundada na legislação em vigor (art. 17). Pelo texto constitucional, portanto, não há impedimento ao estabelecimento da pena de confisco. No Código Penal, porém, o confisco encontra-se previsto apenas como efeito da condenação criminal e restringe-se aos instrumentos e produtos do delito (art. 23). Interessante registrar que o Código argentino estabelece o confisco de móveis ou imóveis utilizados em delitos com privação da liberdade da vítima e destina o valor das multas penais e os bens confiscados a um fundo de assistência às vítimas.

O Chile utiliza o confisco de bens com natureza de sanção penal complementar aplicável aos delitos em geral, porém também restringe sua incidência aos instrumentos e produtos do delito (art. 21 do CP). No México, o confisco dos instrumentos, objetos e produtos do delito, assim como dos bens correspondentes ao enriquecimento ilícito, encontra-se também previsto como sanção penal autônoma (art. 24, itens 8 e 18, do CP), sendo que em caso de delito doloso o confisco pode recair sobre objetos de uso lícito (art. 40 do CP).

Em Cuba, a Constituição proclamada em 24 de fevereiro de 1976 (alterada em 12.07.1992) prevê de forma expressa a possibilidade de imposição da confiscação de bens, o que deve ser realizado pelas autoridades nos casos e na forma estabelecida em lei. O art. 60 da Constituição cubana dispõe: "A confiscação de bens se aplica apenas como sanção pelas autoridades, nos casos e pelos procedimentos determinados pela lei". Com efeito, o Código Penal cubano de 23 de dezembro de 1987 (Lei 62/1987) estabelece o confisco de bens como sanção penal acessória (art. 28).

²⁴ VERRAELE, J. A. E. Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ob. cit., p. 973.

O Código cubano prevê duas espécies de sanções penais: as penas principais (morte, privação e limitação da liberdade, trabalho com ou sem internação, multa e admoestação) e as penas acessórias (privação ou suspensão de direitos, proibição de exercício de profissão, suspensão de licença para condução, proibição de frequência a lugares determinados, desterro, perda de instrumentos e produtos do delito, confiscação de bens, sujeição a vigilância oficial, expulsão de estrangeiros). Tais penas, segundo o disposto no art. 27, são impostas com a finalidade de reprimir o delito cometido, mas também reeducar o condenado para uma atitude honesta e trabalho, e para o estrito cumprimento das leis e respeito às normas de convivência socialista, bem como prevenir a prática de novos delitos.

A pena acessória de confisco encontra-se regulamentada no art. 44 do Código Penal cubano e caracteriza-se como expropriação, total ou parcial, de bens do condenado em favor do Estado. A confiscação, porém, não deve recair sobre bens ou objetos que sejam indispensáveis para satisfazer as necessidades vitais da pessoa ou dos familiares sob sua responsabilidade. A pena deve ser aplicada nos casos de delitos praticados contra a segurança do Estado, mas também pode ser aplicada aos delitos em geral, se assim for estabelecido na lei.

Não se pode olvidar que a lei penal cubana prevê, ainda, a perda dos instrumentos e produtos do delito como sanção penal acessória, distinguindo-a, porém, da pena de confisco de bens. A perda dos instrumentos e produtos do delito (*comiso*) encontra previsão legal no art. 43 do Código Penal e restringe-se aos instrumentos utilizados na prática do delito e aos benefícios obtidos com o delito, direta ou indiretamente.

Por outro lado, a nova Constituição do Paraguai de 1992, após estabelecer como objetivos da pena privativa de liberdade a readaptação do condenado e a proteção da sociedade, proíbe de forma expressa a pena de confisco de bens e a pena de desterro (art. 20). Entretanto, o Código Penal paraguaio prevê o confisco (*comiso*) dos instrumentos utilizados na prática do delito, desde que estes representem perigo à sociedade ou possam ser utilizados para novos delitos (art. 86), bem como o confisco (*comiso especial*) dos benefícios e dos lucros obtidos com a prática do delito (art. 90). Ressalte-se que o confisco dos instrumentos e produtos do

delito, conforme previsão na lei paraguaia, não configura uma sanção penal autônoma, mas sim efeito da condenação criminal.

Da mesma forma, países como Bolívia e Colômbia não utilizam o confisco de bens como sanção penal autônoma, sem embargo de sua previsão para os casos específicos de instrumentos e produtos do delito.

5.4 ÁFRICA E PAÍSES ÁRABES

Alguns países africanos utilizam sanções alternativas à prisão, como é o caso de Quênia, Tanzânia, Nigéria, Gâmbia, Tunísia, África do Sul, Etiópia, Malavi, Sudão, Camarões e Burundi. Entretanto, na grande maioria dos países africanos a pena privativa de liberdade continua sendo a pena mais utilizada, o que gera superpopulação carcerária e elevados custos para a manutenção do sistema.

Em fevereiro de 1989, com o apoio da ONU, foi criado o Instituto das Nações Unidas Africanas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente (UNAFRI). O instituto mencionado patrocinou estudos e pesquisas sobre alternativas à pena privativa de liberdade e recomendou, entre outras, a pena de confisco de bens.

Por outro lado, os países árabes, de modo geral, utilizam a pena de morte, a prisão perpétua e o trabalho forçado, embora muitos deles já tenham instituído medidas alternativas em suas legislações, como a multa, a indenização, a restituição do bem, o confisco de objetos e outras medidas.

O confisco de bens é utilizado como sanção penal alternativa à prisão e, normalmente, é imposto como punição a delitos cometidos contra a economia e de tráfico de drogas.

Edmundo Oliveira²⁵ informa que na maioria dos países árabes essa medida está restrita à propriedade privada, porém, a própria

²⁵ *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 93.

Constituição dos Emirados Árabes prevê sua aplicação em detrimento do patrimônio público. Na Tunísia o confisco pode ser aplicado como medida suplementar à pena de prisão ou à pena de multa.

5.5 CONVENÇÃO DE ESTRASBURGO SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO E CONFISCAÇÃO DOS PRODUTOS DO DELITO

O direito internacional revela também a grande preocupação da comunidade internacional com o patrimônio criminal, ou seja, a riqueza obtida por meio de condutas ilícitas. Nesse sentido, o confisco dos bens adquiridos direta ou indiretamente da atividade criminosa desempenha um papel cada vez mais importante na luta contra determinadas condutas ilícitas, mormente aquelas que revelaram grande crescimento nos últimos tempos.

O confisco do patrimônio criminal encontra-se previsto como sanção principal em alguns documentos internacionais, como é o caso da Convenção de Estrasburgo sobre lavagem de dinheiro e confiscação dos produtos do delito, porém as primeiras regras sobre o assunto surgiram com o recrudescimento da luta contra o tráfico de drogas. Com efeito, na tentativa de combater o crescimento global desta atividade ilícita, as Nações Unidas aprovaram em 19 de dezembro de 1988 a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. O documento reconhece que o tráfico de entorpecentes gera grandes fortunas e possibilita aos seus agentes invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas, além das estruturas sociais em todos os seus níveis. Diante desse quadro, os Estados declaram-se decididos a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades delitivas, e eliminar, assim, o principal incentivo para tal atividade.

Depois de enumerar as condutas que devem ser reprimidas pelos Estados, o art. 3, § 4, da Convenção de Viena estabelece que cada parte deve aplicar aos delitos mencionados, de forma proporcional à gravidade destes, as penas de privação da liberdade, as penas pecuniárias e o confisco (*decomiso*).

O confisco deve atingir o produto derivado dos delitos de tráfico de drogas, ou os bens cujo valor seja equivalente a este produto, e também as substâncias psicotrópicas, os materiais, os equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados ao uso de qualquer forma para cometer os delitos de tráfico (art. 5, § 1). Além disso, a Convenção estabelece que os Estados devem adotar medidas para permitir às autoridades competentes a identificação, a apreensão e o embargo preventivo ou expropriação do produto, dos bens, e outros instrumentos, com a finalidade de sua eventual confiscação.

Importante disposição contém o § 3 do art. 5, o qual prevê a possibilidade de que seja determinada a exibição ou expropriação de documentos bancários, financeiros ou comerciais com a finalidade de efetivar a confiscação do patrimônio criminal, sendo vedada a recusa com base no sigilo bancário. A Convenção estabelece, ainda, regras de cooperação internacional para a efetivação do confisco, bem como a garantia do terceiro proprietário de boa-fé.

Após a previsão do confisco como instrumento de combate ao tráfico de drogas, a comunidade internacional estendeu sua utilização a outras espécies de ilícitos, como nos casos de lavagem de dinheiro e criminalidade organizada. Assim, no dia 8 de novembro de 1990, em Estrasburgo, a comunidade européia aprovou a Convenção do Conselho de Europa sobre lavagem, identificação, embargo e confiscação dos produtos do delito, reconhecendo que uma das formas de combater a criminalidade é privar o delinqüente do produto do delito.

O documento define a confiscação como pena ou medida ordenada por um tribunal, mediante processo judicial relacionado com a prática de um delito, que termina com a privação da propriedade. Em seguida, estabelece que os Estados devem tomar as medidas legislativas necessárias para possibilitar o confisco dos instrumentos e dos produtos de um delito, ou dos bens (propriedade)²⁶ cujo valor corresponda aos ditos produtos (art. 2). Nesse

²⁶ O art. 1 da Convenção de Estrasburgo define propriedade da seguinte forma: o termo "propriedade" inclui a propriedade de qualquer categoria, seja material ou imaterial, móvel ou imóvel, assim como

sentido, a legislação interna deve também possibilitar a identificação e a localização de bens que sejam suscetíveis de confiscação, inclusive impedindo a comercialização, a transmissão ou a alienação destes bens (art. 3), bem como possibilitar que os tribunais ordenem a exibição dos arquivos bancários, financeiros ou comerciais, ou que sejam estes bloqueados, com a finalidade de efetivar a medida de confisco (art. 4).

A cooperação internacional em relação ao confisco do patrimônio criminal é objeto de regras específicas no documento, sendo obrigação dos Estados atender às solicitações de confisco relacionadas aos instrumentos ou aos produtos de um delito situados em seus territórios, sem prejuízo da competência interna para iniciar o procedimento de confisco (art. 13). O confisco poderá consistir na obrigação de pagar uma soma em dinheiro que seja correspondente ao produto do delito, permitindo-se ao Estado requerido a confiscação de qualquer propriedade disponível em caso de não obtenção do pagamento. Segundo as regras de cooperação internacional, o procedimento a ser adotado para a execução do confisco deve ser aquele previsto no Direito interno do Estado requerido (art. 14, § 1).

Ressalte-se que o art. 17 da Convenção de Estrasburgo estabelece que o Estado requerido, aquele para o qual a confiscação foi solicitada, não poderá impor privação da liberdade em caso de não pagamento se assim especificar o Estado solicitante. Por outro lado, não havendo especificação, a prisão poderá ser imposta.

John Vervaele, analisando as normas sobre cooperação entre os Estados nacionais e a crescente utilização do confisco pela comunidade internacional, ressalta a importância de organismos internacionais para garantir direitos mínimos dos cidadãos. Nesse sentido, Vervaele assevera:

A crescente cooperação internacional em relação à investigação, embargo e confiscação deste patrimônio exige efetivamente adaptações dos sistemas jurídicos

os documentos ou instrumentos que representem o título ou qualquer interesse sobre a dita propriedade.

nacionais, como a adoção de novos métodos de investigação, outra maneira de empreender os meios de obrigação, e a imposição de novas sanções patrimoniais. Ademais, os sistemas jurídicos devem harmonizar-se para permitir a colaboração. Não basta uma regulamentação legal radical; as adaptações que afetem os fundamentos do Direito (processual) penal e o Estado de Direito, não podem ser feitas sem reequilibrar a balança entre a luta contra a criminalidade e a as garantias jurídicas. A influência da regulamentação operacional proveniente das Convenções internacionais cresce a olhos vistos, a internacionalização do nosso Direito (processual) penal está em pleno desenvolvimento. Se a dinâmica política do terceiro pilar fosse traduzida igualmente em dinâmica jurídica, este processo se aceleraria seriamente. A posição jurídica do cidadão aparece assim em uma situação totalmente nova. Os Estados tem, em face dos Tratados internacionais, pouca margem para prosseguir sua tradição garantista. Como consequência do pensamento dominante de eficácia na luta contra a criminalidade organizada e a droga, pode-se pensar que tem decrescido fortemente o nível de proteção jurídica na Europa. Dado que os Estados membros não estão forçados a reconhecer novas formas de controle jurisdicional em escala internacional ou regional, a tarefa da Comissão Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos será incrementar paralelamente aos desenvolvimentos mencionados, as condições de proteção previstas no Conselho Europeu de Direitos Humanos.²⁷

Reconhecida, portanto, a importância do confisco para o combate ao crime organizado e financeiro, além do tráfico de drogas, a atenção deve voltar-se também para os mecanismos jurídicos de

²⁷ Las sanciones de confiscación: un intruso en el derecho penal? Tradução de María José Lazo López e Fernando Moreno Moreno. *Revista Penal*. Ob. cit., p. 80.

segurança do cidadão. Nesse sentido, cresce na doutrina internacional a tendência de se considerar a sanção de confisco de bens como medida de natureza penal que, dessa forma, estará condicionada aos critérios e princípios mais rígidos de imputação, aferição da responsabilidade e quantificação da punição.

5.6 O CONFISCO NAS REGRAS DE TÓQUIO SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, estabeleceu regras mínimas para a adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, documento este que ficou conhecido como Regras de Tóquio.²⁸ Trata-se de documento internacional de importância fundamental para o direito penal, motivo pelo qual foi denominado por Luiz Flávio Gomes²⁹ de “Constituição Mundial” das penas e medidas alternativas à prisão.

Os objetivos fundamentais das Regras de Tóquio encontram-se expressos na primeira parte do documento (I – Princípios Gerais, 1. Objetivos fundamentais), e podem ser assim resumidos: promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade; garantir direitos mínimos dos que se submetem às medidas alternativas; promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e na ressocialização (“tratamento”) do delinquente; estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.

O documento estabelece, em regra específica (8. Imposição de Sanções), quais critérios devem ser considerados pela autoridade

²⁸ Entre nós, comentaram o documento os seguintes autores: JESUS, D. E. de. *Penas alternativas*: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 205-274; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 19-87; OLIVEIRA, E. *Política criminal e alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 225-288.

²⁹ *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 27.

judicial na aplicação das alternativas penais, ou seja, as necessidades de reabilitação do delinquente, a proteção da sociedade e os interesses da vítima quando for conveniente. Além disso, a regra mencionada prescreve que o juiz deve ter à sua disposição um elenco de sanções não privativas de liberdade para que possa escolher a mais adequada à situação, e relaciona diversas alternativas de modo exemplificativo. Entre as sanções sugeridas em tal regra, encontra-se a *tomada de posse* ou *confisco* (regra 8.2, letra e).

Infere-se, portanto, que a pena de confisco foi considerada pela comunidade internacional como alternativa penal adequada e útil para substituir a pena privativa de liberdade, atendendo a finalidades evidentemente preventivas. Ressalte-se que as Regras de Tóquio sugerem a pena de confisco como pena autônoma, ou seja, que deve ser aplicada no lugar da pena privativa de liberdade, e não cumulada com esta.

5.7 APLICAÇÃO DO CONFISCO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Corroborando a tendência de um direito internacional público, de caráter constitucional e de observância cada vez mais obrigatória, pode-se mencionar a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). A Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas aprovou, em julho de 1998, o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, órgão judiciário permanente destinado ao processo e ao julgamento dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade, do crime de genocídio e do crime de agressão. Criou-se, assim, uma corte penal internacional permanente e independente, com jurisdição complementar à dos Estados.³⁰

O Tribunal Penal Internacional, como instituição permanente, exerce jurisdição sobre os nacionais dos Estados-Partes, acusados da prática daqueles delitos em seus Estados ou em outro Estado-Parte, porém apenas terá competência para processar e julgar

³⁰ Sobre o assunto, conferir: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto respectivo. Além disso, a competência do Tribunal só poderá ser exercida quando demonstrado que o Estado não se dispõe ou não se encontra em condições de levar a cabo a investigação, o processo e o julgamento dos crimes, ou que o processo não esteja sendo conduzido de forma imparcial e tendente a realmente apurar e punir. Infere-se, portanto, que a competência do Tribunal possui natureza complementar, respeitada assim a primazia da jurisdição interna.

O Estatuto de Roma estabelece duas espécies de sanções penais suscetíveis de aplicação pelo Tribunal Penal Internacional, ou seja, penas principais e penas acessórias ou complementares. Com efeito, como pena principal é cominada a pena privativa de liberdade, admitida a prisão perpétua pela extrema gravidade do crime ou pelas circunstâncias pessoais do condenado. Por outro lado, cumulativamente com a reclusão, o Tribunal poderá impor ao condenado a pena de multa ou o confisco (sequestro) dos *bens* procedentes direta ou indiretamente do crime (art. 77, item 2).

Segundo Claus Kreß,³¹ o confisco dos *instrumentos* do delito foi excluído do texto aprovado para não complicar o julgamento com questões relativas à imunidade estatal, restando apenas o confisco dos produtos direta ou indiretamente advindos do delito, preservando-se os atos de boa-fé.

A pena de confisco prevista no Estatuto de Roma caracteriza-se como pena acessória, ou seja, deve ser imposta de forma cumulada com a pena privativa de liberdade e encontra-se vinculada ao produto do delito, ainda que indiretamente. Trata-se, portanto, de medida complementar utilizada para reforçar a punição de determinados delitos considerados graves, e por esse motivo não pode ser aplicada isoladamente.

Em relação aos produtos arrecadados com o confisco, o art. 79 do Estatuto prevê que serão destinados a um fundo, estabelecido por meio de decisão da Assembléia Geral dos Estados Signatários, em benefício das vítimas dos crimes julgados.

³¹ Penas, Execução e Cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

A PENA DE CONFISCO DIANTE DOS FUNDAMENTOS E LIMITES DA SANÇÃO PENAL

SUMÁRIO: 6.1 A finalidade da sanção penal: teorias absoluta, relativa e unificadora – 6.2 Princípios constitucionais que condicionam a aplicação da pena: culpabilidade, proporcionalidade e individualização – 6.3 Pena de confisco: fundamentos (finalidades) e limites constitucionais.

6.1 A FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL: TEORIAS ABSOLUTA, RELATIVA E UNIFICADORA

Várias foram as justificativas utilizadas no decorrer da história para fundamentar e legitimar a repressão da delinquência mediante a ação do Estado, sendo que tais justificativas foram sempre condicionadas pelas diferentes concepções de Estado e de suas respectivas funções.

No Estado liberal, fundamentado na teoria do contrato social, a pena foi entendida como instrumento de prevenção de delitos com finalidade de proteção da sociedade, mas também como necessária retribuição do mal causado. As diferenças verificadas entre as teorias referidas, ou seja, retribuição e prevenção geral, correspondiam às duas concepções de *homem* às quais deveria servir o Direito no Estado liberal. Com efeito, enquanto os

utilitaristas pensavam no *homem empírico*, exigindo que a pena protegesse seus bens jurídicos reais (prevenção geral), o idealismo alemão girava em torno do *homem ideal*, concebendo a pena como instrumento de confirmação dos valores ideais do homem-razão (retribuição).¹

Por outro lado, no Estado intervencionista (social) a pena foi encarada apenas como instrumento de luta contra a delinquência, ou seja, com finalidade de prevenção de novos delitos. Em alguns casos, porém, como nos Estados totalitários, a idéia de eficácia do direito penal e da pena como instrumento de defesa da sociedade conduziu a exageros, transformando a pena em instrumento contra a sociedade, e não para proteção desta.

Duas teorias genéricas resumem esta tentativa de legitimação da intervenção penal, seja com fundamento na justiça da punição (teoria absoluta ou retributiva), seja atribuindo à punição uma finalidade socialmente útil (teoria relativa ou preventiva).²

A teoria absoluta justifica a pena pelo seu caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito. Essa repristinação, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre

¹ MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob. cit., p. 35.

² Anabela Miranda Rodrigues esclarece que as teorias da pena (retributiva e preventiva) surgiram, historicamente, para fundamentar a legitimação ou justificação da intervenção penal (pena), sendo que em ambos os casos é este o problema que está em causa, e não o da finalidade da pena. A atribuição de uma finalidade à pena foi utilizada pela teoria preventiva para justificar a intervenção penal, o que não é o caso da teoria retributiva, a qual encontrou suas respostas na "justiça" da punição. "Se quisermos continuar a usar a bipartição usual, devemos então fazê-lo – hoje, repete-se – com a consciência de que estamos a dar resposta a perguntas diferentes, com valor em planos diferentes. Em suma: de que ela constitui uma arrumação não para um, mas para dois problemas distintos. Se com as teorias preventivas se encontra (também) solução para a questão das finalidades da pena, já com a teoria retributiva estamos a lidar com o problema da justificação da pena" (*A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 152-156).

com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. Assim, todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social) não guardariam qualquer relação com a natureza da pena.

Entre os pensadores que a defenderam podem ser citados Kant e Hegel. O primeiro entendia que a aplicação da pena constituía-se em um imperativo categórico, enquanto o segundo afirmava que a pena é a negação da negação do Direito, o que restabelece o Direito lesado (retribuição jurídica).

Tal teoria é criticada por muitos autores. Claus Roxin³ afirma que não se pode admitir este fundamento, pois se trata de um mero ato de fé, que prescinde de racionalidade. A retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito – que respeita a dignidade humana – pois é impensável que alguém possa pagar um mal cometido com um segundo mal, que é a expiação por meio da pena. Todavia, importante contribuição foi deixada pela teoria retribucionista: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal (proporcionalidade).

Em oposição às teorias absolutas (ou retributivas) surgiram as teorias que prevêem uma efetiva finalidade na imposição da sanção penal. São as chamadas teorias relativas. Jorge de Figueiredo Dias esclarece:

Contrariamente às teorias absolutas, as teorias relativas (do latim *referre*: referir-se a) são, com plena propriedade, teorias *de fins*. Também elas reconhecem que, segundo sua essência, a pena se traduz num *mal* para quem a sofre. Mas como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não se pode a pena bastar com essa característica,

³ *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998. p. 19.

em si mesma destituída de sentido social-positivo; para como tal se justificar tem ela de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente a *prevenção* ou a *profilaxia criminal*. Na frase inteira de Sêneca, reportando-se a Protágoras e a Platão (e já acima parcialmente citada): “Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, *sed ne peccetur*”. Só deste modo, de resto, se adequando o instrumento da pena à própria função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos.⁴

Com efeito, a pena se justifica por seus efeitos de prevenção geral e especial, que atualmente são entendidos em dois sentidos, um negativo e outro positivo.

De acordo com a teoria da prevenção geral, em seu sentido negativo, a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos.

Esta idéia apresenta um grave defeito, pois tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente seria mais eficaz a prevenção. Além disso, a aplicação da pena não estaria fundada na *culpabilidade* do agente, mas sim em eventual *periculosidade* de futuros delinquentes. O grande mérito da teoria da prevenção geral (negativa), entretanto, está em pôr ênfase no processo educativo da sociedade.

Por outro lado, a prevenção geral pode ser encarada no sentido positivo, de integração, ou seja, de estímulo ao cumprimento da norma, sendo esse um processo de formação do povo, com oportunidades de assimilar os valores básicos da sociedade. Divergem os adeptos da teoria da prevenção geral positiva, quanto à existência de outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma. Surge, então, uma subdivisão na teoria sob comento: uma denominada fundamentadora, defen-

⁴ *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

dida entre outros por Welzel e Jakobs,⁵ e outra limitadora, sustentada por Hassemer e Roxin.

A prevenção geral positiva limitadora contrasta com a fundamentadora na medida que define a finalidade da pena, acrescentando um sentido limitador ao poder punitivo do Estado. Enquanto para a teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos.

A teoria da prevenção especial justifica a atuação da pena sobre o agente para que este não volte a delinquir. Isso ocorreria, segundo a formulação esclarecedora de Roxin, da seguinte forma: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável, e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável.⁶ Atualmente, também divide-se a prevenção especial em dois sentidos, ou seja, um negativo (neutralização pela prisão) e outro positivo (reinserção social).

Algumas críticas podem ser formuladas à teoria da prevenção especial, mormente no que se refere à ressocialização. Há delinqüentes que por si só não carecem de ressocialização, aos quais é possível um seguro diagnóstico de não reincidência (ex.: homicidas passionais). Destarte, como justificar a imposição da pena nestas situações, se a justificativa da ressocialização não está presente; e como deixar de punir tais delinqüentes, apenas pela prescindibili-

⁵ Segundo Luigi Ferrajoli, Günter Jakobs parte de uma perspectiva funcionalista, inspirado na teoria dos sistemas de Luhmann, para sustentar a teoria da prevenção geral positiva, justificando a pena como fator de coesão do sistema político-social diante de sua capacidade de restaurar a confiança coletiva, sobressaltada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, por conseguinte, renovar a fidelidade dos cidadãos nas instituições (FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Ob. cit., p. 275).

⁶ *Problemas fundamentais de direito penal*. Ob. cit., p. 20.

dade de readaptação social do agente? A prevenção especial, além disso, pode representar uma idéia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias.

Roxin, criticando alguns aspectos da prevenção especial (ressocialização), questiona:

O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos de seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?⁷

E, ainda, qual seria o paradigma utilizado como um fim a ser perseguido? A que tipo de sociedade o sujeito do delito deveria se amoldar para que fosse considerado *ressocializado*?

As qualidades da teoria preventiva especial, por outro lado, são inescandíveis. Esta teoria tem caráter nitidamente humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.

Da combinação entre os diferentes aspectos das correntes acima mencionadas surgiram teorias ecléticas denominadas teorias mistas ou unificadoras. Criticam-se tais teorias sob o argumento de que representam, no mais das vezes, pura justaposição das diversas teorias, destruindo a lógica imanente a cada concepção e aumentando o âmbito de aplicação da pena, além de converter a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma.⁸ Esta concepção unificadora quebraria a idéia de que o direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*.

⁷ Op. cit., p. 22.

⁸ Op. cit., p. 26.

Argumenta-se, ainda contra a teoria unificadora, a impossibilidade de se misturar uma teoria que nega fins à pena (retributiva) com outras que atribuem fins a ela (preventivas).

Analisadas as teorias da pena, com suas razões e contradições, mister se faz uma tentativa de conclusão acerca da justificativa e da finalidade da pena. A sanção penal caracteriza-se como um verdadeiro instrumento de autoconstatação do Estado, ou seja, justifica-se para a reafirmação de sua existência, constituindo-se assim, em uma *necessidade* para a própria sobrevivência e conservação do Estado. O famoso Projeto Alternativo alemão já consignava que a pena não se justifica por questões religiosas ou filosóficas, mas sim por caracterizar-se “uma amarga necessidade de seres imperfeitos como são os homens”. Assim, a sanção penal é essencialmente *retributiva*, vale dizer, a pena é a reafirmação do poder estatal que se materializa por meio de uma restrição imposta àquele que violou a paz social garantida pelo Estado.

Por outro lado, a finalidade ou fim da pena⁹ deve ser a de exclusiva proteção de bens jurídicos no caso concreto por intermédio da prevenção geral positiva, o que também coincide com

⁹ Giuseppe Bettiol afirma que a pena é essencialmente retributiva e se justifica por si mesma, independentemente de qualquer finalidade que lhe seja atribuída. Porém, o autor distingue claramente a *definição* e o *fundamento* do instituto (pena) da *finalidade* com que o mesmo deve ser utilizado: “Por que se pune? Com a afirmação de que a pena é retribuição, não se respondeu ainda à indagação a respeito do escopo da pena, porque uma coisa é definir o instituto e indicar seu precípua fundamento e outra é responder à indagação acerca de sua função” (*Direito Penal*. Ob. cit., p. 112). No mesmo sentido, esclarece Santiago Mir Puig: “Convém antes de mais nada, para evitar graves e frequentes equívocos, distinguir a *função* do *conceito* de pena, como hoje insistem Rodriguez Devesa e Schmidhauser, a partir do Direito Penal; e Alf Ross, a partir da Teoria Geral do Direito, ainda que com terminologia distinta da que aqui empregamos. Segundo o *conceito* que adotam, a pena é um *mal* que se impõe *por causa da prática de um delito*; conceitualmente, a pena é um *castigo*. Porém, admitir isso não implica, como consequência inevitável, que a função, isto é, fim essencial da pena, seja a retribuição” (Apud BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Ob. cit., p. 104).

a finalidade do próprio direito penal.¹⁰ Nesse sentido, o Projeto Alternativo alemão propôs em seu § 2.º: “As penas e medidas de segurança servem para a proteção dos bens jurídicos e para a reintegração do autor na comunidade jurídica”. Mais recentemente, a reforma do Código Penal português ocorrida em 1995 introduziu em seu art. 40, sob a epígrafe “finalidades das penas e das medidas de segurança”, a seguinte disposição: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.¹¹

Com efeito, a finalidade da pena não deve se esgotar no castigo somado à restauração da ordem jurídica (retribuição) como pretendem alguns, não obstante o reconhecimento de que a retribuição se identifica com a própria essência da sanção penal.

Ressalte-se que a análise da sanção penal se encontra intimamente ligada à observação do tipo de organização estatal à qual está submetido um povo. Destarte, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, em que se instituiu o Estado Democrático de Direito,¹² não se pode olvidar os princípios decorrentes desse

¹⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. Ob. cit., p. 119. Da mesma forma, Nilo Batista confirma que uma teoria da pena é sempre uma teoria do direito penal, e acrescenta: “Pensamos que numa sociedade verdadeiramente justa e democratizada os fins do direito penal e da pena constituirão, transparentemente expostos e debatidos, um só e indivisível projeto” (BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 114).

¹¹ Jorge de Figueiredo Dias, diante do texto legal português, posiciona-se da seguinte forma: a finalidade da pena deve ter apenas natureza preventiva, excluída qualquer consideração retributiva. Assim, a finalidade da pena deve ser, primordialmente, a proteção de bens jurídicos no caso concreto para o restabelecimento da paz jurídica abalada pelo crime (prevenção geral positiva); além disso, deve ser considerada a finalidade de prevenção especial positiva para aqueles carentes de socialização, e prevenção especial negativa (advertência ou inocuidade) para quem não carece de socialização, sendo que a prevenção especial determinará a medida da pena no caso concreto (*Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Ob. cit., p. 129-136).

¹² A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme disposição expressa contida no art. 1.º da

Estado que devem nortear a elaboração e a aplicação da legislação penal. Analisando esses princípios, infere-se que a sanção penal deve ter um sentido construtivo, na direção da solução de problemas sociais, sempre limitada, porém, por critérios de culpabilidade.

A ressocialização, por sua vez, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que os padrões sociais dominantes indicam, mas sim como *reinserção social*, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinqüente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou seqüelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido, invariavelmente, previsível, qual seja o retorno à criminalidade (reincidência).

Não se pode olvidar, ainda, a existência das idéias de reprovação e prevenção no bojo do ordenamento jurídico nacional, vez que o Código Penal prescreveu expressamente, de forma inédita em nossa história legislativa, que os conceitos mencionados constituem a finalidade da aplicação concreta da pena. Esta previsão expressa consta do art. 59, *caput*, *in fine*, do estatuto criminal (c/c art. 1.º da LEP). Ressalte-se que a lei brasileira refere-se à finalidade de *reprovação* do crime, ou seja, a um necessário juízo de reprovabilidade sobre o fato (culpabilidade) como pressuposto e limite da pena. A necessária consideração da culpabilidade no momento da aplicação da pena torna efetivo o princípio da proporcionalidade da pena no caso concreto e também impede que a pena seja aplicada por critérios exclusivamente utilitários.

Constituição Federal de 1988. O constituinte brasileiro sintetizou nesse conceito os princípios do *Estado social* e do *Estado liberal*, sendo que as características do Estado social podem ser inferidas dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3.º (ex.: erradicar a pobreza). Nesse sentido, Santiago Mir Puig analisa dispositivo semelhante da Constituição espanhola e afirma que através da fórmula "Estado Social e Democrático de Direito", a Constituição empregou uma terminologia consagrada que aponta a uma concepção sintética de Estado, ou seja, o produto da união dos princípios do Estado liberal e do Estado social (*El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob. cit., p. 31).

Com efeito, o Estado deve utilizar a pena aferindo a sua real necessidade e utilidade, visando sempre à defesa dos bens jurídicos da sociedade que é atingida com a prática da infração penal, mas também considerando o agente desta, nos limites da culpabilidade. Em outras palavras, prevenção geral positiva ou integradora, permeada por critérios de proporcionalidade e culpabilidade, secundada pela perspectiva de reinserção social (prevenção especial positiva).

6.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE CONDICIONAM A APLICAÇÃO DA PENA: CULPABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou em sua Declaração de Direitos inúmeros princípios de direito penal. Francesco Palazzo¹³ distinguiu princípios de direito penal constitucional e princípios constitucionais influentes ou pertinentes à matéria penal. Os primeiros relacionam-se diretamente ao direito penal, apresentando um conteúdo típico deste ramo da ciência jurídica. O caráter constitucional destes princípios penais decorre da limitação do poder punitivo imposta ao se situar a pessoa humana no centro do sistema penal. Quanto aos segundos, ou seja, os princípios pertinentes à matéria penal, são princípios que disciplinam matérias constitucionalmente relevantes e que, por isso, devem ser observados pelo legislador tanto na elaboração da norma penal quanto na elaboração de normas de natureza diversa (civil, administrativo, tributário, etc.). Palazzo afirma que estes princípios condicionam o conteúdo da matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela.

Em comentário sobre a classificação mencionada, Luiz Luisi¹⁴ acrescenta que os princípios de direito penal constitucional, em sua

¹³ *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22.

¹⁴ *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

maioria, são princípios garantidores característicos do Estado Liberal (*Rechtsstaats*). Por outro lado, os princípios influentes em matéria penal traduzem exigências do Estado Social (*Sozialstaats*), pois orientam o legislador penal na elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais, o que constituiria o direito penal em instrumento de correção das distorções sociais com vistas à realização da igualdade concreta e da justiça material.

Em relação aos princípios constitucionais mencionados, alguns dizem respeito a todo o direito penal, sendo que outros tratam especificamente das medidas punitivas, ou seja, da cominação, aplicação e execução das penas. Dentre estes últimos, alguns interferem mais diretamente na aplicação da pena durante o momento judicial, condicionando a atividade jurisdicional e, portanto, exigindo uma efetiva adequação da sanção ao agente e ao caso concreto. São os princípios constitucionais da culpabilidade, proporcionalidade e individualização.

O princípio da culpabilidade deixou de ser expressamente previsto no texto constitucional, não obstante sua grande relevância para o direito penal, como fundamento e limite da sanção penal (*nulla poena sine culpa*). O princípio da culpabilidade, porém, pode ser extraído do art. 1.º, III, da Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1.º, III, da CF), além de constituir a idéia central da qual derivam os princípios da responsabilidade subjetiva (ou pessoal), da personalidade da pena (art. 5.º, XLV, da CF) e da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF).

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que o princípio da culpabilidade deve produzir efeitos em dois níveis, ou seja, na tipicidade e na culpabilidade. Em se tratando de tipicidade, o princípio da culpabilidade “implica na necessidade de que a conduta – para ser típica – deva ao menos ser culposa”, enquanto na estrutura da culpabilidade “implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor”.¹⁵

Sérgio Salomão Shecaira esclarece qual deve ser o conceito atual da culpabilidade:

¹⁵ *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 522.

A culpabilidade, dentro de um contexto moderno, vincula o autor ao fato, aspecto esse que a doutrina denomina imputação subjetiva. A desaprovação que se atribui ao autor do delito é resultado de um enlace eminentemente individual; depende de sua personalidade, suas particulares relações afetivas, psicológicas, espirituais, fundamentalmente éticas (mas não morais).¹⁶

Nesse sentido, a culpabilidade deve se constituir em um juízo de reprovação individualizador, considerando o fato praticado pelo agente e as condições particulares deste, excluindo considerações relativas ao chamado "homem médio". Trata-se de um direito penal do fato, e não do autor. Diante do mencionado conceito de culpabilidade, Shecaira ressalta que "o parâmetro para a aplicação da pena é, pois, delimitado pelo próprio princípio da culpabilidade, posto que a pena só há de ser implementada quando necessária e útil".¹⁷

Por outro lado, Mauricio Ribeiro Lopes afirma que a culpabilidade possui triplo sentido, ou seja, deve ser entendida como fundamento da pena (exige a presença de imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), como limite na determinação da pena (não pode ser imposta alguém ou além da culpabilidade) e como óbice à responsabilidade objetiva.¹⁸ Além disso, o autor lembra que a culpabilidade cumpre papel de grande relevância na fixação da pena, pois "se traduz no limite máximo da pena, limite este que não poderá ser transposto, de modo algum, no momento da aplicação, em concreto, da pena a um determinado agente".¹⁹

Assim, como já se disse, a culpabilidade deve ser necessariamente analisada e graduada no momento judicial da aplicação da pena, tanto na escolha da qualidade e quantidade da pena em uma

¹⁶ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Ob. cit., p. 77.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 80.

¹⁸ *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

¹⁹ LOPES, M. A. R. Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 327.

primeira fase, quanto na análise da possibilidade de substituição da prisão por restritivas de direitos ou multa, considerando nesta segunda fase a suficiência da medida em relação às finalidades da pena.

O princípio da proporcionalidade também não foi previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, porém pode ser extraído de diversas normas contidas no texto constitucional. René Ariel Dotti²⁰ justifica a proporcionalidade penal diante da previsão constitucional que, ao estabelecer a proteção da honra, da intimidade e da vida privada, assegurou o direito de resposta *proporcional* ao agravo praticado (art. 5.º, V, da CF).

Por outro lado, Mauricio Ribeiro Lopes afirma que a Constituição brasileira, ao estabelecer uma determinada hierarquia de valores em seu art. 5.º, *caput*, “cria naturalmente um mecanismo para o equilíbrio das conseqüências jurídicas decorrentes dessa eleição axiológica, daí um aferível princípio da proporcionalidade, muito embora não expresso na Constituição”.²¹

Em matéria penal, o princípio da proporcionalidade deve ser observado também em três momentos distintos, ou seja, no momento legislativo de cominação da sanção penal, no momento judicial de aplicação da pena em concreto e também no momento da execução da pena. No segundo momento, o juiz deve considerar a conduta efetivamente praticada pelo agente e aplicar uma pena proporcional ao ato praticado.

A grande questão sobre o princípio da proporcionalidade relaciona-se com os critérios que devem ser adotados para se definir

²⁰ O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 80.

²¹ *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 453. Não se pode olvidar que a proporcionalidade integra um princípio genérico, aplicável a toda intervenção do poder público, denominado princípio da *proibição do excesso* ou da *proporcionalidade em sentido amplo*. O princípio da proibição do excesso possui, como conteúdo, os subprincípios da adequação (ou conformidade), da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ob. cit., p. 264).

qual sanção, ou qual quantidade de pena será proporcional a um determinado delito. De modo geral, afirma-se que a pena deve ser proporcional ao bem jurídico tutelado pela norma penal, considerando sempre uma estreita relação de proporcionalidade também entre os meios utilizados e os fins obtidos ou que se pretende obter.

Winfried Hassemer,²² por sua vez, ressalta que a igualdade apenas será atendida por meio do tratamento desigual aos desiguais, o que implica adequar proporcionalmente as consequências jurídicas do delito segundo os diferentes graus de participação interna. Destarte, a consideração da culpabilidade no caso concreto pode efetivar o princípio da proporcionalidade da pena. Nesse sentido, o art. 59 do Código Penal brasileiro estabelece que o juiz determine a qualidade e a quantidade da pena conforme seja necessário e suficiente à reprovação do delito, o que implica necessária análise da culpabilidade.

Infere-se, do exposto, que a análise da culpabilidade no caso concreto e a conseqüente consideração da proporcionalidade entre a pena e o delito praticado acarretam, em alguns casos específicos, a necessária substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas adequadas ao fato que atendam de forma mais eficaz às finalidades da pena. Isso é exatamente o que propugnam as Regras de Tóquio nos seguintes itens: 2.3 – “A quantidade e as espécies das medidas não-privativas de liberdade disponíveis devem ser determinadas de modo que seja possível a fixação coerente das penas”; 5.1 – “Para os casos de menor importância, o órgão julgador poderá impor medidas não-privativas de liberdade *adequadas ao caso concreto*”; 3.2 – “A escolha de uma medida não-privativa de liberdade deve basear-se em avaliação dos critérios estabelecidos com respeito tanto à gravidade do delito quanto à personalidade e aos antecedentes do delinqüente, aos *objetivos da condenação* e aos direitos das vítimas”.

O princípio da individualização da pena encontra-se expressamente inserido na Constituição atual em seu art. 5.º, XLVI, e

²² *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 57.

consiste na exigência de se mensurar a pena de acordo com o caso concreto, considerando as particularidades apresentadas pelo agente. A individualização pode ser entendida sob três aspectos diferentes, de acordo com o momento em que se observa o fenômeno jurídico. Destarte, a individualização da pena pode ocorrer nos momentos legislativo (cominação da pena), judicial (aplicação da pena) e executivo (execução da pena).

No momento judicial ou de aplicação da pena, o princípio da individualização deve ser observado pelo juiz ao condenar e aplicar uma pena ao delinquente. Destarte, de acordo com o disposto no art. 59 do Código Penal, o juiz deverá escolher uma das espécies de pena dentre aquelas cominadas na lei para o crime cometido (inciso I), se previstas alternativamente, levando em consideração as circunstâncias judiciais do delito (*caput*) e, em seguida, fixar a quantidade da pena escolhida, dentro dos limites legais (inciso II). Além disso, deverá fixar o regime inicial de cumprimento de pena, quando aplicar pena privativa de liberdade, e analisar a possibilidade de substituição da prisão (art. 59, III e IV, do CP).

Nesta última fase, portanto, o aplicador deve analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas (restritivas de direitos ou multa), considerando para tanto os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. A individualização da pena revela-se evidente neste momento processual, tendo em vista que a substituição será efetivada apenas se verificado que, diante das condições específicas do agente, além das circunstâncias do fato, a medida será suficiente para atender às finalidades da pena (art. 44, III, do CP), qual seja a prevenção geral/especial positiva.

Há que se observar, porém, que as alternativas colocadas à disposição do julgador são variadas e que, diante do tipo de delito praticado e das condições pessoais do agente, algumas penas serão mais adequadas que outras. Nesse sentido, o princípio da individualização da pena deve ser observado atentamente para que, na medida do possível, a resposta penal seja adequada, proporcional, socialmente útil e atenda de forma efetiva às finalidades da pena.

Infere-se, portanto, que a necessária análise dos princípios constitucionais comentados impõe, em determinados casos, a

substituição da pena privativa de liberdade pelo confisco de bens. Esta substituição, como se verá adiante, deve atender aos objetivos preventivos que devem ser perseguidos com a imposição da pena no Estado Democrático de Direito.

6.3 PENA DE CONFISCO: FUNDAMENTOS (FINALIDADES) E LIMITES CONSTITUCIONAIS

A pena de confisco, assim como qualquer outra sanção penal, justifica-se pelos mesmos motivos expostos acima e deve ser imposta com vistas às finalidades preventivas que decorrem do próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a pena de confisco possui forte efeito simbólico, pois atinge diretamente o patrimônio do agente (parte dele), o que reforça a vigência da norma violada e estimula sua observância. Ressalte-se que a grande importância conferida ao patrimônio na sociedade atual potencializa o efeito da pena confiscatória, destacando-se os efeitos positivos, de formação da consciência social, nas relações familiares e na comunidade em geral.

A pena confiscatória, portanto, pode servir como instrumento de confirmação de valores básicos positivados na norma, contribuindo assim para a formação da sociedade em geral. Nesse sentido, a experiência comum mostra que muitas normas de convivência, como as de trânsito, por exemplo, utilizam com sucesso a sanção pecuniária como reforço de sua importância e obrigatoriedade de sua observância, o que contribui para uma desejada educação aos condutores de veículos.

A finalidade de prevenção geral positiva, portanto, pode ser alcançada de forma eficaz com a utilização da pena confiscatória, desde que observados os limites impostos pela culpabilidade.

Por outro lado, a pena de confisco também pode ser utilizada com o fim de prevenção especial, esta considerada em seu aspecto positivo, vale dizer, de *ressocialização* (ou reinserção social) do agente.

Em princípio, a idéia de ressocialização ou reinserção social do agente parece incompatível com a pena pecuniária (confisco), tendo em vista que esta não submete o delinquente a qualquer processo de readaptação social e nem oferece ao mesmo oportunidades para qualificação pessoal e profissional. Porém, a prevenção especial não pode ser entendida de forma rígida, mas sim como uma pluralidade de objetivos concretos que devem ser adequados à situação real do fato, ou seja, considerando-se as particularidades da infração e do seu agente. Nesse sentido, a *ressocialização* do agente pode ser obtida por meio de medidas punitivas diversas da privação da liberdade, como a prestação de serviços à comunidade ou a expropriação de bens (confisco) pertencentes ao agente, que certamente geram efeito de impacto para o infrator, motivando-o em sentido contrário ao da infração praticada.

Com efeito, se a maioria das pessoas motiva-se ao cumprimento da norma pela perspectiva de perda patrimonial, isso também ocorre com aquele que infringe a lei penal. Destarte, uma pena criminal que atinja parte do patrimônio do delinquente pode auxiliar na "reforma" do mesmo, não como imposição de valores morais ou forma de vida, mas sim como conscientização da necessidade de obediência às regras básicas para convivência em uma sociedade organizada.

Zaffaroni e Pierangeli, depois de criticar a prevenção geral, sustentam que a finalidade da pena deve ser a de prevenção especial. Entretanto, esclarecem que a prevenção especial não pode consistir em qualquer constrangimento físico, tampouco em processos de reeducação ou tratamento que encarem o indivíduo como carente em sentido moral ou médico, e que a resposta penal preventiva não deve ser rígida, ou seja, deve adequar-se ao caso concreto. A fundamentação dos autores merece ser transcrita:

Dado que cada delito tem um significado social diferente e que a criminalização é produto de um processo seletivo, a *prevenção especial penal não pode ser rígida*, mas deve traduzir-se em uma pluralidade de objetivos concretos, que devem adequar-se a cada situação real. Socialmente, cada criminalização é uma forma de manifestar um conflito e cada

conflito tem particularidades próprias. *A prevenção especial deve ser um meio prático de resolver tais conflitos, pois toda rigidez apodíctica tende a cair na ficção e a mascarar o conflito.* A plasticidade da prevenção especial penal deve permitir uma pluralidade de soluções que possibilite selecionar o sentido mais adequado às características do conflito manifestado na criminalização. O § 6.º do art. 5.º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade será a “*a reforma e a readaptação social do condenado*”. Em geral, podemos afirmar que estes objetivos são os de toda prevenção especial penal que se dirija ao criminalizado (há outra que se dirige à vítima, de que nos ocuparemos de imediato). A “reforma” do criminalizado pode obter-se, às vezes, mediante uma simples privação de algo que tem por valioso, e que pode gerar uma contramotivação, como acontece no caso das multas e de algumas outras penas que conhece o direito penal contemporâneo (prestação de serviços à comunidade nos fins de semana, pagamento de uma parte do salário à vítima etc.). É este o gênero de prevenção especial penal requerido, em geral, por quem emite um cheque sem fundos, pelo que furta em lojas ou pelo estudante que furta gasolina para passear com a namorada.²³

Inferre-se, portanto, que a pena de confisco atende também aos objetivos de prevenção especial (positiva), pois produz efeitos diretos sobre o infrator, motivando-o para a observação e cumprimento da norma, evitando, assim, novos delitos.

Por fim, cabe lembrar que a aplicação da pena de confisco em substituição à prisão em determinados casos decorre da estrita obediência aos princípios constitucionais da culpabilidade, proporcionalidade e individualização. Isto porque os princípios mencionados exigem que o aplicador da lei imponha uma sanção penal adequada ao infrator e às circunstâncias do caso concreto, ou seja,

²³ *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* Ob. cit., p. 109.

uma pena proporcional, individualizada e na medida da culpabilidade do agente. Tais princípios constituem-se verdadeiros limites que devem ser rigorosamente observados na imposição da pena de confisco, sob pena de violação da Constituição Federal. Além disso, a substituição da prisão deve atender às finalidades da pena (reprovação e prevenção – art. 59 do CP), ressaltando-se a prevalência da prevenção especial positiva no momento judicial da individualização, que é plenamente atendida com a imposição da pena de confisco em determinados casos.

A PENA DE CONFISCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM VIGOR: PERDA DE BENS E VALORES (ART. 43, II, DO CP)

SUMÁRIO: 7.1 Conceito – 7.2 Natureza jurídica – 7.3 Constitucionalidade: 7.3.1 Princípio da personalidade da pena – 7.4 Aspectos dogmáticos (Lei 9.714/1998): limite, execução e conversão.

7.1 CONCEITO

A pena de perda de bens e valores encontra-se prevista no art. 43, II do Código Penal brasileiro, e foi disciplinada pelo art. 45, § 3.º, do mesmo estatuto criminal, ambos os dispositivos com redação dada pela Lei 9.714/1998. A previsão legal encontra amparo no art. 5.º, XLVI, *b*, da Constituição Federal.

Trata-se de sanção penal que atinge o direito de propriedade do agente, impondo-lhe uma perda patrimonial em decorrência da prática de uma infração penal. Com efeito, a imposição da pena mencionada implica a perda, em favor do Estado, de bens e valores adquiridos de forma lícita e, portanto, que pertençam ao patrimônio do condenado. Entende-se como *bem* a coisa material (móvel ou imóvel) ou imaterial que possui valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica, e como *valor* os papéis representativos

de uma soma em dinheiro, como os títulos de crédito, as ações e outros papéis negociáveis em Bolsa de Valores.¹

Cezar Roberto Bitencourt sustenta que a expressão *perda de bens e valores* é redundante ou inconstitucional. Redundante porque o vocábulo *bens* compreende o termo *valores*. Em caso contrário, tratando-se de vocábulos com sentidos diversos, a expressão seria inconstitucional, pois a Constituição (art. 5.º, XLVI, *b*) refere-se apenas a *perda de bens*, nada mencionando sobre *perda de valores*.² A redundância apontada pelo autor parece evidente, porém, mesmo que os vocábulos tivessem sentidos diversos não haveria inconstitucionalidade por ausência de previsão do termo *valores* na Constituição. Ocorre que o dispositivo constitucional mencionado (art. 5.º, XLVI) estabelece um rol de sanções meramente exemplificativo, e não taxativo, o que possibilita ao legislador ordinário inserir no ordenamento jurídico sanções novas e diversas, desde que compatíveis com os princípios e fundamentos consagrados na Carta Magna.

O destino dos bens e valores confiscados deve ser o Fundo Penitenciário Nacional, ressalvados os casos expressamente previstos na legislação especial. Como exemplo dessa ressalva legal, costuma-se mencionar o art. 34 (*caput* e § 13) da Lei de Tóxicos,³ o qual prevê a apreensão e o confisco de veículos e instrumentos utilizados na prática do tráfico de entorpecentes, e destina o produto da alienação ao Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, bem como o art. 243 da Constituição que estabelece a possibilidade de expropriação de terras destinadas ao cultivo de substâncias entorpecentes. Entretanto, tais dispositivos não se referem à pena criminal de perda de bens e valores, mas sim ao efeito da condenação, no primeiro caso, e a uma espécie extraordinária de expropriação de terras, por parte da Administração, no segundo. O assunto será

¹ DOTTI, R. A. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 111; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 135-136; JESUS, D. E. de. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. Ob. cit., p. 150.

² *Novas penas alternativas*. Ob. cit., p. 122-123.

³ De acordo com a nova redação conferida pela Lei 9.804/1999.

retomado, porém, quando se analisar a aplicação da pena de perda de bens aos casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

7.2 NATUREZA JURÍDICA

A pena de perda de bens e valores identifica-se com a pena de confisco parcial de bens, não havendo motivos para se evitar a comparação ou forçar distinções de natureza formal. Substancialmente, a perda de bens implica a transferência de bens de propriedade do condenado ao Estado, ou seja, confisco de bens. Trata-se, portanto, de cominar e aplicar o confisco de bens como sanção penal.

Cezar Roberto Bitencourt, que é contrário à utilização da pena referida, afirma o seguinte:

A definição atribuída pela lei à pena de “perda de bens e valores” não corresponde à sua natureza jurídica e ao seu retrospecto histórico, não passando de uma ficção político-jurídica para impor uma sanção repudiada na maioria dos países democráticos de direito.⁴

Em seguida, após afirmar que a Constituição instituiu a pena de confisco sob a “disfarçada e eufemística” expressão perda de bens, o autor acrescenta que os constituintes brasileiros “não tiveram, contudo, a coragem de denominá-la corretamente: *pena de confisco*”.⁵ Razão assiste ao autor nesse aspecto, ou seja, a pena de perda de bens e valores caracteriza-se como verdadeira *pena de confisco parcial de bens*.

Tratando-se a pena de perda de bens e valores de autêntica pena de confisco parcial, a natureza jurídica da sanção revela-se

⁴ Ibidem, p. 119-120. Ressalte-se que, conforme demonstrado no capítulo relativo ao direito penal estrangeiro e internacional, a pena de confisco é utilizada atualmente por inúmeros países de tradição democrática como França e Estados Unidos da América.

⁵ Ibidem, p. 120.

evidente e inequívoca, ou seja, pena pecuniária ou patrimonial. Nesse sentido, não deve prevalecer a posição sistemática adotada pelo legislador que cominou a perda de bens e valores como pena restritiva de direitos (art. 43 do CP), visto que inexistente restrição ao exercício de um direito, mas a perda do direito de propriedade e conseqüente redução patrimonial.

Merece registro o fato, já analisado anteriormente de forma genérica, de que a pena de perda de bens e valores não se confunde com o denominado *confisco especial* (comisso dos instrumentos e produtos do delito). A primeira figura caracteriza-se como sanção penal (art. 43, II, do CP) e a segunda como efeito da condenação penal (art. 91, II, do CP). A doutrina recente distingue claramente as duas figuras jurídicas na legislação em vigor, ressaltando que a diferença principal reside na origem dos bens confiscados, ou seja, na pena de perda de bens o condenado perde bens que pertencem ao seu patrimônio e que foram adquiridos de forma lícita, ao passo que no confisco especial (efeito da condenação) os bens atingidos são ilícitos por natureza ou obtidos de forma ilegal.⁶

Além disso, o destino dos bens confiscados, ou dos recursos provenientes com a alienação dos bens, diferencia a pena do efeito da condenação. No caso da pena de perda de bens, os bens ou recursos serão destinados ao Fundo Penitenciário Nacional, conforme determinação expressa contida no art. 45, § 3.º, do Código Penal. Neste ponto, Luiz Flávio Gomes lembra que alguns Estados brasileiros recolhem o valor das multas penais aos respectivos Fundos Penitenciários Estaduais e, sendo assim, igual providência pode ser tomada em caso de aplicação da pena de perda de bens e valores.⁷ Por outro lado, os bens ou recursos obtidos por meio

⁶ FRANCO, A. S.; STOCO, R. (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 935; BITENCOURT, C. R. *Novas penas alternativas*. Ob. cit., p. 122; DOTTI, R. A. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 111; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 136; JESUS, D. E. de. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. Ob. cit., p. 150.

⁷ *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 136.

do confisco especial (efeito da condenação) devem ser destinados à União como receita não tributária.

Importante registrar a posição de René Dotti quanto ao caráter compensatório da pena de perda de bens e valores, sendo esta "aplicável exclusivamente nas hipóteses em que o crime produza um prejuízo economicamente demonstrável ou quando o agente ou terceiro tenham auferido um proveito de igual natureza com a prática da infração".⁸ Isto porque a própria lei impõe, como critério para a fixação da pena, a observância de um valor limite (teto), ou seja, o que for maior entre o prejuízo causado e o provento obtido pelo agente ou terceiro com o delito (art. 45, § 3.º, do CP). Destarte, se o aplicador deve fixar a pena com base no valor do prejuízo causado ou no valor obtido com o delito, conclui-se que a pena só pode ser aplicada quando houver a possibilidade de aferir tais valores.

Entretanto, há que se observar a aplicabilidade da pena referida em grande quantidade de casos, tendo em vista que a maioria dos delitos causa prejuízo econômico efetivo ou acarreta vantagens econômicas indevidas ao agente ou a terceiros. Diante disso, algumas hipóteses de aplicação da pena de confisco serão analisadas em momento oportuno, ou seja, em capítulo especificamente destinado ao tema.

Importante consignar, ainda, que a perda de bens e valores foi relacionada entre as penas restritivas de direitos e, portanto, caracteriza-se como pena autônoma, porém substitutiva da pena privativa de liberdade. Assim, a perda de bens não pode ser aplicada em conjunto com a prisão, mas apenas em substituição a esta, cumulada ou não com a pena de multa. A substituição da prisão por perda de bens só é possível, portanto, quando preenchidos os requisitos básicos previstos no art. 44, incisos I a III, do Código

⁸ O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 112. A natureza compensatória da perda de bens, porém, não pode ser confundida com qualquer conceito de indenização, até porque esta pena pode ser imposta quando não se verifica prejuízo econômico a uma vítima determinada (ex.: tráfico de drogas). Trata-se de reparação social e não econômica.

Penal, quais sejam: aplicada pena de prisão inferior a quatro anos e inexistência de violência contra pessoa, ou nos crimes culposos independentemente da pena aplicada; réu não reincidente em crime doloso (ressalvada a hipótese do art. 44, § 3.º, do CP); e condições e circunstâncias favoráveis que revelem a suficiência da substituição (além das regras impostas pelos parágrafos do dispositivo mencionado).

7.3 CONSTITUCIONALIDADE

Em um primeiro momento, alguns autores negaram a instituição da pena de confisco pelo art. 5.º, XLVI, *b*, da Constituição, sustentando que o direito de propriedade admite apenas a ressalva da desapropriação com indenização prévia e justa, e que a perda de bens prevista no dispositivo mencionado refere-se ao perdimento de bens decorrente de enriquecimento ilícito na função pública e ao comisso de bens como efeito da condenação penal.⁹ Outros, porém, reconheceram de imediato o caráter de sanção penal (pena) da previsão constitucional, admitindo a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer a pena de perda de bens no sistema penal brasileiro.¹⁰

Atualmente, a grande maioria dos penalistas nacionais reconhece que a intenção do constituinte foi a de possibilitar a perda de bens como sanção penal,¹¹ mormente para os casos de crimi-

⁹ FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Ob. cit., p. 62.

¹⁰ CRETILLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ob. cit., v. 1, p. 507; CERNICCHIARO, L. V. *Direito penal na constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 104; SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67-77.

¹¹ DOTTI, R. A. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 112; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 135; JESUS, D. E. de. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de*

nalidade conhecida como *crime de colarinho branco*, embora alguns discutam a incompatibilidade da perda de bens em relação aos princípios contidos na Constituição Federal.¹²

A previsão constitucional, porém, não deixa dúvidas quanto à existência da sanção penal de perda de bens na nova ordem constitucional inaugurada com a Carta de 1988. Primeiro porque o art. 5.º, XLVI, *b*, embora contendo rol exemplificativo (“entre outras”), prescreveu expressamente a perda de bens como espécie de pena a ser adotada¹³ pelo legislador ordinário; segundo porque o art. 5.º, XLVII, ao estabelecer rol taxativo das penas proibidas, não incluiu a pena de confisco entre as vedações constitucionais, ao contrário do ocorreu em textos anteriores. Infere-se, portanto, que a perda de bens e valores, conforme prescrição contida no art. 43, II, e no art. 45, § 3.º, do Código Penal (redação da Lei 9.714/1998), encontra amparo no texto constitucional, o qual estabeleceu

novembro de 1998. Ob. cit., p. 150; MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. Ob. cit., p. 269; LOPES, M. A. R. Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 371.

¹² BITENCOURT, C. R. *Novas penas alternativas*. Ob. cit., p. 122-123. O autor sustenta a inconstitucionalidade da pena de perda de bens, pois o art. 5.º, XLV, da CF/1988 possibilitaria ofensa aos princípios da personalidade e da individualização da pena. Argumenta que o dispositivo mencionado é norma constitucional inconstitucional.

¹³ Critica-se a expressão *adotará* empregada pelo constituinte, tendo em vista que a lei estabelece ou comina penas, mas não adota esta ou aquela. Cretella Júnior afirma que “a terminologia do direito constitucional-penal e a precisão de linguagem exigem que se empregue o vocábulo exato, técnico, preciso. Em vez de ‘adotar pena’, deveria o legislador constituinte ter empregado a expressão ‘estabelecerá pena’, ‘cominará pena’, ‘capitulará pena’, ao referir-se à *lei ordinária*. O legislador, sim, pode adotar esta ou aquela ‘orientação’, mas ‘a lei não adota pena’, o que não tem sentido. O vocábulo ‘adotar’ pressupõe sempre sujeito ativo e este é o titulado a fazer a regra regulamentadora do dispositivo constitucional” (CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ob. cit., v. 1, p. 506).

orientação programática ao legislador ordinário para tal regulamentação em nível infraconstitucional.

A intangibilidade do direito de *propriedade* também é insuficiente para impedir o estabelecimento da pena examinada. Primeiro porque a própria Constituição estabeleceu uma espécie de expropriação de bens que independe de indenização prévia (art. 243 da CF). Segundo porque a *liberdade* também é prevista como direito fundamental inviolável pela Constituição e, nem por isso, a pena privativa de liberdade foi ou será erradicada do ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, Mauricio Antônio Ribeiro Lopes¹⁴ esclarece que o texto constitucional estabelece uma ordem hierárquica de importância ao explicitar quais são os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5.º, *caput*, da CF).¹⁵ Destarte, observando-se a ordem adotada pelo constituinte, seria possível afirmar, de forma aqui resumida e ilustrativa, que o direito à vida é hierarquicamente superior ao direito de propriedade e, por isso, deve aquele merecer tutela mais ampla e efetiva por parte do Estado, ou ao menos proporcional à sua importância.

Adotando-se a teoria mencionada, verifica-se facilmente que a liberdade é direito fundamental tanto quanto a propriedade, mas de categoria hierárquica superior a esta. Ademais, tal conclusão parece bastante lógica e aceitável em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, conforme previsão contida no art. 1.º, III, da Constituição. Portanto, inexistem motivos razoáveis ou plausíveis para que a pena privativa de liberdade seja admitida, e a pena de perda de bens seja vedada, o que já foi objeto de específica e acurada observação por parte de alguns pensadores do Direito.¹⁶

¹⁴ *Teoria constitucional do direito penal*. Ob. cit., p. 647-688.

¹⁵ Art. 5.º da CF/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁶ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Ob. cit., p. 420; DOTTI, R. A. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 112.

Também não há se falar que a pena de perda de bens possui caráter perpétuo e, portanto, encontra obstáculo no art. 5.º, XLVII, da Constituição Federal. Ocorre que a perda de bens e valores caracteriza-se como pena não mensurável em relação ao tempo de cumprimento,¹⁷ ou seja, é espécie de pena que deve ser fixada em valor e, nesse sentido, é mensurável, mas não em período de tempo dentro do qual a pena deve ser cumprida. Com efeito, se a pena de perda de bens não pode ser mensurável quanto ao tempo de cumprimento, não há como classificá-la como pena de caráter perpétuo.

Além disso, a perda patrimonial sentida pelo condenado em caso de confisco é tão perpétua quanto a perda da liberdade para o condenado em caso de prisão, pois o detento jamais poderá reviver em liberdade o período de sua vida que esteve encarcerado. A perda de bens e valores, portanto, encontra limites legais expressamente estabelecidos, não se confundindo com a confiscação total e perpétua de bens do condenado.

Por outro lado, Mauricio Ribeiro Lopes observa, com razão, que a perda de bens futuros, de existência incerta e adquiridos após a sentença condenatória, deve ser vedada, tendo em vista que perpetuaria a condenação criminal, tornando-se inconstitucional (art. 5.º, XLVII, *b*, da CF/1988).¹⁸

Vale lembrar, ainda, que um dos principais argumentos utilizados para fundamentar as críticas à pena de confisco, ou seja, a extensão de efeitos da punição sobre os familiares do condenado, não se justifica perante a sanção penal estabelecida pela Lei 9.714/1998. Primeiro porque a pena de perda de bens e valores é limitada

¹⁷ GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 128. Por outro lado, Cezar Bitencourt discorda da orientação que classifica a perda de bens e a prestação pecuniária como penas imensuráveis ou não mensuráveis, afirmando que todas as penas são mensuráveis, mudando-se apenas os critérios de medição quando se trata de penas pecuniárias (*Manual de direito penal: parte geral*. Ob. cit., p. 480).

¹⁸ Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 369.

ao valor do prejuízo ou do proveito obtido, o que representa diferença significativa em relação ao confisco total de bens utilizado em outros tempos. Ademais, mesmo que o limite fosse maior (ex.: o dobro do dano ou do proveito), a consequência não seria muito diversa do que ocorre com a pena de multa, o que justifica sua imposição. Segundo porque a mera comparação com a pena privativa de liberdade desmente o argumento, pois a doutrina sempre reconheceu os efeitos (indiretos) negativos da prisão sobre os familiares do condenado, sendo antigo o exemplo da esposa que se vê impelida à prostituição ou a serviços degradantes em virtude da necessidade econômica derivada do encarceramento do marido.¹⁹

Por fim, merece registro e transcrição os argumentos contidos na Exposição de Motivos da Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, nos quais o então Ministro da Justiça Nelson Jobim sustenta a constitucionalidade e a conveniência política da pena de perda de bens e valores:

(...)

8. Novidade mesmo ocorre com a adoção da pena de perda de bens, dando consequência ao disposto no art. 5.º, XLVI, *b*, da Constituição Federal. Vozes respeitáveis se insurgem contra esta pena, a não ser na forma de reparação de danos ou perdimento de bens vinculados ao crime, seja por utilização para a prática do delito, seja como produto ou proveito da ação delituosa. Na realidade, essas modalidades já estão inscritas no art. 91 do Código Penal, dispositivo recepcionado pela Constituição em vigor, como efeitos da condenação, e não como pena criminal.

9. Há equívoco em confundir a perda de bens com mero confisco. Pelos argumentos normalmente invocados, confisco seria também a pena de multa, consistente em retirar do patrimônio do condenado determinada soma em dinheiro, que pode chegar a mil e oitocentos salários mínimos, de acordo com o art. 49 do CP, até dezoito mil salários mínimos, no caso de crimes contra o sistema financeiro (art. 33 da Lei 7.492/1986).

¹⁹ MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Ob. cit., v. 3, p. 151; LUISI, L. *Os princípios constitucionais penais*. Ob. cit., p. 36.

10. Também não deve prosperar a intangibilidade do direito de propriedade, a não ser pela desapropriação. A multa desautoriza tal raciocínio. Além do mais, a pena privativa de liberdade também é negação de um direito tão fundamental quanto o de propriedade, e ninguém ousa taxá-la de inconstitucional.

11. Convém lembrar que o repúdio ao confisco na ordem tributária tem por fundamento a injustiça de tributos que “pela sua taxação extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, sem o pagamento da correspondente indenização ao contribuinte”. E a pena bem aplicada não é uma injustiça, é uma necessidade para a permanência da coesão social.

12. Se a adoção da pena de perda de bens é oportuna ou conveniente – o CNPCP²⁰ entende que urge sua positivação –, caberá ao Congresso Nacional deliberar.

7.3.1 Princípio da personalidade da pena

O princípio constitucional da personalidade da pena, também conhecido como pessoalidade ou intranscendência, encontra-se previsto art. 5.º, XLV, da Constituição Federal. De acordo com o princípio mencionado, a pena não pode atingir bens jurídicos não pertencentes ao condenado, ou seja, apenas o condenado deverá sofrer a punição decorrente do delito que cometeu.

A importância do princípio em tela pode ser comprovada por meio da evolução histórica do direito penal. Com efeito, em tempos antigos, as penas corporais, pecuniárias ou infamantes poderiam atingir todo o grupo social, ou ainda, os familiares do condenado. Entre nós, o exemplo mais utilizado pela doutrina é a repugnante condenação de Tiradentes que, além de enforcado, teve *todos* os seus bens confiscados e a infâmia lançada aos seus descendentes, até a terceira geração (filhos e netos).

Sobre a responsabilidade pessoal do condenado, assim manifestou-se Giuseppe Bettiol:

²⁰ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Do caráter aflitivo deriva também para a pena o caráter pessoal, no sentido de que pode ser submetido à pena somente quem cometer o crime. Não há responsabilidade penal por fato alheio, diversamente do que ocorre em relação às sanções civis. A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal. Deve-se notar que, nestes últimos tempos, em várias leis penais especiais, foram criadas infelizmente presunções de culpabilidade, de participação num fato alheio que ferem via de regra o princípio de que não se pode punir por motivo algum quem não participou, de algum modo, da prática de um crime. A responsabilidade penal, assim como não se comunica a estranhos, não se transmite aos herdeiros.²¹

Diante disso, seria simples afirmar que a pena de perda de bens e valores não pode atingir bens de terceiros inocentes e, portanto, não poderia ser executada contra os sucessores do condenado. Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, a segunda parte do dispositivo constitucional que prescreve a personalidade da pena originou séria divergência na doutrina ao estabelecer que poderão “a obrigação de reparar o dano e a decretação do *perdimento de bens* ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Luiz Flávio Gomes afirma que a perda de bens e valores, assim como a prestação pecuniária (que classifica como espécie de reparação de danos antecipada), seriam exceções constitucionais ao princípio da personalidade da pena, o que não ocorreria com a pena de multa por ausência de previsão constitucional. A posição do autor foi manifestada nos seguintes termos:

A perda de bens, como sanção que é, constitui uma denominação genérica e envolve toda e qualquer transfe-

²¹ *Direito Penal*. Ob. cit., p. 85.

rência ou adjudicação de bens do particular para o Estado, seja em decorrência de enriquecimento ilícito (com prejuízo ao erário público), seja em consequência do confisco (CP, art. 91), seja enfim como efeito da nova pena de “perda de bens” (CP, art. 45, § 3.º). Assim compreendido o Texto Constitucional, cabe concluir o seguinte: a premissa básica (humanitária e secular) parte do respeito ao princípio da responsabilidade pessoal (personalidade). Mas essa regra, por força de expresse mandamento constitucional (art. 5.º, inc. XLV, segunda parte), comporta duas exceções: a) obrigação de reparar o dano (decorrente do delito); b) decretação do perdimento de bens (em qualquer das hipóteses mencionadas).²²

De fato, a expressão *perda de bens*, assim como *confisco*, pode compreender as três espécies mencionadas e reconhecidas pelo autor, quais sejam, a sanção penal (art. 43, II, do CP), a sanção administrativa (art. 12, I e II, da Lei 8.429/1992) e o efeito da condenação penal (art. 91, II, do CP). Entretanto, com a devida vênia, não parece que a expressão *perdimento de bens*, contida na segunda parte do art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, deva ser entendida em sentido amplo, ou seja, abrangendo as três figuras mencionadas. Não obstante a falta de técnica legislativa do constituinte, que deixou de prever o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito ou dano ao erário entre as sanções estabelecidas para abusos na administração pública (art. 37, § 4.º, da CF/1988), mister se faz distinguir os institutos jurídicos e as esferas civil e criminal para uma necessária harmonização na interpretação do dispositivo constitucional em tela.

Inicialmente, ressalte-se que o constituinte utilizou expressões distintas e tradicionalmente utilizadas nas Cartas anteriores com significados diferentes para denominar a sanção administrativa (*perdimento de bens* – art. 5.º, XLV) e a sanção penal (*perda de bens* – art. 5.º, XLVI, b). Nesse sentido, cumpre observar que as Constituições anteriores utilizaram a expressão *perdimento de bens*

²² *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 138.

para designar sanção sem natureza criminal, inclusive especificando que não se tratava de sanção penal. Além disso, o vocábulo *pena* não deve ser entendido como expressão de uso exclusivo do direito penal,²³ até porque outros ramos do Direito o utilizam, como é o caso das *cláusulas penais* previstas no Código Civil e das sanções administrativas previstas na Lei 8.429/1992 que o legislador ordinário denominou *penas*. Infere-se, portanto, que a expressão *pena* contida no art. 5.º, XLV, da Constituição (“nenhuma *pena* passará da pessoa do condenado”) foi empregada pelo constituinte em sentido amplo e genérico, ou seja, a referência não é apenas à sanção penal, mas a todas as espécies de sanções. Nesse sentido, a exceção prevista na seqüência do dispositivo constitucional (“podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores”) não se refere à sanção penal, ou seja, não cria exceção para o caso de sanção penal, mas sim às espécies de consequências jurídicas expressamente mencionadas pelo constituinte, quais sejam, a *reparação do dano* (sanção administrativa – art. 12, I a III, da Lei 8.429/1992 ou efeito civil na condenação criminal – art. 91, I, do CP) e o *perdimento de bens* (sanção administrativa – art. 12, I e II, da Lei 8.429/1992 ou efeito civil na condenação criminal – art. 91, II, do CP).

Com efeito, a expressão *perdimento de bens* contida no art. 5.º, XLV da Constituição Federal deve ser entendida precipuamente como hipótese de sanção administrativa, cuja regulamentação legal ocorreu com a superveniência da Lei 8.429/1992 (art. 12, I e II), mormente pela previsão tradicional do instituto nos textos constitucionais brasileiros.²⁴ Além disso, a expressão mencionada abrange também o confisco como efeito civil da condenação

²³ Fábio Medina Osório afirma o seguinte: “De fato, a expressão ‘pena’, reafirmo, é utilizada até no direito privado, v.g., cláusulas penais, sem que tais previsões contratuais tenham merecido a marca de normas criminais. Daí que seria um caminho interpretativo muito pobre, *data venia*, este de considerar que a expressão ‘pena’ designaria sempre uma resposta do direito penal a um fato ilícito” (*Direito administrativo sancionador*. Ob. cit., p. 147).

²⁴ Cf. art. 141, § 31, da CF/1946; art. 150, § 11 da CF/1967; art. 153, § 11, da CF/1969, e redação da EC 11/1978.

criminal (art. 91, II, do CP), já que acompanha, na disposição constitucional, a obrigação de reparar o dano, que, da mesma forma, pode ser entendida como sanção administrativa e como efeito civil da condenação criminal.

Analizando-se os dispositivos da Lei 8.429/1992 (arts. 6.º, 8.º e 12), percebe-se nítida influência do texto constitucional sobre o diploma legal mencionado, pois a Constituição previu a possibilidade de perdimento de bens em relação aos sucessores "nos termos da lei", ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa apenas regulamentou o perdimento de bens como sanção administrativa, inclusive possibilitando a execução contra os sucessores do infrator, conforme permissão (orientação) constitucional. Por outro lado, comparando-se a redação do art. 91 do Código Penal com a redação do art. 5.º, XLV, da Constituição, percebe-se também certa semelhança entre ambos. A expressão *perdimento de bens*, portanto, significa sanção administrativa para o caso de infração contra a Administração Pública, tendo em vista que tal expressão foi tradicionalmente utilizada nesse sentido por diversas Constituições brasileiras, porém não deixa de abranger o confisco como efeito civil da condenação criminal, inexistindo qualquer óbice constitucional para tal interpretação.

Nesse sentido, compreende-se que as obrigações civis se transmitam aos sucessores do devedor, pois o patrimônio particular, e assim também o do espólio (ou herdeiros), é constituído pelo ativo menos o passivo, o que justifica a transferência da obrigação até o limite do patrimônio transferido aos sucessores do *de cujus*. Por outro lado, não parece razoável que os sucessores respondam pela condenação criminal do condenado, ainda que a pena imposta seja de natureza pecuniária, pois este tipo de sanção não perde sua natureza penal depois de efetivamente aplicada,²⁵ bem como não impede a busca da indenização no juízo cível. A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente e por isso a sanção penal só deve ser aplicada quando verificada a culpabilidade do mesmo, o que confere à pena criminal um caráter essencialmente pessoal e intransferível.

²⁵ BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal: parte geral*. Ob. cit., p. 507.

Além do óbice da intranscendência da pena, não se pode olvidar que na esfera penal a morte do agente se constitui na primeira causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, do CP), com o que a persecução penal se torna ilegítima. A punibilidade, segundo ensinamento de Antolisei,²⁶ é a aplicabilidade da pena, ou seja, a possibilidade jurídica de se aplicar a sanção penal, e surge para o Estado como consequência do delito praticado. Diante desse conceito, depreende-se que a causa extintiva da punibilidade implica renúncia, por parte do Estado, do exercício do direito de punir (*jus puniendi*).²⁷ Nesse sentido, se a morte do acusado é causa de extinção da punibilidade, o que implica renúncia pelo Estado do *jus puniendi*, a imposição ou a execução de qualquer sanção penal nesta hipótese estaria carente de legitimação.

A punição dos sucessores do condenado por meio de sanção penal, além de ilegítima pela ausência de punibilidade, revela-se também inútil e desnecessária, tendo em vista que os instrumentos jurídicos previstos na legislação civil, ou aqueles relativos aos efeitos civis previstos na lei penal, são suficientes para reparar os danos causados, inclusive eventuais danos morais, e restabelecer o *status quo ante*. Por outro lado, os sucessores do condenado não merecem a reprovação do fato por meio da pena, que representa evidente juízo de desvalor ético-social, bem como estariam ausentes quaisquer das finalidades preventivas (positivas) atribuídas à sanção penal.

Não se pode olvidar, ainda, que a pena de perda de bens e valores incide sobre o patrimônio lícito do condenado, motivo pelo qual a proteção jurídica mais ampla e inflexível em relação à intranscendência da pena está perfeitamente justificada. Por outro lado, o perdimento de bens como sanção administrativa e o confisco especial como efeito da condenação acarretam a expropriação do patrimônio ilícito, ou seja, dos instrumentos ou produtos da infração cometida, justificando a perseguição deste patrimônio até mesmo após a morte do agente. Também não há se falar que as consequên-

²⁶ *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 531.

²⁷ MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. Ob. cit., p. 382; BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal: parte geral*. Ob. cit., p. 663; PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 489.

cias de natureza civil, por alcançarem os sucessores do agente, seriam mais gravosas que a própria sanção penal, pois esta gera perda de patrimônio lícitamente adquirido, ao passo que aquelas medidas apenas restabelecem a situação anterior à infração. A pena de perda de bens e valores, portanto, é consequência objetivamente mais grave que a sanção administrativa de perdimento de bens ou que o confisco especial como efeito da condenação.

Acrescente-se que a prestação pecuniária é sanção de natureza penal,²⁸ cuja imposição também implica certo desvalor ético-social quanto à conduta do agente, motivo pelo qual não pode ser confundida com a reparação civil dos danos. O fato de a lei possibilitar a dedução de seu valor em caso de eventual condenação cível (art. 45, § 1.º, do CP), não lhe retira a natureza penal, ou seja, não a transforma em mera obrigação de reparar o dano. Até porque a mencionada dedução só é possível quando coincidentes os beneficiários da sanção, ou seja, se o destinatário do valor imposto ao condenado não for a vítima, mas sim entidade com destinação social, será impossível a dedução no juízo cível. Destarte, se a prestação pecuniária não se caracteriza em todos os

²⁸ Este argumento (prestação pecuniária é sanção de natureza penal), inclusive, é utilizado por Luiz Flávio Gomes para justificar a possibilidade de conversão da pena mencionada em prisão (GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 132). Entretanto, se a natureza jurídica da prestação pecuniária é penal, e não civil, não se justifica o argumento utilizado no sentido de que sua execução contra os sucessores do condenado é possível porque se trata de espécie de reparação de danos e o art. 5.º, XLV da CF/1988 também menciona reparação de danos. A previsão constitucional da reparação de danos refere-se à responsabilidade civil (e não penal), que é cumprida através da reparação dos danos causados, tanto materiais quanto morais, e que já podia ser exigida dos sucessores na legislação infraconstitucional, observado o limite do patrimônio transferido. O mesmo pode ser dito em relação à pena de multa, pois esta sanção possui natureza penal e, justamente por esse motivo, não pode ser executada contra os sucessores do condenado. Além disso, a multa não se converte em prisão por expressa disposição legal, motivada por razões de política criminal, e não porque possui natureza civil e estaria impedida de converter-se em pena privativa de liberdade.

casos como reparação de danos, não poderia também, nestes casos, ser executada contra os sucessores do condenado. Diante disso, não parece razoável entender que a referência feita pelo art. 5.º, XLV, da Constituição Federal à reparação do dano inclua a pena de prestação pecuniária, assim como a referência ao *perdimento de bens* não pode abranger a pena de *perda de bens e valores*.

Infere-se, portanto, que a segunda parte do art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, que prevê a transmissão do perdimento de bens e da obrigação de reparar o dano aos sucessores, não se caracteriza como exceção ao princípio da personalidade da pena enquanto sanção penal, mas sim como confirmação do próprio princípio constitucional na medida em que estabelece apenas a transcendência de sanções extrapenais ou dos efeitos cíveis de condenação criminal aos sucessores do condenado.²⁹

7.4 ASPECTOS DOGMÁTICOS (LEI 9.714/1998): LIMITE, EXECUÇÃO E CONVERSÃO

O art. 45, § 3.º, do Código Penal, de acordo com a redação dada pela Lei 9.714/1998, estabeleceu limite claro para a fixação da pena pelo magistrado, ou seja, seu valor máximo deverá corresponder ao montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou terceiro com a prática do delito, prevalecendo o que for maior.

Há que se observar, conforme o faz Tiedemann,³⁰ que em alguns casos o valor máximo da pena de perda de bens deveria

²⁹ Alberto Silva Franco, ao comentar sobre a pena de perda de bens e valores, enfatiza que os bens devem ser de propriedade do condenado, evitando-se lesão ao princípio constitucional da personalidade da pena (STOCO, R. (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Ob. cit., p. 935). Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, analisando o sistema espanhol, afirmam que como a pena possui caráter pessoal, deve extinguir-se com a morte do réu, o que não ocorre com a responsabilidade civil que subsiste contra seus herdeiros (*Lecciones de derecho penal*. Ob. cit., p. 227).

³⁰ Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ob. cit., p. 25.

ultrapassar o valor do dano causado ou do proveito obtido, pois em caso contrário o agente nada sofre, apenas restabelece a situação anterior por meio de seu patrimônio. A finalidade preventiva da pena fica sensivelmente prejudicada, visto que a sanção penal se transforma em mero ato atributivo de responsabilidade civil, não obstante sua natureza penal. Não se pretende, com isso, justificar a indiscriminada e abominável confiscação total dos bens do condenado, pois a lei deve sempre fixar limites máximos razoáveis e proporcionais para a pena. Porém, o limite máximo da pena pecuniária deveria ser superior ao dano causado e ao proveito obtido, sob pena de se impor, em determinadas situações, uma sanção penal sem qualquer finalidade preventiva e com objetivo meramente indenizatório.³¹

Entretanto, a legislação em vigor não estabelece outras regras para a fixação da pena, inexistindo também previsão legal para a execução da perda de bens e valores. Diante disso, o juiz deverá fixar na condenação o valor correspondente aos bens que serão confiscados, considerando a culpabilidade do agente pelo fato, a situação econômica do réu e os limites estabelecidos na lei (o valor maior entre o dano causado e o proveito obtido).³² Havendo o

³¹ Francesco Carrara sustenta que a pena pecuniária deve sempre ser despida, na lei criminal, de qualquer idéia de indenização, sob pena de se possibilitar a execução em desfavor de herdeiros, a responsabilização de terceiros e problemas com a solidariedade dos co-delinquentes (*Programa de Direito Criminal*. Ob. cit., p. 137). Na legislação brasileira, a perda de bens e valores não possui caráter indenizatório, ou seja, não se destina à vítima e pode ser aplicada quando não ocorre prejuízo econômico, exigindo-se neste caso o proveito desta natureza ao agente.

³² GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 136. Até porque a lei menciona “teto”, ou seja, admite a possibilidade de fixação em menor valor. Por outro lado, Mauricio Ribeiro Lopes sustenta que o limite estabelecido pela lei não se caracteriza como margem penal, pois o legislador não permitiu ao magistrado fixar a pena abaixo do valor correspondente ao prejuízo causado ou ao proveito obtido. “Não há discricionariedade judicialmente consentida para decretar-se a perda de valores tais ou quais que não correspondam ao prejuízo causado ou ao ganho obtido, independentemente de qualquer análise quanto à culpabilidade do

trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução penal deverá ser realizada nos moldes da execução da pena de multa (art. 164 da Lei 7.210/1984), aplicadas as mesmas normas por analogia até que se proceda a regulamentação legal adequada. Destarte, iniciada a execução da sentença, segue-se a indicação de bens a serem penhorados e alienados em hasta pública, recolhendo-se o produto líquido ao Fundo Penitenciário Nacional.

Nada impede que o juiz estabeleça, na sentença, quais bens serão confiscados, desde que existam elementos suficientes para a individualização, localização e avaliação dos bens. Tal procedimento seria, inclusive, preferível e recomendável diante da natureza confiscatória da pena. Entretanto, na maioria dos casos, será necessário fixar o valor de forma genérica, com base no dano ou no proveito obtido, seguindo-se prévia liquidação para fins de execução.

Por fim, mister se faz observar que a doutrina especializada não admite a conversão da perda de bens e valores em pena privativa de liberdade. Argumenta-se que o tratamento judicial da perda de bens e valores deve ser idêntico àquele dispensado à pena de multa, tendo em vista que ambas possuem natureza de pena pecuniária.³³ Luiz Flávio Gomes, por sua vez, parece sustentar a impossibilidade de conversão da perda de bens para prisão, pois afirma que tal pena alternativa não representa qualquer obrigação de fazer ou não fazer, o que impede a caracterização do descumprimento.³⁴ Entretanto, e considerando que a perda de bens e valores representa uma obrigação de entregar coisa certa ou de pagar quantia determinada, o descumprimento poderia se carac-

agente, posto que esta pena não se prende a critérios ordinários do art. 59, em vista de sua função socialmente reparatória e preventiva da ação delitiva" (Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 370).

³³ BITENCOURT, C. R. *Novas penas alternativas*. Ob. cit., p. 124; FRANCO, A. S.; STOCO, R. (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Ob. cit., p. 914-915.

³⁴ *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ob. cit., p. 128.

terizar pela não entrega dos bens confiscados ou pelo simples não pagamento do valor fixado. Além disso, há que se observar a inexistência de disposição legal específica, sendo necessária a utilização da analogia ao art. 51 do Código Penal para impedir a conversão da perda de bens e valores (assim como a prestação pecuniária) em pena privativa de liberdade.

Ressalte-se, porém, que as restrições nacionais e internacionais à prisão civil por dívida pouca influência devem ter sobre as penas pecuniárias e a impossibilidade de conversão destas em prisão. As penas pecuniárias, rotuladas ou não de restritivas de direitos, possuem natureza penal e, embora sua imposição implique uma obrigação de pagar quantia em dinheiro ou entregar bens, não se transformam em meras obrigações civis. Isto porque são utilizadas com finalidades diferentes e possuem destino totalmente diverso (público), o qual revela motivos de política criminal, ausentes quaisquer interesses privados. A impossibilidade de conversão das penas pecuniárias justifica-se mais por obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade da pena (o que deve ser aferido no caso concreto), que pela impossibilidade da prisão por dívida, visto que a prisão, nesse caso, não decorreria de dívida (entendida como obrigação de natureza privada), mas sim da prática de uma infração penal que lesa bem jurídico relevante.

HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES

SUMÁRIO: 8.1 Aplicação aos delitos econômicos em geral: 8.1.1 Lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998); 8.1.2 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986); 8.1.3 Crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/1996); 8.1.4 Crimes contra o consumidor (Lei 8.078/1990); 8.1.5 Crimes contra a economia popular e as relações de consumo (Lei 1.521/1951 e Lei 8.137/1990); 8.1.6 Crimes falimentares (Lei 11.101/2005) – 8.2 Aplicação aos delitos de tráfico de entorpecentes (Lei 6.368/1976) – 8.3 Aplicação aos crimes patrimoniais – 8.4 Aplicação aos delitos praticados por pessoas jurídicas – 8.5 Aplicação aos delitos relacionados a arma de fogo (Lei 10.826/2003).

O art. 45, § 3.º, do Código Penal (Lei 9.714/1998), conforme mencionado, limita a pena de perda de bens e valores ao valor do prejuízo causado ou do provento obtido com a prática do delito. De acordo com René Ariel Dotti, este dispositivo indica que a perda de bens ou de valores “é aplicável exclusivamente nas hipóteses em que o crime produza um prejuízo economicamente demonstrável ou quando o agente ou terceiro tenham auferido um proveito de igual natureza com a prática da infração”.¹ Ressalte-se que

¹ O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. Ob. cit., p. 112.

alguns delitos não causam dano patrimonial a um sujeito passivo imediato, mas acarretam lucro ilícito ao agente ou a terceiro, além de gerar dano patrimonial indireto ao sujeito passivo mediato que é o Estado. São exemplos o tráfico ilícito de entorpecentes, os delitos econômicos, como a lavagem de dinheiro ou crimes contra a ordem tributária, além dos crimes ambientais e de formação de quadrilha, pois todos estes delitos não geram dano patrimonial a uma vítima individualizada, embora produzam proveitos econômicos ao agente e danos indiretos ao Estado. Infere-se, portanto, que a pena de perda de bens e valores pode ser aplicada em delitos que, malgrado não produzam dano patrimonial demonstrável, geram proveito econômico indevido ao agente ou a terceiro.

Nesse sentido, é possível afirmar que a perda de bens e valores é aplicável a muitas espécies de delitos, desde que verificado o prejuízo econômico ou o proveito de igual natureza ao agente ou a terceiro, como por exemplo: delitos tipicamente patrimoniais (furto, dano, receptação, estelionato, apropriação indébita, etc.); crimes contra a propriedade imaterial (arts. 184 a 196 do CP); crimes contra a fé pública (arts. 289 a 311 do CP); crimes contra a administração pública (arts. 312 a 337 do CP); crimes contra a administração da justiça (arts. 338 a 359 do CP); crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950 e Decreto-Lei 201/1967); crimes eleitorais e políticos (Código Eleitoral – Lei 4.737/1965 e eleições – Lei 9.504/1997); tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/1976); crimes ambientais (Lei 9.605/1998); crimes com abuso dos meios de comunicação (imprensa – Lei 5.250/1967) e crimes econômicos em geral (lavagem de dinheiro – Lei 9.613/1998, sistema financeiro – Lei 7.492/1986, propriedade industrial – Lei 9.279/1996, consumidor – Lei 8.078/1990, economia popular – Lei 1.521/1951, ordem tributária – Lei 8.137/1990, falência – Decreto-Lei 7.661/1945, etc.).²

Por outro lado, evidentemente, se não houver prejuízo patrimonial ou proveito de igual natureza, a perda de bens e valores será inaplicável. Com efeito, algumas espécies de delitos são, em regra, incompatíveis com a pena confiscatória, como por exemplo:

² DOTTI, R. A. et. al. op. cit., p. 112-113.

crimes contra a vida (arts. 121 a 128 do CP); periclitação da vida e da saúde (arts. 130 a 136 do CP); crimes contra a honra (arts. 138 a 145 do CP); crimes contra a liberdade individual (arts. 146 a 154 do CP); crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 208 a 212 do CP); crimes contra os costumes (arts. 213 a 234), exceto os delitos de lenocínio e tráfico de mulheres (art. 227 a 231 do CP); crimes contra a família (arts. 235 a 249 do CP); crime de racismo (Lei 7.716/1989); crime de tortura (Lei 9.455/1997); assédio sexual (Lei 10.224/2001) e crimes de trânsito (Lei 9.503/1997).

Diante disso, mister se faz analisar alguns casos em que a aplicação da perda de bens e valores é juridicamente possível e, além disso, considerando os fins da pena, recomendável.

8.1 APLICAÇÃO AOS DELITOS ECONÔMICOS EM GERAL

O direito penal econômico encontra-se em processo de autonomização, movimento este que pode ser percebido em diversos países democráticos e desenvolvidos. Nesse sentido, a sanção penal para os delitos econômicos deve obedecer a fundamentos e limites próprios do direito penal geral, porém com algumas especificidades, de acordo com a natureza da infração praticada.³ Em um primeiro momento, portanto, a fundamentação

³ Nesse sentido, José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade sustentaram a existência de uma penologia própria do direito penal econômico: "Deverá também falar-se em uma *penologia* própria do direito penal econômico, no sentido de este reclamar um sistema punitivo que, para além de um arsenal de novas formas de sanção, implica sobretudo uma impositação original em termos de fundamentação e justificação ética de pena, isto é, uma particular teoria dos fins das penas? A resposta a esta questão não pode deixar de ser, pelo menos em parte e segundo as conclusões do Colóquio, afirmativa" (Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 115).

da sanção penal no direito penal econômico encontra-se também ligada à idéia de prevenção geral e especial, ambas em sentido positivo, bem como no indispensável juízo de culpabilidade para sua aplicação.

A finalidade de prevenção geral positiva da pena justifica-se no direito penal econômico, porque este visa também a proteger verdadeiros bens jurídicos, ou seja, aqueles ligados aos direitos sociais e à organização econômica previstos na Constituição Federal. Sendo assim, a sanção penal cominada ao delito econômico deve proteger tais bens jurídicos, reforçando a importância e a validade da norma violada pelo crime.⁴

Da mesma forma, a prevenção especial assume papel relevante no domínio do direito penal econômico, inclusive com maior eficácia, tendo em vista que o receio da publicidade negativa pode afastar o delinqüente econômico (*white-collar*) de novas práticas ilícitas. Por outro lado, não merece prevalecer o argumento de que este tipo de delinqüente dispensa ressocialização, porque já está integrado à sociedade. Com efeito, conforme sustentado anteriormente, o *white-collar* revela evidente *defeito de socialização*, o

⁴ Jorge de Figueiredo Dias sustenta a finalidade de prevenção geral positiva recusando a noção de que o direito penal econômico não protege verdadeiros bens jurídicos. Afirma o autor português: "Tanto no direito penal geral como no direito penal econômico temos a ver com a ofensa a verdadeiros bens jurídicos: só que os daquele se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de *cada homem* como tal, enquanto os deste se relacionam com a atuação da personalidade *enquanto fenômeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela. Desta forma, de resto, se ligam uns e outros à ordem de valores, ao ordenamento axiológico que preside à Constituição democrática do Estado: simplesmente, enquanto os bens jurídicos do direito penal geral se devem considerar concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, os bens jurídicos do direito penal econômico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica contidos ou pressupostos na Constituição" (Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 126).

que justifica a adoção de métodos estatais para a prevenção de futuros delitos.⁵

Além disso, é certo que o direito penal econômico deve também ser fundado na idéia de culpabilidade, superando-se por completo a idéia de responsabilidade objetiva neste domínio.⁶

Entretanto, Jorge de Figueiredo Dias⁷ sustenta algumas diferenças no momento judicial de aplicação da pena, pois no campo

⁵ Jorge de Figueiredo Dias esclarece: “O grande argumento seria o de que não tem qualquer sentido tentar a socialização de pessoas que – dado o seu alto *status* econômico-social, a respeitabilidade de que se reveste o seu modo-de-vida, a estabilidade da sua inserção comunitária – possuiriam já um alto grau de socialização e não precisariam, por isso, de passar por uma estratégia de ‘recuperação social’. Este argumento, permito-me dizê-lo, não me convence minimamente. Ele continua, em meu parecer, demasiado apegado ainda a uma concepção totalizante – e totalitária... – da recuperação social, como uma espécie de tratamento imposto no sentido da alteração das concepções *globais* do delinqüente. E não é uma concepção destas que poderei augurar um bom futuro. Também o crime econômico revela, em princípio, um *defeito de socialização* – que não tem que ver com a *Weltanschauung* do delinqüente, com a estabilização da sua inserção (cultural, econômica, familiar) na comunidade, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-econômica. Também em vista de um tal defeito se torna uma obrigação para o Estado proporcionar ao delinqüente, como atrás acentuei, o máximo de condições favoráveis para que, no futuro, não volte a cometer crimes” (Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 130-131).

⁶ Segundo Jorge de Figueiredo Dias, o direito penal econômico deve admitir a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, com fundamento na idéia de culpabilidade, sustentando, ainda, que a tipificação de condutas praticadas por essas entidades facilitaria a comprovação da culpa, sempre difícil, em juízo, quando se trata de delito econômico (Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 128-129).

⁷ Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 131-132.

do direito penal econômico é maior a exigência de retribuição da culpabilidade (reprovação), o que acarreta implicações no nível de prevenção de integração (prevenção geral positiva) necessária para manutenção da ordem jurídica. Com base nesse argumento, o autor conclui que a prisão deve ser preferida à pena de multa em caso de delito econômico, não sendo o agente pessoa jurídica, pois o efeito criminógeno seria praticamente nenhum no delinquente econômico, o qual possui condições mais favoráveis de reintegração social e anulação da estigmatização decorrente do encarceramento. O ensinamento do autor português merece ser transcrito:

Assim é que, na escolha entre a pena de prisão e a pena de multa, se torna compreensível que o juiz (quando esteja em causa, evidentemente, a responsabilidade de pessoas físicas), prefira aquela a esta com muito maior frequência do que no direito penal geral. Para além, com efeito, dos argumentos acabados de invocar a nível da retribuição e da prevenção geral positiva, a situação é muito diferente também na perspectiva da prevenção especial. Na realidade, a prisão não terá, relativamente ao delinquente econômico, o mesmo efeito criminógeno que possui relativamente ao delinquente comum: porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; quer porque não haverá em princípio que recear os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que em geral advêm da estigmatização, da distância social, da escassez de oportunidades legítimas, da aquisição de uma identidade e de uma *self-image* delinquente, da entrada numa carreira delinquente.⁸

Nesse sentido, o autor desautoriza os argumentos contrários à pena de prisão de curta duração para os delitos econômicos e lembra que a multa pode ser contabilizada pelo delinquente econômico como custo da empreitada, o que, em última análise, acabaria atingindo os próprios consumidores. Recorre-se, uma vez mais, aos esclarecimentos de Jorge de Figueiredo Dias:

⁸ Idem, *ibidem*, p. 131-132.

Até porque se conhece a facilidade com que a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena ou os efeitos desta se repercutam sobre os operadores económicos situados a juzante e, em definitivo, sobre os consumidores. O que significa – para além da frustração total dos fins da prevenção geral – uma afronta ao princípio da natureza eminentemente pessoal da responsabilidade penal e ao mais elementar sentimento de justiça, pois que por esta via acabam uns por ser penalizados pelos fatos de outros.⁹

No direito penal económico brasileiro, porém, a pena de prisão encontra ampla preferência do legislador, sendo cominada, de forma geral, para a maioria dos tipos penais económicos. Por outro lado, considerando a sistemática de substituição da pena privativa de liberdade prevista no art. 44 do Código Penal, conclui-se que a prisão de curta duração perdeu espaço para as chamadas penas alternativas, as quais são aplicáveis de forma obrigatória quando a pena fixada não é superior a quatro anos, observados os demais requisitos legais.

Diante disso, a pena de perda de bens e valores pode ser utilizada de forma eficaz na substituição da prisão, em delitos económicos, tendo em vista que atende às exigências mencionadas de prevenção geral e especial, além de consistir em medida adequada e proporcional ao tipo de infração praticada e à espécie de bem jurídico lesado. Com efeito, a perda de bens do património lícito do delinquentes, acompanhada do confisco especial dos instrumentos e produtos do delito como efeito da condenação, é medida incisiva e com grande efeito simbólico, que pode estimular o cumprimento das regras económicas ao reforçar a importância da norma violada e da orientação estatal em matéria económica, evitando também novas práticas ilícitas por parte do agente. Além de restaurar a ordem jurídica, a sanção confiscatória também representa reparação da ordem económica, pois acarreta uma perda

⁹ Ibidem, p. 132.

real no patrimônio do delinquente que causou prejuízo econômico, prestigiando as regras e aumentando a confiança no sistema econômico.

No processo de escolha ou determinação judicial da pena (art. 59 do CP), portanto, o juiz deve atentar-se para as particularidades do direito penal econômico, as quais recomendam a aplicação da pena de perda de bens e valores em substituição à prisão. Com efeito, as demais penas alternativas previstas na legislação não atingem o patrimônio do agente, impondo apenas limitações profissionais, como a interdição de direitos ou a prestação de serviços à comunidade, ou limitações no direito de locomoção, como a limitação de fim de semana. Por outro lado, a prestação pecuniária representa, em regra, ressarcimento de danos à vítima, o que nem sempre ocorre nos delitos econômicos, havendo casos em que a vítima não é individualizada, como ocorre no delito de lavagem de dinheiro ou nos delitos contra a ordem tributária e contra a economia popular.

Em relação à pena de multa, importa destacar que a impossibilidade de conversão da multa em prisão (art. 51 do CP) retirou a pequena eficácia que subsistia nesta sanção penal, inviabilizando-a como alternativa penal para determinados delitos. Por outro lado, a pena de perda de bens possui um caráter simbólico maior e mais acentuado que a pena de multa, o que atende aos altos níveis de prevenção geral integradora exigidos pelo direito penal econômico. Acrescente-se que a imposição da perda de bens não exclui o confisco especial como efeito genérico e automático da condenação criminal.

Em um dos poucos artigos escritos sobre o tema, Andreas Eisele ressalta a eficácia da pena de perda de bens e valores no combate à criminalidade econômica:

A modalidade de pena restritiva de direitos de maior eficácia na repressão à criminalidade econômica é a perda de bens e valores, devido à intenção do agente em face do caráter da conduta e conteúdo do bem jurídico penalmente tutelado. Como o móvel que impele o agente à prática de um crime de tal natureza é a perspectiva da vantagem econômica a ser obtida com o resultado do delito, a punição

de cunho financeiro consistente não apenas no dever de reparação do dano causado à vítima, mas na perda cumulativa de bens e valores em volume compatível com o dano causado ou o provento obtido, é o fator de prevenção mais eficaz dentre os previstos na legislação penal. De fato, não há punição mais eficiente para a ganância que o prejuízo, de modo que a possibilidade economicamente desfavorável, por certo, inibirá muitas das iniciativas de locupletamento ilícito a serem perpetradas mediante condutas penalmente tipificadas.¹⁰

Corroborando a importância e a adequação da pena confiscatória, no caso brasileiro a perda de bens e valores, em sede de direito penal econômico, cabe lembrar que o confisco já havia sido recomendado como alternativa penal em setembro de 1982 no Colóquio Preparatório da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em Freiburg.¹¹

Não se pode olvidar, porém, que as considerações feitas em relação às finalidades da pena no direito penal econômico, com suas diferenças e especificidades em relação ao direito penal geral, podem levar o intérprete e aplicador da lei a uma outra solução. Assim, no caso concreto, a indispensável análise da culpabilidade do agente perante o fato (ilícito econômico), nos termos do que dispõe o art. 44, III, do Código Penal, pode revelar que a substituição da prisão, ainda que seja pela perda de bens e valores, não seja suficiente para atender aos fins preventivos da pena, mormente considerando-se as maiores exigências no nível de prevenção geral integradora quando se trata de direito penal econômico.

Portanto, a prisão e a perda de bens, sendo esta preferida no processo de substituição daquela, devem ser aplicadas aos delitos

¹⁰ A Pena de Perda de Bens e Valores e os Crimes Contra a Ordem Tributária. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 83, p. 9-10, outubro de 1999. p. 9.

¹¹ COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 116.

econômicos de acordo com as exigências preventivas mencionadas. Tais exigências decorrem das particularidades verificadas no direito penal econômico, que o distinguem do direito penal geral. Nesse sentido, observa-se que a pena de perda de bens e valores representa, no quadro descrito, uma alternativa penal adequada e proporcional ao delito praticado, e que promove a defesa da ordem econômica, além de evitar o sentimento de impunidade que geralmente se encontra em relação aos delinquentes econômicos. Este sentimento é evidente na sociedade atual, e foi constatado por Jorge de Figueiredo Dias, cuja lição merece ser transcrita:

Em todos os Estados se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes econômicos ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica; o que – diga-se de passagem – é particularmente visível nos Estados democráticos, atento o papel aí desempenhado pelos meios de (livre) comunicação social. É para inverter este estado de coisas e para obviar à generalização de atitudes de cinismo e evasão que a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal econômico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de *igualdade material* entre os cidadãos.¹²

8.1.1 Lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998)

A Lei 9.613/1998, que estabelece os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, comina a pena privativa de liberdade e a multa para os delitos que descreve, sendo que a primeira pode ser fixada entre os limites de 3 a 10 anos de reclusão (art. 1.º). Além disso, é evidente que o delito mencionado acarreta

¹² Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. *Temas de direito penal econômico*. Ob. cit., p. 135.

proveito econômico indevido ao agente, ou a terceiro, pois as condutas tipificadas na lei referem-se a transações econômicas realizadas com recursos de origem ilícita. Em tese, portanto, revela-se possível a substituição da pena privativa de liberdade pela perda de bens e valores quando a pena aplicada não for superior a quatro anos, desde que verificados os demais requisitos do art. 44 do Código Penal. Neste caso, os bens submetidos ao confisco seriam aqueles adquiridos de forma lícita pelo condenado, ou seja, bens ou valores constitutivos de seu patrimônio lícito.

Por outro lado, independentemente da pena a ser efetivamente aplicada, ou seja, substituída ou não a prisão, o diploma legal mencionado estabelece como efeito da condenação criminal a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores que sejam objeto de crime nele descrito, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (art. 7.º, I). Tais bens, direitos ou valores, para que sejam confiscados, devem caracterizar-se como “provenientes, direta ou indiretamente, de crime” de tráfico de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante seqüestro, contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, ou praticada por organização criminosa (art. 1.º). Dispensa-se, porém, que os bens, direitos ou valores sejam intrinsecamente ilícitos.

Além disso, a lei regulamenta formas de apreensão e seqüestro de bens no curso do inquérito ou da ação penal, determinando sua liberação em caso de comprovada a licitude de sua origem (art. 4.º), bem como a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos dos mesmos delitos praticados no estrangeiro, desde que exista tratado ou convenção internacional e solicitação da autoridade estrangeira competente (art. 8.º).

Ressalte-se, porém, que a lavagem de dinheiro pressupõe a existência de um crime antecedente e, ainda, encontra-se intimamente ligada ao crime organizado, sendo utilizada por estas organizações para ocultar o produto do delito ou para reintegrá-lo ao sistema econômico com aparência de legalidade.¹³ Além

¹³ PITOMBO, A. S. A. de M. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

disso, caracteriza-se como delito praticado por agentes de alto nível sócio-econômico, mas que revelam baixo nível de consciência e preocupação comunitária, que atinge indiretamente a sociedade em geral e as possibilidades de desenvolvimento econômico do Estado. Diante de tais características, bem como por motivos de política criminal internacional, o delito de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e valores recebe punição mais alta que outros delitos econômicos (de 3 a 10 anos de reclusão e multa), revelando tratar-se de infração grave e que por isso deve receber punição adequada.

Destarte, não será incorreto concluir que a substituição da pena privativa de liberdade para o delito de lavagem de dinheiro deve ocorrer apenas em hipóteses excepcionais, quando as circunstâncias forem amplamente favoráveis ao agente, superadas as exigências de prevenção e proteção da ordem jurídica. Até porque a prisão, neste caso, quando o agente não é reincidente e as circunstâncias judiciais lhe são muito favoráveis, pode ser cumprida inicialmente em regime aberto, o que frustra as expectativas sociais de punição e gera o descrédito no sistema, pois a prisão se transforma em regime domiciliar, sem qualquer fiscalização, tendo em vista a inexistência de Casas de Albergado. Na maioria dos casos, portanto, a pena privativa de liberdade deve ser escolhida pelo aplicador da lei, pois o delito em tela apresenta todas as características mencionadas pela doutrina para justificar a preferência da prisão sobre outras penas na punição do delinquente econômico.

8.1.2 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986)

A Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, comina a pena privativa de liberdade, além da multa, em seus diversos tipos penais. A quantidade da pena privativa de liberdade cominada varia de acordo com a gravidade da infração, porém em todos os casos é possível ocorrer a substituição da prisão por perda de bens e valores, tendo em vista que os limites mínimos são inferiores a quatro anos, ou seja, é possível que a pena em concreto seja inferior a isso. Além disso,

a maioria dos delitos tipificados na lei acarreta prejuízo econômico demonstrável ou proveito de igual natureza ao agente ou a terceiro.

Ressalte-se que os delitos econômicos, como os crimes financeiros tipificados neste diploma legal, não envolvem violência contra pessoa, o que também possibilita a substituição da pena privativa de liberdade.

8.1.3 Crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/1996)

A Lei 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelece diversos tipos penais, incluindo crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas e delitos de concorrência desleal. Em todos os casos, as sanções previstas são a pena privativa de liberdade e a pena de multa, sendo que a primeira encontra-se limitada em seu máximo legal a um ano de detenção. Além disso, a maioria dos delitos tipificados na lei acarreta prejuízo econômico demonstrável ou proveito de igual natureza ao agente ou a terceiro. Diante disso, revela-se possível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de perda de bens e valores, desde que verificados os demais requisitos do art. 44 do Código Penal.

Observe-se, porém, que a eventual substituição da prisão pela perda de bens não deve ser confundida com a apreensão pelas autoridades alfandegárias dos produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas, ou que apresentem falsa indicação de procedência, conforme autorização contida no art. 198 da referida lei. Tal apreensão poderá ser convertida em *confisco especial* em caso de condenação criminal, nos termos do art. 91, II, *a*, do Código Penal. Destarte, a eventual aplicação da pena confiscatória não deve recair sobre os produtos mencionados, mas sim sobre os bens de procedência lícita e que façam parte do patrimônio lícito do agente, sendo que os produtos apreendidos poderão ser considerados para se apurar o valor do prejuízo acarretado ou da vantagem percebida com a prática do delito e, ainda, confiscados como efeito da condenação.

8.1.4 Crimes contra o consumidor (Lei 8.078/1990)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) estabelece alguns tipos penais, sendo que em todos eles o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada abstratamente é bastante inferior a quatro anos, possibilitando, em princípio, a substituição por perda de bens e valores. Da mesma forma, a maioria dos delitos previstos nesta lei acarreta prejuízo econômico demonstrável ou proveito de igual natureza ao agente ou a terceiro.

Os delitos contra os consumidores não envolvem grave ameaça ou violência contra a pessoa (art. 44, I do CP), salvo em caso de ameaça, coação ou constrangimento físico utilizado para cobrança de dívidas do consumidor (art. 71 do CDC), cuja pena de prisão não poderia, em tese, ser substituída por perda de bens e valores. Entretanto, não se pode olvidar que o delito mencionado caracteriza-se como infração penal de menor potencial ofensivo, pois o legislador cominou-lhe pena privativa de liberdade (detenção) não superior a um ano, conforme estabelecem o art. 98, I da Constituição Federal e o art. 61 da Lei 9.099/1995 (e Lei 10.259/2001).

Diante disso, e considerando a necessária observância ao princípio da proporcionalidade, infere-se que o delito previsto no art. 71 do Código de Defesa do Consumidor admite a substituição da prisão por pena alternativa (perda de bens e valores). O argumento vale também para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, como a ameaça e o constrangimento ilegal, ainda que cometidos com grave ameaça ou violência física.¹⁴

8.1.5 Crimes contra a economia popular e as relações de consumo (Lei 1.521/1951 e Lei 8.137/1990)

A Lei 1.521/1951 estabelece crimes contra a economia popular, sendo que apenas as condutas descritas no art. 3.º possuem limite

¹⁴ JESUS, D. E. de. *Penas alternativas*: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. Ob. cit., p. 93-94.

máximo da pena privativa de liberdade acima de quatro anos. Em princípio, portanto, é possível a aplicação da perda de bens e valores em caso de delitos contra a economia popular, observando sempre a inexistência de grave ameaça ou violência contra pessoa, além dos demais requisitos legais.

Da mesma forma, a Lei 8.137/1990 estabelece crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, sendo que os limites mínimos das sanções cominadas são inferiores a quatro anos, possibilitando-se, em tese, a fixação da pena de prisão em quantidade inferior ao limite legal da substituição. Importante ressaltar que o diploma legal mencionado prevê a possibilidade de *conversão* (na verdade, *substituição*) da pena privativa de liberdade, reclusão ou detenção, em pena de multa (art. 9.º).

Em ambos os casos mencionados a existência de prejuízo econômico demonstrável é uma constante, assim como a possibilidade de proveito econômico indevido por parte do agente ou de terceira pessoa.

8.1.6 Crimes falimentares (Lei 11.101/2005)

A nova Lei de Falências estabelece diversos tipos penais, sendo que também nestes revela-se possível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de perda de bens e valores. Com efeito, a maioria dos delitos previstos no diploma legal mencionado é punida com pena privativa de liberdade cujo limite máximo não é superior a quatro anos, ou seja, não supera o limite legal estipulado para a substituição, sendo que inexistente violência ou grave ameaça contra pessoa na prática dos delitos falimentares. Ademais, esta espécie de delito gera, invariavelmente, proveito econômico indevido ao agente, ou a terceiro, bem como prejuízo econômico aos credores do empresário.

Há que se ressaltar, porém, que a sanção penal de perda de bens e valores será inadequada no caso de crime falimentar praticado por empresário individual (*firma ou comerciante individual*), tendo em vista que os bens particulares deste confundem-se com aqueles que devem ser objeto de arrecadação para formação da massa falida. Por outro lado, tratando-se de sociedade empre-

sária, os responsáveis pelos delitos falimentares poderão ter seus bens particulares atingidos pela sanção penal confiscatória, o que possibilitaria a anulação da vantagem indevidamente recebida.

8.2 APLICAÇÃO AOS DELITOS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI 6.368/1976)

O tráfico de entorpecentes preocupa o mundo todo, mormente pela crescente ampliação de suas formas e organizações criminosas, bem como pelo insucesso das táticas utilizadas pelos Estados em seu combate. Diante disso, a comunidade internacional despertou sua atenção para o lucro ilícito percebido pelos criminosos com o delito de tráfico, o qual facilita e incentiva a continuidade das práticas delitivas, gera corrupção no poder público, além de representar grande prejuízo econômico aos países em geral. Esse quadro preocupante fez surgir uma tendência internacional no sentido de se combater o delito de tráfico com a inutilização do lucro ilícito dos traficantes.

Bárbara Huber, após apresentar justificativas para um sistema eficaz de sanções sobre o lucro ilícito, afirma que uma das áreas em que a confiscação se revela mais necessária e urgente é a do tráfico de drogas, especialmente em nível internacional. Merece transcrição sua posição sobre o assunto:

Devido a enorme quantidade de drogas que as pessoas usam ou abusam por diferentes razões, o narcotráfico parece ter se convertido no melhor negócio de todos aqueles de que participa o crime organizado. Os governos e as pessoas em geral se encontram cada vez mais alarmados. Como atacar o problema do crescente abuso das drogas constitui uma das preocupações principais de muitos países neste momento. Para este fim, desenham-se distintas estratégias: algumas delas incluem a prevenção ao mesmo tempo que a relação e a reabilitação. A principal preocupação das estratégias tradicionais consistia – pela regra geral – em tratar de reduzir o fornecimento de droga, introduzindo no ânimo dos traficantes e distribuidores o temor das sanções

mais fortes. A idéia de privá-los de seus lucros começou a ser formulada neste terreno somente na última década. As penas, ainda que muito fortes, como é o caso agora da Inglaterra, que pode chegar até a prisão perpétua, não privam o condenado quando deixa o cárcere, ou a sua família ou a outros membros do bando e associados, do desfrute de seus lucros ou do uso deles para continuar com o negócio das drogas. Os traficantes sofisticados de drogas acumulam seus lucros em contas bancárias impessoais e outras formas de inversão dentro e fora do país em que residem; também usam instalações bancárias clandestinas ou se ocultam atrás de regras estritas de sigilo bancário que existem em alguns países. Quando os lucros são revertidos, camuflados em contas ou distribuídos entre a família do agente, é muito difícil encontrá-lo e se chegam a encontrar é praticamente impossível separar os bens que procedem do crime daqueles que possuem outra origem. Assim pois, os governos de muitos países começam agora a confiar na confiscação de bens como uma *terceira dimensão* no controle das drogas, além do castigo e da destruição dos bens expropriados.¹⁵

O mencionado crescimento do tráfico na maioria dos países do mundo fez com que as Nações Unidas aprovassem um documento internacional denominado Convenção Única sobre Entorpecentes em 1961. O art. 37 deste documento estabelece que todo entorpecente, substância ou equipamento empregados na prática ou tentativa de prática de qualquer dos delitos mencionados no art. 36 da Convenção devem ser apreendidos e confiscados.

Mais recentemente, corroborando a crescente preocupação internacional com o problema das drogas, as Nações Unidas aprovaram em 19 de dezembro de 1988 a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. O documento define delitos e sugere soluções no combate ao

¹⁵ El comiso de las ganancias en el derecho penal: con especial referencia a la legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*. Ob. cit., p. 167-168.

tráfico de drogas, sendo o confisco de bens uma das principais alternativas para tanto. O Brasil ratificou a Convenção de Viena em 26 de junho de 1991, por meio do Decreto 154/1991, comprometendo-se a inserir na legislação infraconstitucional alguns de seus princípios, os quais estavam em harmonia com a nova ordem estabelecida pela recente Constituição de 1988.

Com efeito, a Constituição brasileira prevê que as glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas devem ser imediatamente expropriadas e destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios ou medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e independentemente de outras sanções (art. 243, *caput*, da CF). Além disso, estabelece a Carta Magna que os bens de valor econômico apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins devem ser confiscados e revertidos para o tratamento e recuperação de viciados, bem como para o aparelhamento e o custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do tráfico dessas substâncias (art. 243, parágrafo único, da CF).

A expropriação de glebas mencionada no art. 243, *caput* da Constituição caracteriza-se como espécie de confisco, pois não depende de indenização prévia, e a ação judicial respectiva encontra-se regulamentada pela Lei 8.257, de 26 de novembro de 1991. Segundo as regras estabelecidas no diploma legal mencionado, a expropriação das glebas que possuam cultivo ilegal de plantas psicotrópicas deve seguir rito especial, com nomeação de perito e audiência com até cinco testemunhas para cada parte (União e expropriados). Além disso, esta expropriação prevalece sobre direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiro fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia (art. 17).

Não há se falar, porém, em confisco *penal* destas terras, como pena ou como efeito da condenação criminal, mas sim em espécie de confisco que possui a natureza jurídica de verdadeira sanção de direito administrativo. Ressalte-se que o art. 5.º, XXIV, da Carta Magna excepciona, em matéria de desapropriação, os casos previstos no próprio texto constitucional.

José Cretella Júnior, comentando a hipótese de expropriação prevista no texto constitucional (art. 243, *caput*), afirma:

O Poder Público tem envidado todo esforço, utilizando-se de aviões e helicópteros, para a *localização dessas glebas*. Localizada a plantação, as espécies são arrancadas e queimadas, os moradores presos para interrogatório e posterior julgamento. A seguir, as *glebas* são submetidas a processo expropriatório *sui generis*, em caráter de urgência, por interesse social e, no local, é providenciado o *assentamento de colonos*, que deverão dedicar-se ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, não se pagando ao proprietário qualquer indenização pela “expropriação” ou “confisco”, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.¹⁶

Por outro lado, o confisco de bens previsto no parágrafo único do art. 243 possui natureza de efeito específico da condenação criminal. Nesse sentido, em harmonia com o preceito constitucional, o art. 34, § 13, da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/1976 – nova redação pela Lei 9.804/1999)¹⁷ estabelece que o juiz deve decidir, na sentença de mérito do processo de conhecimento, sobre o perdimento dos bens e dos valores utilizados na prática de delitos previstos no referido diploma legal, os quais devem ser objeto de

¹⁶ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 9, p. 4.646. No mesmo sentido, Pinto Ferreira afirma: “A Constituição prevê expressamente a expropriação, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, de toda e qualquer gleba em qualquer região do País, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Esta expropriação sem indenização é na verdade um confisco especial, que está permitido pela atual Constituição” (*Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7, p. 502). Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta uma má redação do dispositivo constitucional, afirmando que este estabelece uma pena de confisco, com fundamento no art. 5.º, XLVI, b, da CF, embora utilize o termo “expropriação”. Além disso, o autor afirma que o texto fala em expropriação sem indenização, quando esta é inerente àquela (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Ob. cit., p. 131).

¹⁷ A Lei 10.409/2002 (arts. 46 a 48) reproduziu integralmente a sistemática utilizada na antiga Lei de Tóxicos (art. 34 da Lei 6.368/1976) sobre a perda de bens como efeito da condenação.

apreensão e custódia por parte da autoridade de polícia judiciária (art. 34, *caput*, da LT). O dispositivo legal menciona os bens sujeitos à apreensão e ao confisco, ou seja, veículos, embarcações, aeronaves, e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, *desde que utilizados na prática dos delitos relacionados com entorpecentes*. O confisco especial pode recair também sobre dinheiro ou cheques (art. 34, §§ 3.º e 4.º).

Uma ressalva, porém, deve ser observada. Não obstante a omissão legislativa, este confisco especial deve restringir-se aos bens utilizados na prática do delito que sejam de propriedade do agente, ou seja, não podem ser confiscados bens pertencentes a terceiros, salvo em caso de participação comprovadas destes.¹⁸ Destarte, um veículo furtado ou locado que seja utilizado para o transporte de entorpecentes não poderá ser submetido ao confisco como efeito da condenação criminal.

¹⁸ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa: O veículo objeto de alienação fiduciária utilizado na prática do delito de tráfico de entorpecente não se sujeita a confisco (arts. 34, § 2.º da Lei 6.368/76 e 243, parágrafo único, da CF), por pertencer a terceiro de boa-fé, cujo direito é expressamente ressalvado no texto legal (art. 91, II, *a*, do CP). Acórdão em Mandado de Segurança n. 82.773-3. Relator: Desembargador Diwaldo Sampaio. J. 23 abr. 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 661, nov. 1990, p. 265. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa: Evidenciada a utilização de dois veículos no comércio de drogas, a pena de perdimento deve alcançar somente o automóvel que comprovadamente pertença ao acusado, de molde a evitar que o confisco acabe prejudicando terceiros de boa-fé. Acórdão em Apelação n. 178.113-7/00. Relator: Desembargador Zulman Galdino. J. 22 ago. 2000. DOMG, 18 out. 2000. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001, p. 699. Contra: BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa: O automóvel utilizado para transporte de substância entorpecente deve ser confiscado, nos termos do art. 34 da Lei 6.368/1976, sendo de todo irrelevante se o veículo não pertence aos agentes que transportaram a droga em seu interior, por meio de um fundo falso. Acórdão em Apelação n. 0155136-2. Relator: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida. J. 13 jun. 2002. DJPR, 02. Ago. 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 813, jul. 2003, p. 695.

Anote-se, por oportuno, a existência de tendência jurisprudencial no sentido de que o art. 34 da Lei de Tóxicos deve ser interpretado restritivamente, exigindo-se também que o bem seja habitualmente utilizado na prática de delitos dessa natureza.¹⁹ *Data venia*, não parece ser esta a melhor forma de interpretar o dispositivo legal, mormente nos casos em que o bem é especialmente preparado para o transporte ou o comércio do entorpecente, embora utilizado pela primeira vez.

Recaindo a apreensão, e posterior confisco, sobre os objetos mencionados, estes serão destinados às autoridades policiais ou órgãos de inteligência envolvidos em operações de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, a critério da Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD. Aqueles objetos que não forem úteis para esse fim serão alienados a requerimento do Ministério Público (art. 34, § 5.º). Se a apreensão recair sobre dinheiro ou cheques, o Ministério Público deve ser intimado para pleitear a conversão do numerário para moeda nacional, quando necessário, bem como para pleitear o depósito em conta judicial (art. 34, § 4.º), sendo destinado ao

¹⁹ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa: Embora se trate de veículos encontrados na posse de agentes condenados por tráfico de entorpecentes somente poderão ser confiscados quando, efetivamente, estiverem sendo usados, devidamente preparados, para o exercício do comércio criminoso. Acórdão em Apelação n. 308.671-3/8-00. Relator: Desembargador Silva Pinto. J. 04 set. 2000. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, fev. 2001, p. 607. BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Ementa: As disposições contidas no art. 34 da Lei 6.368/1976 devem ser interpretadas com certa restrição a fim de evitarem-se resultados abusivos; assim, não existindo provas suficientes de que o veículo apreendido tenha sido utilizado direta e intencionalmente no tráfico de drogas, impõe-se a não decretação do confisco e perda do bem. Acórdão em Apelação n. 2.351/1996. Relator: Desembargador Carlos Avallone. J. 24 jun. 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 684. BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Ementa: Se não demonstrado o vínculo de uso do veículo de propriedade do acusado no comércio da droga apreendida, não há como retê-lo com o fim de confisco. Acórdão em Apelação n. 01.001828-0. Relator: Desembargador Eliseu Fernandes de Souza. J. 01 ago. 2001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 793, nov. 2001, p. 679.

denominado Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD após a decretação da perda em favor da União (art. 34, §§ 12, 13 e 16).

A Lei de Tóxicos estabelece, ainda, em caráter cautelar, a possibilidade de alienação antecipada dos bens apreendidos, mediante requerimento do Ministério Público (art. 34, § 5.º). A alienação será deferida em caso de ser constatada a existência de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para sua prática, bem como de risco de perda do valor econômico pelo decurso do tempo (art. 34, § 8.º).

É importante registrar que este confisco especial de objetos e valores relacionados com delitos de tóxicos representa grande avanço na legislação penal brasileira, colocando-a em sintonia com a tendência internacional, pois supera a exigência de ilicitude intrínseca do instrumento do crime para fins de confisco especial, vale dizer, não é necessário que a fabricação, o uso ou a alienação do instrumento utilizado na prática de delito sejam ilícitos para que o mesmo seja confiscado como efeito da condenação criminal. Nesse sentido, o art. 34 da Lei de Tóxicos complementa, com vantagens, o art. 91, II, *a*, do Código Penal, quando se trata de delitos desta natureza. Tal espécie de confisco caracteriza-se como valioso instrumento de combate ao tráfico de entorpecentes, pois atinge o patrimônio lícito do agente, ou seja, bens ou valores conseguidos de forma lícita e cuja existência não constitui infração penal, porém que tenham sido efetivamente utilizados na empreitada criminosa.

Ressalte-se, porém, que o perdimento de bens estabelecido pelo art. 34 da Lei de Tóxicos, com amparo no art. 243, parágrafo único da Constituição Federal, não se confunde com a sanção penal de perda de bens e valores prevista no art. 43, II, do Código Penal (e art. 5.º, XLVI, *b*, da CF), e muito menos com o confisco ou expropriação extraordinária criada pelo art. 243, *caput*, da Constituição. Trata-se, portanto, de *confisco especial* de instrumentos do crime, com natureza jurídica de efeito específico da condenação criminal, que depende inclusive de manifestação expressa do juiz na sentença de mérito, cujo decreto deve ser feito após a fixação da sanção penal (prisão, ou uma pena alternativa, e multa). Este confisco especial, portanto, deve ser aplicado independentemente da espécie de sanção penal imposta, assim como ocorre na hipótese

do confisco especial previsto no Código Penal (arts. 91 e 92), sendo aplicado de forma cumulativa com a prisão se esta for escolhida pelo juiz.

Por outro lado, a pena de perda de bens e valores (art. 43, II, do CP) só pode ser aplicada em *substituição* à pena privativa de liberdade, sendo impossível a imposição de ambas pela legislação atualmente em vigor, ou seja, prisão e perda de bens. Além disso, a imposição da pena de perda de bens encontra-se condicionada ao preenchimento dos requisitos legais que autorizam a substituição, o que não ocorre com o confisco especial dos instrumentos do delito, para o qual basta a comprovação do nexo de instrumentalidade em relação ao delito.

É possível, porém, que a prisão seja substituída pela perda de bens e valores²⁰ e, como efeito da condenação, também seja

²⁰ Sobre a possibilidade de substituição da prisão em caso de tráfico de entorpecentes: "A Parte Geral do Código Penal deve ser aplicada à legislação extraordinária, ressalvada a existência de disposições em contrário, segundo determina o art. 12 do Código Penal. Com efeito, inexistente óbice à substituição da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos ou àqueles previstos na Lei de Tóxicos, desde que verificados os requisitos legais (art. 44 do CP). O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, que impõe o cumprimento da pena de prisão integralmente em regime fechado, não impede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o regime fechado deve ser observado apenas se a pena privativa for efetivamente aplicada. Observe-se que espécie de pena não se confunde com regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Não há se falar que o art. 59 do Código Penal determina que o juiz primeiro fixe a espécie de pena, a quantidade e o regime de cumprimento, para só depois analisar eventual possibilidade de substituição da pena. Em outras palavras, afirmam alguns que essa ordem, estabelecida pelo art. 59 do Código Penal, impediria a substituição da pena nos crimes hediondos, pois antes do juiz analisar a possibilidade de substituição, obrigatoriamente deve fixar o regime fechado para os crimes hediondos e equiparados, o que seria incompatível com a substituição. Porém, mesmo fixando a pena privativa de liberdade e o regime fechado para seu cumprimento, não existe óbice legal para que o juiz substitua a prisão por penas alternativas, pois o regime deverá ser observado apenas na fase de execução da pena, se e quando a prisão não for

decretada a perda dos instrumentos utilizados na prática do crime. Nesta hipótese, a pena alternativa de perda de bens deve recair sobre bens ou valores não utilizados na prática do delito e que constituem o patrimônio lícito do agente, enquanto o confisco especial (efeito específico da condenação por crime de tóxico) deve recair especificamente sobre os objetos ou bens utilizados pelo agente na realização da conduta típica. Além disso, é possível também que o delito tenha gerado lucro ilícito, o qual será objeto de confisco como efeito genérico da condenação criminal (art. 91, II, b, do CP).

Outra diferença evidente entre as duas espécies de confisco penal é a destinação dos bens e instrumentos expropriados. Com efeito, o produto da alienação dos bens e valores expropriados por meio da pena de perda de bens e valores (art. 43, II, do CP) deve ser destinado ao Fundo Penitenciário Nacional, e o produto da alienação dos instrumentos ou valores confiscados com base no art. 34 da Lei Tóxicos deve ser destinado ao Fundo Nacional Antidrogas.

substituída. Não se pode olvidar que a substituição da pena nos crimes hediondos ou equiparados pode ser incompatível com os requisitos subjetivos previsto no art. 44, III, do Código Penal, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, além dos motivos e circunstâncias do delito. Ocorre que todos esses elementos devem indicar a suficiência da substituição para a prevenção e reprovação do crime cometido, ou seja, para atender a finalidade da pena, o que pode não ser verificado em alguns casos concretos. Assim, por exemplo, não é possível equiparar a conduta do agente que fornece quantidade razoável de cocaína a adolescentes com a conduta do agente que compra ou vende pequena quantidade de lança perfume, ou daquele que transporta pequena quantidade de 'droga' para um filho ou parente preso. Ao que parece, no primeiro exemplo, a reprovabilidade do autor e do fato é muito maior que a reprovabilidade nos outros dois exemplos, o que pode impedir a substituição da prisão naquele exemplo, mormente se os demais elementos subjetivos também lhe forem desfavoráveis" (SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 232-233).

Por fim, é preciso lembrar que nos delitos de tráfico de entorpecente, a pena de perda de bens e valores será aplicada em hipóteses excepcionais, tendo em vista a necessidade de preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, mormente aquele inscrito no inciso III deste dispositivo. Entretanto, para estes poucos casos, a perda de bens parece ser adequada, socialmente útil e proporcional ao delito, além de atender às finalidades preventivas da pena. Com efeito, evita os efeitos criminógenos da prisão e impõe ao agente uma perda patrimonial que, em última análise, anula a vantagem ilícita que se constitui no próprio objetivo do agente ao praticar o delito de tráfico. Por outro lado, o confisco especial dos instrumentos utilizados na prática do crime, como efeito da condenação, será sempre cabível, qualquer que seja a pena imposta, revelando-se importante instrumento de combate ao delito de tráfico de entorpecentes.

8.3 APLICAÇÃO AOS CRIMES PATRIMONIAIS

A pena de perda de bens e valores pode ser aplicada em substituição à prisão nos delitos patrimoniais propriamente ditos, ou seja, aqueles cujo bem jurídico protegido é o patrimônio. Com efeito, a maioria dos delitos patrimoniais acarreta prejuízo econômico demonstrável e proveito indevido ao agente ou a terceiro. A substituição neste caso significa estrito respeito ao princípio da proporcionalidade, pois impõe uma perda patrimonial ao agente que lesou o patrimônio de outrem, sem retirar-lhe a liberdade por isso. Ademais, é certo que o ser humano em geral confere grande importância ao direito de propriedade, o que significa dizer que a sanção confiscatória pode gerar impacto significativo ao delinquente, pois acarreta a perda de algo que se buscava conseguir com a prática do delito, evitando novas condutas desta natureza.

Portanto, verificados os requisitos legais referentes à substituição, a perda de bens e valores deve ser aplicada em substituição à prisão nos delitos patrimoniais, como, por exemplo, o furto (art. 155 do CP), a usuração (arts. 161 e 162 do CP), o dano (art. 163 do CP), a apropriação indébita (art. 168 do CP), o estelionato

(art. 171 do CP), a receptação (art. 180 do CP) e outros. Registre-se que a lei comina a esses delitos patrimoniais pena mínima inferior a quatro anos, o que permite a fixação da pena concreta dentro do limite legal para a substituição da pena privativa de liberdade. Além disso, os delitos mencionados não são praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa, o que também possibilita a substituição. Por óbvio, delitos patrimoniais cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, como o roubo (art. 157 do CP), a extorsão (art. 158 do CP) e a extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP) não poderão ter a prisão substituída por perda de bens e valores, diante da vedação contida no art. 44, I do Código Penal, bem como porque inexistente, nestes casos, a necessária adequação da pena ao delito praticado.

Entretanto, há que se atentar para a real adequação da pena ao caso concreto, tendo em vista o eventual estado de pobreza apresentado pelo agente. Como se sabe, muitos dos delitos patrimoniais mencionados são praticados por agentes pertencentes às classes sociais excluídas e miseráveis, contra os quais a pena confiscatória seria inútil, ineficaz e, acima de tudo, inadequada, diante dos princípios constitucionais da culpabilidade e da individualização da pena.

Nesse sentido, Cesare Beccaria reconheceu a adequação e eficácia das penas pecuniárias aos delitos contra o patrimônio, sem o uso de violência, mas reconheceu também a inconveniência de tais penas perante a condição miserável de seus agentes.

Os furtos a que não se associou a violência deveriam ser punidos com penas pecuniárias. Àquele que procura enriquecer-se à custa dos outros dever-lhe-ia ser reduzido o seu próprio patrimônio. Mas como, de ordinário, se trata apenas do delito da miséria e do desespero, o delito daquela infeliz categoria de homens a quem o direito de propriedade (direito terrível e possivelmente não necessário), deixou tão-só uma existência despojada de tudo; como as penas pecuniárias tornam o número dos réus superior ao número dos delitos e tiram o pão aos inocentes para o poderem tirar aos celerados, a pena mais oportuna será aquela espécie única de escravidão que se pode dizer justa, isto é, a

escravidão temporária do trabalho e da pessoa à sociedade, para a indenizar com a própria e total dependência, do injusto despotismo com que violou o pacto social. Mas quando ao furto for associada a violência, a pena deverá ser de igual modo corporal e servil.²¹

Da mesma forma, Francesco Carrara já advertia para os problemas decorrentes da aplicação das penas pecuniárias, entre as quais relacionou o confisco, mas especialmente a multa, aos delitos patrimoniais:

No furto é problemática a conveniência das penas pecuniárias, pois quem furta, raramente possui bens que lhe permitam pagar a multa; e está provado que se o agente possui alguma renda e a lei o priva desta como punição do furto, torna-o cada vez mais pobre; de maneira que se antes furtava por escassez, depois furtará por necessidade.²²

A eventual inadequação da perda de bens aos delitos patrimoniais, quando praticados por agentes desfavorecidos economicamente, porém, não significa a impossibilidade de substituição da prisão por outra pena alternativa, desde que preenchidos os requisitos legais. A prestação de serviços à comunidade, por exemplo, pode substituir com vantagens a pena privativa de liberdade, conforme sustentado há muito tempo atrás por Beccaria.

8.4 APLICAÇÃO AOS DELITOS PRATICADOS POR PESSOAS JURÍDICAS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é assunto dos mais discutidos em todo o mundo, mas revela-se inegável a necessidade de resposta estatal eficaz à participação cada vez maior das sociedades empresariais em atividades criminosas. Nesse sentido,

²¹ *Dos delitos e das penas*. Ob. cit., p. 107.

²² *Programa de Derecho Criminal*: parte general. Ob. cit., p. 135.

o legislador constituinte de 1988 estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em caso de crime contra o meio ambiente (art. 225, § 3.º da CF), além de sinalizar a possibilidade de responsabilização criminal também em casos de delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º da CF). Destarte, seguindo a orientação criminalizadora da Carta Magna, a Lei 9.605/1998 (art. 3.º) regulamentou o dispositivo constitucional e estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em caso de crime contra o meio ambiente.

Em relação à conveniência da responsabilização penal da pessoa jurídica, com a conseqüente aplicação de uma sanção penal, Sérgio Salomão Shecaira afirma o seguinte:

Para um ato ilícito cometido pela empresa a melhor resposta estatal é, sem dúvida alguma, a imposição de uma pena. A inflição de uma pena que tenha um caráter público, de prevenção geral positiva combinada com uma prevenção geral especial não marcada pelo retributivismo. A punição da empresa com medidas de segurança carece de fundamento lógico. As respostas administrativa e civil são insuficientes em face da moderna criminalidade, praticada através do poderio das empresas.²³

Entretanto, a pena tradicionalmente utilizada pelo direito penal, ou seja, a pena privativa de liberdade, não se revela adequada para esta nova espécie de delinqüente. Tal situação, inclusive, é apontada pelos não adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica como óbice à adoção desta teoria.

Diante disso, os países que admitiram a responsabilidade penal da pessoa jurídica adotaram diversos tipos de penas para a punição da "empresa", sendo que a principal alternativa é a pena de multa. Além desta, a pena de confisco também é bastante utilizada em relação às pessoas jurídicas, como ocorre nos Estados Unidos, na França, em Portugal e na Holanda.

²³ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Ob. cit., p. 107.

A doutrina nacional e estrangeira também recomenda a imposição do confisco como sanção adequada para o caso de delito praticado por pessoa jurídica. Sérgio Salomão Shecaira²⁴ relaciona o confisco de bens entre as sanções penais suscetíveis de utilização para delitos praticados por pessoas jurídicas e sugere que a pena alcance valor sempre maior que o lucro obtido com o delito.

Klaus Tiedemann²⁵ informa que alguns países adotam o sistema de punição das pessoas jurídicas baseado na aplicação de medidas de segurança, entre as quais se encontra o confisco de bens. Segundo Tiedemann, que cita a doutrina italiana (Caraccioli), os delitos cometidos pelas pessoas jurídicas revelam uma expressão da periculosidade das mesmas, motivo pelo qual medidas de segurança como o confisco seriam sanções adequadas às pessoas jurídicas. Ademais, lembra o autor que a confiscação de bens foi recomendada para os delitos das pessoas morais no Congresso da Associação Internacional de Direito Penal realizado em 1929 na cidade de Bucarest. O confisco, segundo o autor, pode ser previsto como sanção própria na legislação penal e, para que tenha efeito preventivo considerável, deve incidir não apenas sobre os objetos, instrumentos e produtos do delito, mas também avançar sobre o patrimônio do condenado (pessoa física ou jurídica) para subtrair o dobro ou o triplo da vantagem obtida com a atividade delituosa. Ocorre que, se o delinquente arrisca perder apenas a vantagem ilícita ou o produto do delito, não corre praticamente nenhum risco, pois permanecerá impune mesmo com a confiscação dos bens adquiridos de forma ilegítima.

Tiedemann acrescenta que ultimamente numerosos Estados passaram a introduzir (reintroduzir), apesar de dúvidas constitucionais, a sanção de confiscação geral, ou seja, confiscação de todos os bens de uma pessoa, como em casos de crime organizado. Após citar o exemplo dos Estados Unidos (*Federal Sentencing Guidelines*), adverte que tais sanções são consideradas pelos

²⁴ Ibidem, p. 109-110.

²⁵ Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ob. cit., p. 24-25.

legisladores às vezes como verdadeiras penas, e outras vezes como medidas de segurança patrimonial. Entretanto, diz o autor, o efeito prático não depende da classificação dogmática, sempre que as medidas sejam impostas pela justiça penal (ou *quase-penal*) que, por intermédio de sua publicidade e meios eficazes de investigação, acarretam um efeito intimidante, que é necessariamente idêntico àquele da sanção penal.²⁶

No Brasil, porém, o confisco (ou perda de bens) não foi previsto pelo sistema de penas estabelecido na Lei de Crimes Ambientais. Com efeito, o art. 21 da Lei 9.605/1998 cominou às pessoas morais as seguintes penas: multa, restritiva de direitos (suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações) e prestação de serviços à comunidade (custeio de programas e de projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas).

Inferese, portanto, que a ausência de previsão legal em relação à perda de bens ou confisco na Lei de Crimes Ambientais impede a imposição desta alternativa penal às pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, inexistem regras específicas na Lei Ambiental para a aplicação de penas às pessoas jurídicas e, mesmo admitindo-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade cominada no preceito secundário dos tipos penais ambientais, a substituição deverá observar as penas alternativas expressamente previstas na lei, sob pena de violação do princípio da legalidade penal.

Por outro lado, o art. 24 do diploma legal mencionado comina, ainda, a pena de *liquidação forçada* e prescreve uma forma de *confisco especial* ao estabelecer que o patrimônio da pessoa jurídica, constituída ou utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental, será considerado instrumento do crime e, como tal, perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. O confisco do patrimônio da

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 25.

pessoa jurídica possui natureza de verdadeira sanção penal, porém, foi tratado pelo legislador como efeito da condenação em caso de aplicação da pena de liquidação forçada.²⁷ Nesse sentido, tratando-se de efeito da condenação, o correto seria que a perda de bens fosse convertida em favor da União, e não do Fundo Penitenciário Nacional.

O confisco penal, portanto, caracteriza-se como instrumento importante e eficaz no combate aos delitos praticados por pessoas jurídicas. Assim, além de figurar como efeito da condenação (confisco especial), o confisco poderia ser cominado na forma de pena criminal autônoma (perda de bens e valores), não restrita pela necessidade de prova em relação à constituição ou utilização da organização para fins criminosos, oferecendo ao aplicador da lei mais uma alternativa penal poderosa, com expressiva função preventiva, além de revelar-se adequada ao fato concreto e às particularidades do sujeito ativo no caso de delito praticado por pessoa jurídica.

8.5 APLICAÇÃO AOS DELITOS RELACIONADOS A ARMA DE FOGO (LEI 10.826/2003)

A luta contra a violência urbana levou o legislador brasileiro a criminalizar condutas relacionadas às armas de fogo, como a posse irregular em residência, o porte ilegal, o disparo de arma de fogo e o tráfico de arma de fogo (nacional e internacional).

A restrição e o controle do uso de arma de fogo certamente podem contribuir para a redução da violência, não apenas em relação às ações delinquentes, mas também em relação aos acidentes constantemente verificados em residências, escolas e locais de trabalho. Nesse sentido, a finalidade preventiva da pena cominada a essas espécies de delitos revela-se ainda mais acentuada.

²⁷ Segundo Fernando Castelo Branco, estabeleceu-se uma verdadeira “pena de morte” para a pessoa jurídica, nos mesmos moldes dos sistemas francês e português (*A pessoa jurídica no processo penal*. Ob. cit., p. 125).

A Lei 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, comina as penas de prisão e de multa para todos os delitos nela tipificados. A substituição da pena privativa de liberdade por perda de bens e valores está restrita a poucos casos, tendo em vista que a maioria dos delitos previstos no diploma legal não gera prejuízo econômico demonstrável ou proveito desta natureza, como é o caso do porte ilegal (art. 14) ou do disparo de arma de fogo (art. 15). Não se pode olvidar, porém, que os delitos mencionados admitem substituição da prisão por outras penas alternativas (ex.: prestação de serviços à comunidade), desde que presentes os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Por outro lado, os delitos de *comércio ilegal de arma de fogo* (art. 17) e *tráfico internacional de arma de fogo* (art. 18) geram proveito de natureza econômica ao agente ou a terceiro e, por isso, admitem a substituição da prisão por perda de bens e valores se verificados os demais requisitos legais. O limite mínimo da pena de prisão prevista em abstrato, que é de quatro anos em ambos os casos, possibilita a substituição da pena privativa de liberdade quando esta for aplicada no mínimo legal, pois a vedação limita-se aos casos de prisão *superior* a quatro anos. Além disso, eventuais causas gerais ou especiais de diminuição podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal, tornando ainda mais evidente a possibilidade de aplicação da pena alternativa.

A aplicação da perda de bens e valores justifica-se nestes casos por razões semelhantes àquelas expostas para as hipóteses de tráfico de drogas e de delitos econômicos em geral. Com efeito, a perda de bens pode inutilizar a vantagem econômica pretendida pelo delinquente com o comércio ilegal, além de reforçar os valores da convivência pacífica e da não utilização de armas na vida em comunidade (prevenção geral positiva).

Quanto ao objeto do confisco, a pena de perda de bens e valores deve recair sobre bens do patrimônio lícito do agente, o que não é o caso da arma apreendida nos delitos de comércio ilegal e de tráfico internacional de arma de fogo. Com efeito, devem ser confiscados bens de valor econômico pertencentes ao condenado e não a própria arma apreendida com o mesmo. A arma de fogo caracteriza-se como objeto material de todos os delitos previstos na Lei 10.826/2003 e, de acordo com o art. 25 desta lei, as armas

de fogo apreendidas, assim como seus acessórios ou munições, devem ser encaminhadas pelo juiz ao Comando do Exército para destruição após realização de perícia, desde que não mais interessem à persecução penal.

Discutia-se na doutrina e na jurisprudência se a arma apreendida em caso de porte ilegal de arma de fogo deveria ser submetida a confisco especial com a condenação ou se deveria ser restituída ao condenado quando este fosse o proprietário. Inicialmente, a divergência estava centralizada na aplicabilidade do art. 91, II, *a*, do Código Penal à *contravenção penal* de porte ilegal de arma (art. 19 da Lei de Contravenções Penais), já que aquele dispositivo legal menciona instrumentos do *crime*. Após a vigência da Lei 9.437/1997, a divergência foi parcialmente superada porque o porte ilegal de arma de fogo foi tipificado como *crime* na nova lei (art. 10).

Entretanto, formou-se correto entendimento jurisprudencial no sentido de que a arma, no delito de porte ilegal de arma de fogo, é *objeto material* do crime e não *instrumento* deste, sendo vedado seu confisco como efeito da condenação criminal.²⁸ Posteriormente, com a vigência do novo Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), a questão restou definitivamente superada, tendo em vista que o art. 25 deste Estatuto estabelece a obrigatória destruição da arma de fogo apreendida nos casos de delitos tipificados no diploma legal mencionado.²⁹ Ressalte-se que esta previsão legal de apreensão e destruição da arma de fogo assemelha-se àquela estabelecida para as substâncias entorpecentes que causam dependência física ou psíquica (art. 40 da Lei 6.368/1976).

²⁸ Obviamente, a situação é diferente quando a arma de fogo é utilizada como instrumento para a prática do delito. No homicídio causado por disparos de arma de fogo, por exemplo, o porte ilegal é absorvido pelo homicídio e a arma deve ser submetida a confisco especial, nos termos do art. 91, II, *a*, do Código Penal.

²⁹ Não obstante a omissão legislativa, algumas hipóteses devem ser consideradas como ressalvas na aplicação do referido dispositivo legal (art. 25), como é o caso do lesado ou terceiro de boa-fé (ex.: vítima de furto de arma registrada) e o caso de absolvição pela não caracterização do delito (absolvição por falta de provas e extinção da punibilidade não justificam a exceção).

Infere-se, portanto, que a pena de perda de bens e valores eventualmente aplicada nos casos de comércio ilegal ou tráfico internacional de arma de fogo deve recair sobre bens pertencentes ao patrimônio do condenado, e não sobre a arma apreendida com o agente, até porque a arma deve ser apreendida e destruída em qualquer caso, independentemente da substituição da prisão pela perda de bens. Também não há se falar em confisco especial da arma apreendida, como efeito da condenação, tendo em vista que a apreensão e destruição da arma deve se efetivar ainda que o agente seja absolvido ou seja julgada extinta a punibilidade do mesmo.

O modelo de sociedade atual, uma *sociedade de riscos*, contribui de forma decisiva para a geração de novos tipos de criminalidade,¹ que atingem não apenas bens jurídicos individuais, mas também bens jurídicos transindividuais cuja manutenção e proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras. A busca pelo lucro ilícito em grande escala e a regularização (“lavagem”) deste patrimônio no sistema financeiro são alguns dos principais aspectos deste novo tipo de criminalidade, o que dificulta a apuração e a punição dos delitos. Além disso, esta nova espécie de criminalidade possui alto grau de lesividade, com potencialidade para desestabilizar o sistema político (corrupção no setor público) e o sistema sócio-econômico (abuso do poder econômico e deterioração das condições de saúde e educação) do Estado. Diante disso, o direito penal deve ser modernizado e preparado para esta nova realidade, não apenas quanto à eleição do bem jurídico protegido, mas também quanto à sanção penal imposta ao infrator.

A prisão, como única forma de resposta penal, não atende às particularidades de cada espécie de infração penal, revelando-se inadequada em determinados casos concretos (ex.: agente socialmente integrado e delito sem violência contra pessoa), além de produzir efeitos negativos na personalidade do agente. Ademais, a prisão deixa intacto o patrimônio conseguido pelo agente, o que beneficia indevidamente comparsas e familiares, e até mesmo o

¹ Crimes econômicos, infrações praticadas por organizações criminosas, incremento do tráfico internacional de drogas, crimes ambientais etc.

próprio delinqüente após o período de restrição da liberdade. A pena de multa, por sua vez, produz um efeito simbólico mínimo e apresenta problemas no procedimento da execução que prejudicam sua eficácia.

A pena de confisco, por sua vez, caracteriza-se como alternativa penal mais adequada e proporcional em certos casos, como delitos econômicos e patrimoniais, bem como aqueles praticados por pessoas jurídicas, impondo-se sua aplicação em substituição à pena privativa de liberdade, desde que verificados os requisitos legais específicos. A substituição da prisão, nestes casos, caracteriza-se como verdadeira exigência dos princípios constitucionais relativos à pena, além de melhor atender às finalidades preventivas atribuídas às sanções penais em um Estado (social) Democrático de Direito.

Por outro lado, a pena de confisco também pode representar importante instrumento de combate às novas e avançadas formas de criminalidade organizada, mormente aquelas que envolvem o uso de poder político-econômico, inclusive com atuação cada vez mais internacional e globalizada. Esta forma de criminalidade, que conta com alta tecnologia e com as facilidades do "mundo digital", utiliza o lucro ilícito para financiar suas ações criminosas e fomentar o mercado de bens e serviços ilícitos, como a proteção forçada, o jogo de azar, as drogas, a venda de armas, a prostituição, a pornografia, a agiotagem, a imigração ilegal etc. Infere-se, portanto, que a pena de confisco pode ser utilizada como instrumento penal eficaz na prevenção destes delitos, mormente quando cominada de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade.

Inexistindo, na legislação atual, cominação autônoma da pena de confisco no preceito secundário do tipo penal, ou seja, de forma alternativa ou cumulativa em relação à prisão,² mister se faz reconhecer a importância de dispositivos legais que estabelecem a perda de bens como efeito da condenação criminal, porém superando a exigência de ilicitude intrínseca dos bens, como é o caso do art. 34 da Lei de Tóxicos e do art. 7.º, I, da Lei de Lavagem de Dinheiro.

² A perda de bens e valores é cominada de forma substitutiva, e não alternativa ou cumulativa.

As críticas tradicionalmente feitas à pena de confisco não resistem a uma análise mais atenta do instituto, mormente se confrontadas com o conceito de Estado Democrático de Direito estabelecido na atual Constituição Federal.

A pena de confisco sempre foi duramente criticada por atingir o patrimônio da família do condenado e, portanto, por produzir efeitos contra terceiros, violando o princípio da personalidade ou intranscendência da pena. Entretanto, se tal crítica pode ser feita em relação ao confisco *total* de bens, a mesma observação não é válida para o confisco *parcial*, como é o caso da pena de bens e valores prevista no art. 43, II, do Código Penal. No confisco *parcial*, a expropriação recai apenas sobre uma parte dos bens do condenado, restando ao mesmo ou aos seus familiares eventual patrimônio remanescente. Nesse sentido, a pena de confisco (parcial) não se distingue de outras modalidades de pena, visto que a multa também afeta uma parte do patrimônio do condenado e a prisão, além de retirar completamente a liberdade (no regime fechado), também acarreta problemas financeiros à família do condenado, que deixa de trabalhar e contribuir para o sustento desta.

Não se pode olvidar, ainda, que a liberdade é direito fundamental do ser humano e, no entanto, sempre foi alvo da intervenção penal, inexistindo motivos para justificar a inviolabilidade do direito à propriedade em caso de infração penal. Parece razoável afirmar que a propriedade, não obstante deva ser objeto de proteção e garantia jurídica, não pode ter garantia maior ou mais rigorosa que a liberdade ou a vida. Entretanto, conforme já mencionado, a liberdade continua sendo alvo da intervenção penal do Estado, por meio da pena privativa de liberdade, havendo diversos defensores da idéia de submeter a vida à intervenção penal por intermédio da pena de morte. Curiosamente, porém, em um país subdesenvolvido e pobre como o Brasil, onde poucos detêm muitos bens e muitos nada possuem, suportava-se a privação da liberdade de locomoção (prisão), defendia-se a eliminação da vida (pena de morte) ou ofensas à integridade física (açoites e tortura), mas não se admitia a privação da propriedade privada (confisco).

É conhecida a idéia de que a pena criminal corresponde à mais aguda e penetrante forma de intervenção estatal sobre a esfera dos

direitos fundamentais do homem, pois recai sobre a liberdade de locomoção ou, em alguns Estados, sobre a própria vida.³ Nesse sentido, a pena de confisco encontra-se seguramente legitimada em um Estado Democrático de Direito que também utiliza a privação da liberdade como sanção penal e possui como objetivos fundamentais, entre outros, garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) e reduzir as desigualdades sociais, erradicando a pobreza e a marginalização (art. 3.º, III, da CF).

Por fim, cabe ressaltar que a pena de confisco (parcial) deve ser cominada e aplicada com estrita observância dos princípios constitucionais que limitam a intervenção estatal, garantindo-se ao condenado todos os instrumentos processuais para salvaguarda de seus direitos.⁴

³ LOPES, M. A. R. *Teoria constitucional do direito penal*. Ob. cit., p. 30.

⁴ Nesse sentido, a tendência da jurisprudência norte-americana é a de considerar o confisco como verdadeira sanção penal, exigindo-se, por esse motivo, a observância dos direitos constitucionais do cidadão para sua imposição. Ao contrário dos que combatem a utilização penal do confisco, estudiosos do sistema legal americano sustentam a sua utilização específica pelo direito penal como forma de garantir maior segurança jurídica ao cidadão em relação à intervenção punitiva estatal (VERVAELE, J. A. E. *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ob. cit., p. 971-974).

BIBLIOGRAFIA ■

- ANTOLISEI, F. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Juan del Rosal e Ángel Torio. Buenos Aires: Uteha, 1960.
- ARAUJO JUNIOR, J. M. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico).
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BECK, U. Sociedade Global, Sociedade de Riscos. Tradução de Peter Naumann. *Caderno da Escola Legislativa*, Belo Horizonte, n. 4, p. 51-81, jan.-jun. 1998. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/escolalegis>>. Acesso em: 27 de agosto de 2001.
- BENTHAM, J. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edições Cultura, 1943 (Série Sociologia de Cultura).
- BETTIOL, G. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 3.
- BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- _____. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRUNO, A. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, t. 1.

- _____. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1, t. 3.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; MALARÉE, H. H. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1.
- CAMPANHOLE, H. L.; CAMPANHOLE, A. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal*: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1957. v. 2.
- CARRAZZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CASTELO BRANCO, F. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CERNICCHIARO, L. V.; COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Direito penal na constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99-120.
- COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- CRETILLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1.
- _____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 9.
- DELMANTO, C. et al. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. O sistema geral das penas. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65-128.

- DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- EISELE, A. A Pena de Perda de Bens e Valores e os Crimes Contra a Ordem Tributária. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 83, p. 9-10, out. 1999.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y 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.
- FERREIRA, P. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 3. ed. Tradução de Lúcia de M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1984.
- FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 17.
- FRANCO, A. S.; STOCO, R. (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.
- _____. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.
- GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976. v. 1, t. 2.
- GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOUVEIA, J. B. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis Editores, 2000.
- HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

- HOBBS, T. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).
- HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUBER, B. El comiso de las ganancias en el derecho penal: con especial referencia a la legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 17, p. 163-176, abr. 1990.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 3.
- JESUS, D. E. de. *Penas alternativas*: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. v. 1.
- KREß, C. Penas, Execução e Cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125-147.
- LARDIZABAL Y URIBE, M. de. *Discurso sobre las penas*. Granada: Editorial Comares, 1997 (Clásicos del derecho penal y procesal).
- LISZT, F. V. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1929. v. 3.
- LOPES, M. A. R. Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. In: DOTTI, R. A. et al. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 263-411.
- _____. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUISE, L. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LYRA, R. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2.

- MAGGIORE, G. *Derecho Penal*. Tradução de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1954. v. 2.
- MANZINI, V. *Istituzioni di diritto penale italiano*. 8. ed. Padova: Cedam, 1946. v. 1.
- _____. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910. v. 3.
- MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- _____. *Tratado de direito penal*. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000. v. 3.
- MATSOPOULOU, H. La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, p. 301-317, abr./jun. 1995.
- MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. v. 3.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO FILHO, J. C. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.
- MIRANDA, P. de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4.
- MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. 2. ed. Tradução de P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- MONTALVO, J. A. C. *El Patrimonio Criminal: Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001.
- NORONHA, E. M. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.
- OLIVEIRA, E. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OSÓRIO, F. M. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PALAZZO, F. C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

- PANZERI, A. de A. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 52, p. 9-52, jan./fev. 2005.
- PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M. F. E.; FAZZIO JÚNIOR, W. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.
- PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- PITOMBO, A.S.A.de M. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PODVAL, R. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- RODRIGUES, A. M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.
- SAUER, G. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.
- SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____; _____. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

- SZNICK, V. *Direito penal na nova Constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento*. São Paulo: Ícone, 1993.
- TIEDEMANN, K. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.
- VERVAELE, J. A. E. Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 954-974, 1998.
- _____. Las sanciones de confiscación: un intruso en el derecho penal? Tradução de María José Lazo López e Fernando Moreno Moreno. *Revista Penal*, Barcelona, n. 2, p. 67-80, jul. 1998.
- WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11. ed. 4. ed. castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editoria Jurídica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ZDRAVOMÍŠLOV, B. V.; SCHNEIDER, M. A.; KÉLINA, S. G.; RASHKÓVSKAIA, Sh. S. *Derecho penal soviético: parte general*. Tradução de Nina de la Mora e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1970.