

Natureza e problemas básicos envolvendo a extinção civil do domínio¹ nos Estados Unidos.

Autor: Stefan D. Cassella²
Tradução livre e adaptada:
André Prado de Vasconcelos

Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

1 Introdução

Os Estados Unidos tem um programa de perdimento de bens robusto. Em cada um dos últimos cinco anos fiscais, agências federais americanas de promoção de perdimento de bens recuperaram mais de 2 bilhões de dólares através de perdimentos criminais e da extinção civil do domínio.³ A maior parte dessas

¹ A expressão “perdimento não baseado em condenação criminal será substituída por” extinção civil do domínio” de forma a possibilitar a compreensão dos profissionais do direito que já trabalham com o conceito.

² Stefan D. Cassella é ex-assistente do Procurador Geral dos Estados Unidos especializado em processos visando recuperação de ativos e lavagem de dinheiro tendo atuado durante 30 anos. Sua firma, Asset Forfeiture Law, LLC, provê treinamento e assistência jurídica para agências de persecução que trabalhem com perdimento de bens e lavagem de dinheiro tanto em nível local, estadual, federal bem como no estrangeiro.

³ Os dados do Departamento do Fundo de Perdimento de Bens são publicados em <https://www.justice.gov/afp>. O site mostra que anos fiscais de 2013 a 2016 os depósitos totalizaram os seguintes valores, respectivamente: \$2.1 bilhões, \$4.5 bilhões, \$1.6 bilhão, \$1.9 bilhão. Essa variação tem a ver com a inclusão de duas recuperações extraordinariamente grandes no ano fiscal de 2014. Houve também pequenas recuperações promovidas pelo fundo do tesouro advindas de casos promovidos pelo Departamento de Segurança Nacional e pelo Departamento do Tesouro. As receitas no Fundo do Tesouro, em regra, correspondem a um terço daquelas correspondentes ao Fundo do Departamento de Justiça. O valor total das receitas pode ser calculada agregando as somas produzidas pelos dois fundos. Para o ano de 2017 o Fundo do Departamento de Justiça teve depósitos na ordem de \$1.64 bilhão, dos quais \$480 milhões derivaram da extinção civil do domínio e \$590 milhões de perdimentos criminais.

recuperações foram baseadas em em violações da lei penal federal americana. O restante dos bens confiscados constituiu-se de bem encontrados em território americano e que derivaram de violações à lei estrangeira.

Nos casos que envolvem vítimas, os bens são utilizados para restituição/indenização às mesmas. No restante dos casos, o dinheiro é distribuído entre as agências de combate ao ilícito respectivo em nível local, estadual e federal para ser usado no treinamento, na aquisição de equipamento, bem como para custear as despesas envolvendo investigações e processos nas ações respectivas. Em casos onde os bens derivam de violação à lei estrangeira, os produtos do perdimento são divididos com os Estados estrangeiros nos moldes do Tratado de Assistência Legal Mútua firmado com a respectiva nação (MLATs).

Esse estudo discute os gols atingidos pelas ações de perdimento de bens, instituídas para servir o sistema federal de justiça criminal americana, os tipos de propriedade que estão sujeitas a perdimento e os procedimentos usados para iniciar, litigar e concluir os processos de extinção do domínio. Com relação ao procedimento, o foco será na extinção civil do domínio e, especialmente, nas garantias para proteção dos interesses e do direito ao devido processo legal pelos proprietários dos bens sujeitos a perdimento.

2 Características gerais e objetivos

Aproximadamente metade dos bens recuperados pelo programa federal de perdimento de bens são produtos de uma sentença de perdimento prolatada numa acusação criminal com êxito, e o resto deriva de ações de extinção civil do domínio. Em ambos os casos, as metas do procedimento são as mesmas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos resumiu as metas do programa federal de perdimento de bens no julgado *Kaley v. United States*, 134 S. Ct. 1090, 1094 (2014). Perdimento, segundo a Corte, serve para punir o delinquente, impedir ilegalidades futuras,

diminuir o poder econômico dos empreendimentos criminosos, compensar as vítimas, melhorar as condições das comunidades submetidas ao crime e apoiar as atividades persecução aos delitos relacionados como, por exemplo, no treinamento policial. Em resumo, as metas do perdimento de bens são os gols da persecução penal em geral – punição, dissuasão e incapacitação – além de vários outros objetivos adicionais que o perdimento é designado para atingir de forma singular.

2.1 Punindo o delinquente

Como a maior parte dos representantes do Ministério Público sabem, muitos criminosos se preocupam mais em manter seu dinheiro e bens produto de sua atividade criminosa do que cumprir pena na prisão.⁴ Por consequência, para punir o réu, o Parquet procura não só o seu encarceramento, mas também retirar dele os frutos de sua atividade criminosa.

Na visão dos representantes do Ministério Público, não há sentido em processar uma pessoa por fraude e deixá-la manter os proveitos do delito, ou deixar o traficante de drogas manter os bens adquiridos como receita de seus atos ilícitos. Por tal razão, os Representantes do Ministério Público geralmente insistem que o perdimento de bens seja incluído nas negociações para acordos em ações penais. Frequentemente exigirão do réu o pagamento de soma igual aos proveitos que recebeu, mesmo quando já tenha gasto o dinheiro e mesmo que já tenha indenizado a vítima.

⁴ Um exemplo fictício, muitas vezes citado em conferências de treinamento de agências de persecução nos Estados Unidos, deriva da série de TV produzida pela Netflix *Breaking Bad*, na qual o personagem principal, Walter White, um químico que produz uma vasta quantidade de metanfetaminas de boa qualidade para traficantes de drogas, que enfrenta uma verdadeira odisséia a fim de lavar e proteger os proveitos de seu crime das agências de persecução – basicamente ao custo de sua própria vida – para preservar o dinheiro para sua família.

2.2 Detendo outros criminosos

A segunda meta do sistema de justiça criminal é obstar o cometimento de novos crimes pelos infratores. Na maioria dos casos criminais federais, o objetivo do réu ao cometer o crime é fazer dinheiro. Se o réu não consegue manter o dinheiro ganho, haverá menos incentivo para a próxima pessoa que desejar praticar delitos similares. Caso contrário, o deixar os réus mantendo os produtos de seus crimes, seria um incentivo para outras pessoas a cometer delitos similares a despeito dos riscos envolvidos – precisamente o efeito inverso ao que as agências de persecução pretendem atingir.

2.3 Eliminando as ferramentas de comércio e os recursos econômicos

Em terceiro lugar, o perdimento de bens serve como uma forma de incapacitação dos agentes para novas atividades criminais. Obviamente, armas são confiscadas para que não possam mais ser usadas em crimes que as envolvam no futuro. De forma similar, o governo usa o perdimento de bens para impedir que um traficante de drogas, por exemplo, use um avião para contrabandear mais drogas, ou que um produtor de pornografia infantil tenha outra chance de usar seu computador para distribuir mais imagens ilegais.

De uma maneira geral, o governo usa o perdimento de bens para “fechar as avenidas que são usadas para cometer crimes”. A utilização do perdimento de bens para recuperar proventos da cleptocracia traduz um bom exemplo. Se os líderes corruptos de outros países estiverem usando o sistema financeiro dos Estados Unidos para lavar dinheiro que tenham subtraído de seus tesouros e se estiverem escondendo recursos ou investindo o dinheiro em bens no território americano, o perdimento desses bens por força da lei de lavagem de dinheiro fecha as portas para esse proceder e torna mais difícil que futuras subtrações tenham sucesso.

2.4 Interrompendo as organizações

O perdimento de bens como forma de incapacitação se aplica a organizações da mesma maneira que se aplica aos indivíduos. O dinheiro é a cola que mantém os empreendimentos criminais íntegros; eles tem que reciclar o dinheiro de forma a manter seu esquema ilegal em curso. Sem o fluxo constante de recursos, as condutas ilícitas cessarão.

Por exemplo, frequentemente se diz que é mais difícil para uma organização dedicada ao tráfico de drogas repor o dinheiro que ganharam vendendo drogas do que repor as próprias drogas, e que a decretação do perdimento do dinheiro faz mais, no sentido de interromper o ciclo do tráfico, do que qualquer número de apreensões.

O mesmo é verdade para organizações que praticam tráfico de vida selvagem: a apreensão do fluxo de recursos de mercados asiáticos de caça ilegal é maneira muito mais efetiva de suprimir tal comércio do que a prisão de operadores de baixo escalão na África que possuem não mais que um caminhão e uma arma.

Mais importante ainda, a apreensão de dinheiro destinado a países sancionados como a Coreia de Norte e o Irã interrompe sua capacidade de evadir-se de tais sanções, e a apreensão de dinheiro que se pretendia utilizar para financiar o terrorismo tem o potencial de salvar inúmeras vidas.

2.5 Devolvendo dinheiro às vítimas

Além da punição, dissuasão e incapacitação, o perdimento de bens serve a outros propósitos. Perdimento, por exemplo, é um meio mais efetivo de recuperar dinheiro para as vítimas do que ordens para que o réu proceda à restituição. Como a Corte de Apelação do 4º Circuito disse no caso *United States v. Blackman*, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014), A habilidade do Governo para cobrar em um [perdimento] julgamento frequentemente supera aquela da vítima

pobre e não tutelada de um crime ... Realisticamente, a esperança da vítima em ser paga deve repousar na habilidade superior do governo de cobrar e liquidar os bens de um réu“ com base em leis de perdimento.

Portanto, no programa federal de perdimento, as vítimas vem sempre em primeiro lugar. Se existem vítimas, o dinheiro objeto de perdimento é usado para reembolsá-las, a não ser que o réu tenha recursos para pagamento das vítimas por conta própria. Somente quando não há vítimas, ou o réu é capaz de as pagar por conta própria que os recursos podem ser usados para treinamento, compra de equipamentos e outros propósitos das agências de persecução.

2.6 Protegendo a comunidade

Obviamente que, se existem menos armas nas ruas, a comunidade estará mais segura, mas o perdimento de bens protege a comunidade de outras formas também. Eler previne que criminosos adquiram controle acionário em indústrias, dominem mercados (por exemplo a escalada no mercado imobiliário) ou de adquirir riqueza usada para corromper servidores públicos. Em casos de colarinho branco, a recuperação de dinheiro de executivos de corporações corruptores e servidores públicos corruptos dão aos órgãos de persecução a oportunidade de convencer a comunidade que não será admitido que criminosos lucrem com seus crimes, que a lei trata a todos de forma igual e que os poderosos e bem articulados não podem agir impunemente.

Demais disso, o perdimento dos produtos do crime assegura a igualdade no campo econômico, uma vez que pessoas que tentam tocar seus negócios honestamente não terão de competir com aqueles que tem acesso a capital não sujeito a impostos e oriundos de fontes ilegais.

2.7 Reciclando o dinheiro

Finalmente, os fundos objeto de perdimento podem ser divididos com agências estaduais e locais de persecução e também usado para custear programas de oficiais de estímulo ao cumprimento da lei.

Algumas propriedades objeto de perdimento podem também ser colocadas em uso oficial ou entregues à organizações comunitárias. Esse, contudo, tem se transformado em lado controverso no programa de recuperação de bens; o que parece às agências de persecução como uso apropriado de bens recuperados de atividades criminosas chega aos críticos como“ policial por lucro” - é dizer, ao apreender e declarar o perdimento de bens não estariam tais agências de persecução alcançando objetivos legítimos, mas sim providenciando a receita necessária para custear suas operações.

3 Requisitos substantivos: qual propriedade está sujeita a perdimento?

Nos Estados Unidos, ao contrário da maioria dos outros países, o perdimento não se aplica universalmente a todos os crimes, quer estrangeiros quer domésticos. Ao contrário, o legislativo tem promulgado uma provisão de perdimento diferente para cada delito e tem dado apenas autoridade limitada para recuperar os proveitos de alguns crimes estrangeiros. Como resultado disso, existem crimes para os quais o governo pode recuperar os proveitos do delito, em outros apenas a propriedade usada na prática do delito e em outros em que não pode recuperar qualquer propriedade.

Demais disso, enquanto o perdimento criminal é possível para qualquer delito para o qual a extinção civil do domínio está prevista, o inverso não é verdade: há alguns crimes cujo perdimento só é possível através da modalidade criminal. Consequentemente, o representante do Ministério Público ou o agente de persecução

tem que olhar para a lei aplicável de forma a determinar qual propriedade, se alguma, pode ser recuperada em conexão com um delito em particular e qual procedimento está disponível para propiciar tal recuperação.

Além disso, as leis de perdimento de bens estão espalhadas por toda a legislação dos Estados Unidos; não há uma lei específica que se aplica a todos os crimes. Assim, representantes do Ministério Público são obrigados a manter um índice de referências cruzadas para cada crime federal com a provisão de perdimento que se aplica a ele. Ninguém pensa que é uma situação ótima que qualquer outro país deva copiar.

3.1 Produto

Para a maioria dos crimes, o governo pode recuperar produtos de um crime, e na maioria dos casos, o que constitui produto de um crime é bastante óbvio: é tudo aquilo que o réu adquiriu - ou teve capacidade manter - como resultado de seu ato criminoso. Se ele vendeu drogas, o dinheiro que recebeu é produto do delito; se ele roubou um banco, cometeu fraude ou recebeu suborno, o dinheiro do banco ou da fraude ou o pagamento do suborno seriam produtos do delito.

O escopo do termo “produto”, entretanto, pode ser bem amplo, incluindo propriedade adquirida indiretamente. Assim, para determinar qual propriedade pode ser objeto de perdimento como produto de um crime, as cortes americanas aplicam a regra denominada “se não fosse”, querendo dizer que os produtos do crime são qualquer coisa que o réu não teria “se não fosse” objeto do crime cometido.

Por exemplo, o salário de um réu não seria recebido como foi se não fosse produto de sua conduta ilegal de praticar fraudes envolvendo títulos, pelo que pode ser objeto de perdimento como produto do crime.⁵ Ou os rendimentos na conta de investimento do

⁵ United States v. Shabudin, 701 Fed. Appx. 599 (9th Cir. 2017).

réu que ele não ganhou normalmente, mas por ter aberto a mesma conta com a identidade furtada de outrem podem ser produtos da subtração de identidade.⁶ Com efeito, sob a regra do “se não fosse”, um negócio inteiro, e todos os seus rendimentos e bens, podem estar sujeitos a perdimento se tal negócio não existisse “se não fosse” para investimento dos produtos criminais para começar o negócio ou a ele dar seguimento.⁷

Demais disso, “produtos” incluem não apenas propriedades que o réu obteve como resultado do crime, mas propriedade que a atividade delituosa permitiu que ele mantivesse também. Por exemplo, se um réu é capaz de ter um débito reduzido por força do pagamento de um suborno, o dinheiro economizado com a redução do débito pode ser considerado como “produto” do suborno.⁸

Na lei federal, em regra, “produtos” significa “valor bruto”, não lucros líquidos, mas essa afirmação não é sempre verdadeira. Enquanto a maioria das cortes julgam que traficantes de drogas e outros essencialmente envolvidos em condutas criminosas não podem deduzir os custos de sua atividade, a possibilidade de dedução dos custos em outros casos não é tão clara.

Suponha-se, por exemplo, que alguém obtém um contrato para construir uma estrada subornando um servidor público, mas efetivamente construa a Estrada. Estaria todo o dinheiro recebido pelo contrato sujeito a perdimento sob a regra do “se não fosse” pago o suborno, o réu jamais teria ganho o contrato? Ou está o réu no direito de deduzir os custos advindos da construção da Estrada? As cortes americanas estão divididas quanto a esse tema.⁹

⁶ United States v. Cekosky, 171 Fed. Appx. 785, 787-88 (11th Cir. 2006).

⁷ United States v. Warshak, 631 F.3d 266, 329-330 (6th Cir. 2010); United States v. Smith, 749 F.3d 465, 488-89 (6th Cir. 2014).

⁸ United States v. Esquenazi, 752 F.3d 912, 931 (11th Cir. 2014).

⁹ Compare United States v. Martin, 2014 WL 221956, *5 (D. Idaho Jan. 21, 2014) (contratado que obtém um contrato público através de um pleito falso de elegibilidade para programas de auxílio a empresas em desvantagem deve sofrer perdimento do seu lucro líquido, não de toda a receita do contrato obtido fraudulentamente) com United States v. Pinson, 2015 WL 1578726 (D.S.C. Apr. 9, 2015) (o réu não teria apresentado qualquer fatura ao Governo se não fosse o acordo ilegal que o autorizou a apresentar faturas infladas, pelo que há que ser ob-

3.2 Propriedade facilitadora

Para alguns crimes federais – mais, infelizmente, não para os crimes ocorridos no estrangeiro – o Governo pode recuperar o que é comumente chamado de “propriedade facilitadora”. Tal propriedade pode ser recuperada em casos envolvendo drogas e pornografia infantil, por exemplo, mas não na maioria dos casos de colarinho branco tais como fraude e corrupção. Se uma lei específica de perdimento prevê o perdimento da propriedade facilitadora isso é fruto mais de um “acidente histórico” do que o resultado de uma decisão política objeto de reflexão.

Geralmente, a propriedade facilitadora é definida como qualquer propriedade que tornou o crime “menos difícil” de ser cometido ou mais ou menos livre de obstrução ou embaraço.¹⁰ Uma definição tão ampla obviamente nos leva a considerar questões referentes à proporcionalidade do perdimento face à gravidade do crime, mas as cortes americanas tem decidido a questão nos dois sentidos.

Primeiro, como uma matéria de cunho legal, uma vez que a lei federal prevê que deve haver uma “conexão substancial” entre a propriedade e o crime, que as cortes de finem como uma conexão que “mais que incidental ou fortuita”¹¹. Assim, se a conexão entre a propriedade e o crime é muito secundária, o perdimento não terá sucesso, mesmo quando tal bem tenha, de fato, facilitado o cometimento do delito de uma forma menor.¹²

Em segundo lugar, mesmo quando a propriedade passa pelo teste de conexão substancial, a corte pode exigir que a magnitude do perdimento seja mitigado – tomando como medida o valor da propriedade e outros fatores – quando se demonstrar “muito

jeito de perdimento o faturamento bruto sem qualquer desconto pelos services efetivamente prestados).

¹⁰ United States v. Huber, 404 F.3d 1047 (8th Cir. 2005).

¹¹ 18 U.S.C. § 983(c)(3) (exigindo uma “conexão substancial” entre a propriedade e o crime).

¹² United States v. One 1989 JaguarXJ6, 1993 WL 157630, *3 & n.2 (N.D. Ill. May 13, 1993).

desproporcional à gravidade do crime”.¹³ Essa questão será discutida abaixo no contexto dos limites constitucionais impostos sobre o confisco de bens pela aplicação das garantias fundamentais do cidadão (“Bill of Rights”).

4 Procedimentos e Garantias

4.1 Quem investiga os casos? A quais cortes se dirigem?

Os Estados Unidos são um país que adotam o modelo consuetudário de direito (common law), o que significa que, ao contrário de outras jurisdições civis (civil law) as cortes federais e seus juizes não tomam parte na investigação e persecução de casos criminais. Os casos são investigados pelas agências de persecução e são apresentados em juízo por representantes do Ministério Público.

Todas as investigações para fins perdimento são consideradas investigações criminais e, quando a investigação está encerrada, o representante do Ministério Público decide se segue na persecução dos bens como execução da sentença criminal ou em uma ação de extinção civil do domínio. Em ambos os casos, o objetivo do perdimento é o mesmo, atingir o maior número de metas descritas antes na parte II desse texto.

Não há distinção entre cortes civis ou criminais no sistema judiciário federal: todos os Juizes Federais podem processar casos civis e criminais, incluindo casos de perdimento criminal ou de extinção civil do domínio (competência ampla). Por conseguinte, mesmo que um representante do Ministério Público decida seguir na persecução do perdimento criminal ou de outra maneira, a ação de extinção civil será ajuizada na mesma corte.

As investigações para perdimento de bens geralmente são iniciadas por uma das agências federais de persecução. Cada agência tem áreas de expertise e responsabilidade. Por exemplo, o

¹³ United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 323 (1998); 18 U.S.C. § 983(g).

FBI investiga fraude e corrupção; o IRS investiga evasão de impostos e lavagem de dinheiro; DEA investiga casos envolvendo drogas; HSI investiga casos de contrabando e assim por diante. As mesmas agências investigam os casos mesmo que sejam objeto de uma ação de perdimento criminal ou de extinção civil do domínio.

As ferramentas de investigação disponíveis aos agentes incluem vigilância física ou eletrônica, oitiva de testemunhas, ordens judiciais requisitando a produção compulsória de arquivos (incluindo dados bancários), buscas e apreensões e a intimação de testemunhas para depoimento perante o grande júri. No estágio da investigação, as mesmas ferramentas estão disponíveis, e os mesmos direitos contra a autoincriminação e buscas e apreensões não razoáveis se aplicam, caso o representante do Ministério Público decida processar o caso de perdimento criminal ou civilmente. Com efeito, na maioria dos casos, o Órgão de Execução do Parquet não tomará qualquer decisão quanto ao método de perdimento a ser aplicado até a investigação estar concluída.¹⁴

Quando a agência de persecução sente que a investigação chegou a um determinado ponto, os agentes apresentam o caso ao representante do Ministério Público, que pode entender que o caso já está pronto para ser ajuizado ou então que demanda investigações adicionais. É da responsabilidade da agência de persecução não apenas investigar o crime e amearhar provas para demonstrar sua ocorrência, mas também localizar os bens que dele derivaram ou que foram usados para cometê-lo, até para montar o acervo probatório que será necessário para estabelecer a conexão entre tais bens e o crime perante a Corte. Assim, embora seja de rara ocorrência de tal fato, um Órgão de Execução do Parquet pode decidir que um caso ainda não está pronto para ser ajuizado porque embora os agentes tenham completado a investigação do crime subjacente, ainda não se concluiu a investigação dos bens que estarão sujeitos a perdimento.

¹⁴ Nos raros casos quando o representante do Ministério Público sabe desde o início que uma ação penal não será possível, algumas ferramentas de investigação, tal como o uso do grande júri talvez não estejam disponíveis.

Quando um representante do Ministério Público decide que um caso já está pronto, ele ou ela também decide se o Governo irá tentar recuperar os bens objeto de perdimento como parte de um procedimento penal ou em uma ação cível separada de qualquer persecução criminal. Em ambos os casos, quando o caso é ajuizado, o governo tem que provar duas coisas: que um crime foi cometido e que a propriedade que se quer recuperar derivou ou foi usada para seu cometimento. Nos dois casos, o acusado – ou o proprietário do bem – tem direito a julgamento da ação de perdimento por um júri.

Ao fim, se o governo tem sucesso, a corte emitirá uma ordem declarando o perdimento sobre a propriedade em favor daquele.

Em suma, juízes, oficiais de agências de persecução e articuladores da política de perdimento de bens nos Estados Unidos tem a seguinte visão: o objeto do processo – incluindo a investigação e persecução judicial – é o perdimento de bens; seus objetivos são atingir as metas descritas acima, incluindo punição, impedir que novos eventos ocorram, ressarcimento às vítimas, e o método pelo qual esses objetivos serão atingidos – perdimento criminal como parte de uma investigação penal ou uma ação de perdimento em separado (extinção civil do domínio) – é uma decisão estratégica feita pelo Representante do Ministério Público dependendo dos fatos e circunstâncias do caso. As considerações que o Órgão de Execução do Parquet leva em conta para determinar qual caminho a seguir serão discutidas abaixo.

Há sempre exceções, claro, alguns casos são mais complicados que outros. Mas de maneira geral, um caso de perdimento de bens pode ser resolvido numa ação penal ou civil em cerca de um ano.

4.2 Procedimento de Perdimento de Bens Criminal

Como já mencionado, a lei federal nos Estados Unidos permite que bens derivados de ou usados para o cometimento de um delito sejam recuperados de duas formas: como parte da sentença penal

condenatória de um réu ou em um procedimento separado de extinção civil do domínio.

O procedimento de perdimento criminal é razoavelmente mais direto: se o réu é condenado, a corte ordena que entregue o produto do crime ou a propriedade usada para cometê-lo. A determinação de que um bem está sujeito a perdimento é tomada pelo mesmo júri que deliberou o veredicto condenatório no julgamento, ou pela própria corte em uma sentença quando o réu abre mão do direito ao júri.¹⁵ Enquanto uma condenação de réu no âmbito penal tem de ser estabelecida com um grau de certeza quanto à prova denominado “além de uma dúvida razoável”, o perdimento de bens é determinado por um nível de prova menor (denominado “ponderação de probabilidades”).¹⁶ Além disso, porque a determinação de perdimento é parte de um procedimento sem intervenção do júri, provas “por ouvir dizer”¹⁷ são admissíveis em uma audiência de perdimento.¹⁸

Em contraste com outros países, os Estados Unidos não aderiram ao conceito de confisco alargado. Ao contrário, o perdimento criminal é limitado a bens derivados de ou usados para cometer o crime pelo qual o réu está sendo condenado. O representante do Ministério Público pode ser capaz de expandir o escopo do perdimento sob a regra que possibilita pleitear a condenação do réu por conspiração ou outro crime sob a mesma fundamentação tal como “esquema para defraudar” ao invés de imputar ao réu apenas o delito original, mas o fato é que o perdimento criminal fica limitado ao crime pelo qual o réu foi condenado. Como será discutido abaixo, para declarar o perdimento de propriedade derivada de ou usada para o cometimento de delito outro que não

o objeto da condenação é uma das razões pela quais a extinção civil do domínio é aplicada nos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos como em muitos países, se o réu não mais está na posse da propriedade sujeita a perdimento – por exemplo, porque o réu já gastou o valor, ou a escondeu, ou a remeteu ao estrangeiro – a corte pode deliberar por julgamento com base em valores e determinar ao mesmo que pague uma soma correspondente ao que pessoalmente lucrar com o ilícito.¹⁹ O ajuizamento de tal pedido de condenação em dinheiro é obrigatório²⁰ e pode ser executado através de uma ordem de perdimento de uma propriedade não maculada de valor equivalente como um bem em substituição.²¹

Há, ainda, outra limitação para o perdimento criminal que é, de alguma forma, única para os Estados Unidos, eis que o perdimento é imposto em um procedimento criminal para o qual somente o réu é parte, as propriedades que pertencerem a terceiros não podem ser objeto de perdimento em um caso criminal mesmo que tenham sido usadas para o cometimento do crime pelo qual tal réu foi condenado. De fato, seria considerada uma violação ao direito do terceiro ao devido processo legal uma ordem de perdimento a um bem de sua propriedade em um procedimento ao qual ao mesmo não teve permissão de participar. Por tal razão, uma vez que se ajuíze uma ação para perdimento da propriedade derivada de ou usada para o cometimento de um crime, a corte deve conduzir um procedimento auxiliar pós-julgamento em que qualquer terceiro, com interesse na propriedade objeto de perdimento, possa apresentar uma contestação sob o fundamento de que a propriedade pertencia ao terceiro quanto foi usada para o cometimento do delito, ou que foi adquirida depois, de forma onerosa, por um adquirente de boa-fé.²²

¹⁵ Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P.

¹⁶ *United States v. Stevenson*, 834 F.3d 80 (2nd Cir. 2016).

¹⁷ A “prova por ouvir dizer” refere-se a meios probatórios indiretos como, por exemplo, o testemunho de alguém que ouviu de um terceiro o fato que se quer seja demonstrado em juízo. Geralmente, não é permitida a apresentação desse tipo de prova nos julgamentos pelo júri, é dizer, o júri não pode ouvi-la e, se acaso acontecer, a prova deverá desconsiderada.

¹⁸ *United States v. Capoccia*, 503 F.3d 103, 109 (2d Cir. 2007).

¹⁹ *Honeycutt v. United States*, 137 S. Ct. 1626 (2017); *United States v. Vampire Nation*, 451 F.3d 189, 202 (3d Cir. 2006).

²⁰ *United States v. Blackman*, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014).

²¹ U.S.C. § 853(p).

²² U.S.C. § 853(n).

Assim, se o governo quer o perdimento da propriedade de um terceiro que foi usada para o cometimento de um delito, tem que ajuizar uma ação de extinção civil do domínio contra a propriedade, mesmo que o réu na ação penal tenha sido condenado em uma ação penal usando tal bem.²³

4.3 Procedimento de Perdimento Não Baseado em Condenação Criminal (extinção civil do domínio)

Procedimentos de perdimento de bens não baseado em condenação criminal (extinção civil de domínio) são ações contra a própria propriedade e não contra o proprietário. Pessoas procurando contestar o perdimento (conhecidos como requerentes) devem intervir no procedimento e demonstrar que tem legitimidade para tanto.²⁴

O costume nos Estados Unidos é nomear a propriedade sujeita ao perdimento no cabeçalho/nominata do caso; essa é a razão pela qual casos envolvendo extinção civil do domínio tenha nomes como *United States v. Real Property Located at 475 Martin Lane* ou *United States v. One Red 2003 Hummer H2* o que alguns podem considerar estranho ou pouco usual. Ao nominar a propriedade como sujeito do procedimento, no entanto, não significa que o governo acredita que a propriedade tenha feito algo de errado. Ao contrário, a extinção civil do domínio é simplesmente uma ferramenta procedimental – uma ação *in rem* – designada para colocar todos que tenham interesse na propriedade em juízo ao mesmo tempo.²⁵

Por exemplo, se o governo acredita que a propriedade localizada no endereço 475 Martin Lane ou que o Red Hummer H2 está sujeito a perdimento (como produto de um crime ou

como propriedade usada para seu cometimento), irá nomear a propriedade como sujeita a uma ação de perdimento e convidar qualquer interessado com interesse na mesma – que tenha título de propriedade, a esposa, o titular de um direito de retenção sobre o bem, uma pessoa que tenha um interesse baseado em arrendamento – a aviar um requerimento e contestar o perdimento em um mesmo procedimento. Esse é um processo muito mais eficiente para o governo do que seguir ajuizando ações de extinção do domínio para cada um dos potenciais interessados individualmente.

Nos Estados Unidos esse conceito não é novo. Ao contrário, foi desenvolvido no Século XVIII como uma maneira de recuperar propriedade de piratas, de traficantes de escravos que tinham embarcações e cargas que haviam sido apreendidas, mas que permaneciam fora da jurisdição das cortes americanas. Assim, se o governo apreendia o navio pirata e toda a sua carga mas não conseguia colocar as mãos sobre o proprietário, aviava uma ação de extinção civil do domínio e convidava o pirata a comparecer em juízo para se defender. Se ele se recusasse a tanto, não poderia ser processado criminalmente uma vez que não há possibilidade de condenação criminal à revelia nos Estados Unidos. Mas o Governo poderia recuperar a propriedade.

Representantes do Ministério Público agora usam a extinção civil do domínio em todos os tipos de casos partindo drogas, fraude, corrupção a virtualmente cada crime para o qual o perdimento é autorizado. E para aqueles que perguntam se ainda é usado contra piratas e traficantes de escravos a resposta é sim; nós ainda temos piratas, apenas os chamamos de terroristas; e nós ainda temos traficantes de escravos, apenas os chamamos de traficantes de seres humanos, ou pessoas envolvidas em comércio sexual.

O importante a saber a respeito da extinção civil do domínio é o seguinte: ele não exige a condenação criminal ou mesmo uma ação penal; a ação de perdimento pode começar antes que a ação penal seja ajuizada, enquanto está em processamento, depois de concluída ou mesmo que não exista ação penal correlata alguma. O

²³ *United States v. One Red 2003 Hummer H2*, 234 F. Supp.3d 415 (W.D.N.Y. 2017) (perdimento civil de um veículo usado pelo filho do proprietário para transportar drogas ilegais; perdimento civil é necessário para dar perdimento ao interesse de terceiros, mesmo que o agente, na posse do bem, tenha sido condenado criminalmente).

²⁴ *United States v. Vazquez-Alvarez*, 760 F.3d 193, 197 (2nd Cir. 2014).

²⁵ *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 295-96 (1996) (Kennedy, J. concurring).

governo deve provar, contudo, duas coisas em todos os casos: que um crime foi cometido e que a propriedade derivou de ou foi usada para o cometimento do delito.

Como em um caso de perdimento criminal, o governo deve estabelecer o segundo elemento – o nexos entre a propriedade e o ilícito – por uma ponderação de probabilidades. Mas ao contrário de um caso criminal, também é necessário estabelecer o primeiro elemento – que um crime foi cometido – por uma ponderação de probabilidades e não por um nível de certeza quanto à prova “além de uma dúvida razoável” (nível de prova máximo no direito americano - como ocorre nas ações penais).²⁶

No caso de uma propriedade usada para facilitação, o proprietário não tem que ser o agente; outra pessoa pode ter usado a propriedade para cometer o delito e, se assim for, a propriedade pode estar sujeita a perdimento mesmo que o proprietário não tenha sido formalmente indiciado ou denunciado. Esse proprietário, contudo, terá direito a intervir no caso e argüir uma “defesa do proprietário inocente”. Isso significa que uma vez que o governo estabelece que um crime foi cometido e que a propriedade foi usada para seu cometimento, o proprietário pode argumentar que não sabia que sua propriedade estava sendo usada dessa maneira ou que tomou todas as precauções razoáveis para prevenir tal uso. Se um terceiro interessado consegue demonstrar essas defesas por uma “ponderação de probabilidades”, ele vencerá a demanda.²⁷

De tal forma, por exemplo, se alguém usa o carro de sua mulher para cometer um crime e ela, sabendo, deixa o crime ocorrer, terá o governo condições de ajuizar a ação de extinção civil do domínio sem ter de indiciar a esposa por qualquer delito. Mas se ela não sabia que seu carro estava sendo usado para o cometimento do ilícito, teria direito

à “defesa do proprietário inocente”, bem como ao ressarcimento dos honorários de seu advogado caso vencesse a demanda.²⁸

O procedimento em uma ação de extinção civil do domínio pode ser sumarizado como a seguir:²⁹ o governo começa a ação apreendendo a propriedade (geralmente com um mandado judicial) e aviando uma petição com base na sua crença de que a propriedade está sujeita a perdimento. Uma cópia da inicial tem de ser entregue a qualquer pessoa que aparente ter um interesse jurídico na propriedade, de forma a que tais pessoas tenham tempo de contestar o pedido.

Se a petição é aviada, as partes – governo e requerente – entram no momento denominado “descoberta civil”; que consiste em que ambos façam demandas recíprocas de apresentação de provas relevantes e de respostas a inquirições a respeito do objeto da controvérsia. Ao final do processo de “descoberta civil”, as partes podem mover uma série de moções. Por exemplo, o governo pode questionar a legitimidade o requerente para contestar o perdimento ou mesmo pleitear o julgamento sumário com base em fatos não controvertidos. Ou o requerente pode pleitear a anulação de provas ilegalmente obtidas, tentar a extinção da ação, ou ajuizar sua própria moção cruzada para julgamento sumário.

Se nenhuma moção for deferida, o caso vai a julgamento perante um Juiz Federal. Se qualquer das partes assim requerer, a viabilidade do perdimento de bens da mesma forma que a “defesa do proprietário inocente” pode ser examinada por um júri. Se o governo vencer – i. e., se estabelecer que o crime foi cometido e que a propriedade foi derivada de ou usada para o seu cometimento – e o requerente não conseguir estabelecer uma “defesa do proprietário inocente”, a corte determinará a transferência do título de propriedade ao governo.

²⁶ Antes da promulgação da Lei de Reforma do Perdimento Civil de Bens de 2000 (Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 (CAFRA)), o ônus da prova de que a propriedade não estava sujeita a perdimento era do proprietário. A reforma (CAFRA), contudo, aboliu a inversão do onus da prova, colocando a obrigação de comprovar que a propriedade está sujeita ao perdimento sobre a responsabilidade do governo. 18 U.S.C. § 983(c)(1).

²⁷ 18 U.S.C. § 983(d).

²⁸ 28 U.S.C. § 2465(b).

²⁹ Os procedimentos que orientam a prática do perdimento civil estão insculpidos na Regra Suplementar G do Código Federal de Processo Civil e 18 U.S.C. § 983(a) (Supplemental Rule G of the F.R.Civ.P. and 18 U.S.C. § 983(a)).

4.4 Quando o Governo Eleger Usar a Extinção Civil do Domínio?

Se a extinção civil do domínio é uma ferramenta tão poderosa, porque o governo não promove o perdimento de tudo civilmente ao invés de incluí-lo como parte de casos criminais? Ou, perguntando de maneira diferente, como o representante do Ministério Público decide quando trazer o caso como parte de uma persecução criminal, ou separadamente como uma ação de perdimento não baseada em condenação criminal?

Primeiro, pode ser muito trabalho extra para o Representante do Ministério Público ajuizar uma ação de extinção civil do domínio se a propriedade pode ser recuperada como parte de uma sentença de condenação do réu em um caso criminal. Demais disso, a ação de extinção civil do domínio tem uma limitação séria.

Lembremo-nos do segundo requisito: que o governo tem que provar que a propriedade deriva de ou foi usada para o cometimento de um crime. Porque a ação é *in rem* quanto à uma propriedade específica, não pode haver substituição de ativos ou julgamento baseados em valor em um caso ação de extinção civil de domínio. Assim, se o governo não consegue estabelecer uma conexão entre o bem e o crime subjacente, não pode haver perdimento. No particular, em casos onde o dinheiro já foi gasto, ou não pode ser encontrado, essa espécie de perdimento não é uma opção.

Por essas duas razões, Representantes do Ministério Público nos Estados Unidos geralmente reservam a ação de extinção civil do domínio para os casos em que a persecução penal não é possível ou apropriada, ou quando o indiciamento penal ainda não é possível. Não obstante, esse fato deixa as seguintes onze situações onde o perdimento não baseado em condenação criminal será o provável veículo utilizado pelo Órgão de Execução do Parquet para recuperar propriedade maculada criminalmente.

4.4.1 Quando a propriedade é apreendida, mas o perdimento não sofre oposição.

É muito comum nos Estados Unidos que um réu renuncie seu direito à contestar o perdimento do dinheiro, armas de fogo ou outras propriedades apreendidas em sua posse ao tempo de sua prisão. Em tais casos, ao governo é dada a possibilidade de dispor da propriedade rapidamente em uma ação de extinção civil do domínio sem contestação (referida como “perdimento administrativo” na jurisprudência) ao invés de atrasar tal disposição até a Conclusão do julgamento criminal do mencionado réu.

4.4.2 Quando o réu está morto e não tem legitimidade para figurar no julgamento.

Não pode haver perdimento criminal se o réu não puder ser levado a julgamento. Assim, em muitos casos, o governo ajuiza uma ação de extinção civil do domínio porque o réu morreu mas a sua propriedade está sujeita a perdimento.³⁰ O exemplo mais conhecido envolveu o ex- executivo da Enron Kenneth Lay que morreu antes de sua condenação criminal e respectiva ação de perdimento tivessem transitado em julgado, e cujos bens criminalmente derivados por tal razão tiveram que ser objeto de uma ação de perdimento civil subsequentemente ajuizada.³¹

4.4.3 Quando o réu é um fugitivo ou estrangeiro além da jurisdição dos Estados Unidos.

O perdimento criminal também não é uma opção quando o réu é um estrangeiro que cometa um crime fora do território Americano, mas o produto da lavagem ou investimento dela derivado está nos

³⁰ United States v. \$120,751.00, 102 F.3d 342, 344 (8th Cir. 1996) (Ação de extinção civil do domínio não sofre redução com a morte do proprietário).

³¹ United States v. Lay, 456 F. Supp. 2d 869, 874 (S.D. Tex. 2006).

Estados Unidos. Em tais casos, a ação de extinção civil do domínio é o único remédio disponível.

Exemplos como esses são abundantes. Numa série de casos, Representantes do Ministério Público usaram ação de extinção civil do domínio para recuperar bens do General Sani Abacha que usou bancos nos Estados Unidos para lavar bilhões de dólares subtraídos durante o período em que foi governante militar da Nigéria; de Kim Dotcom que subtraiu milhões de dólares em propriedade intelectual de titulares de direitos autorais nos Estados Unidos enquanto residia na Nova Zelândia; e de Organizações Criminais Russas que subtraíram mais de 200 milhões de dólares do tesouro russo e investiram parte do dinheiro em propriedades em Nova Iorque.³²

Da mesma forma, o perdimento criminal não é uma opção se o réu comete o crime nos Estados Unidos mas foge para outra jurisdição deixando a propriedade para trás. Em tais casos, o Governo ajuíza uma ação de perdimento não baseada em condenação criminal contra a propriedade e invoca a doutrina da perda do exercício do direito pelo fugitivo, 28 U.S.C. § 2466, para impedi-lo de contestar o perdimento até ou a menos que ele se submeta a enfrentar as acusações que pesam contra si.³³

4.4.4 Quando a prescrição ocorre nos casos criminais.

Nos Estados Unidos, uma persecução penal geralmente tem

³² United States v. All Assets Held in Account Number 80020796, 83 F. Supp.3d 360 (D.D.C. 2015) (\$2 bilhões subtraídos da Nigéria pelo Gen. Abacha, lavados através de bancos americanos, e depositados em Jersey, França e Reino Unido); United States v. All Assets Listed in Attachment A (MegaUpload, Ltd.), 89 F. Supp.3d 813 (E.D. Va. 2015) (fundos derivados da subtração de propriedade intelectual em sites da internet administrados da Nova Zelândia); United States v. Prevezon Holdings, Ltd., 251 F.Supp.3d 684 (S.D.N.Y. 2017) (escolha do momento e modelo de transações podem servir como prova circunstancial da movimentação do dinheiro através de uma série de transações complexas é rastreável para o "SUA" original).

³³ United States v. Real Property Known As 7208 East 65th Pl., 185 F. Supp.3d 1288 (N.D. Okla. 2016) (réu indiciado por vender medicamentos sem valor para pacientes terminais de cancer que fugiu do México).

de começar em cinco anos contados da data do delito. Ações de extinção civil do domínio também tem a limitação de cinco anos baseada na prescrição, mas que começa a correr da descoberta do delito e não da data da sua efetiva ocorrência.³⁴ Assim, há casos em que uma persecução penal não é viável em razão da prescrição, mas a ação de perdimento civil permanece acessível como meio de recuperação de propriedades criminalmente maculadas.

4.4.5 Quando a propriedade maculada tenha sido recuperada mas as agências de persecução não sabem quem praticou o delito que deu ensejo ao perdimento.

Não é incomum para agências de persecução recuperar propriedade comprovadamente ligada à uma prática criminal embora não seja possível determinar quem possa ser o agente do delito. Por exemplo, se armas, simuladores de voo, eletrônicos contrabandeados ou dinheiro são interceptados enquanto no caminho para um país designado como apoiador do terrorismo, embora não fique claro quem seja o exportador ou receptor da propriedade e, portanto, não exista alguém para processar ou condenar em um caso criminal, aqueles bens estarão sujeitos a perdimento.

O mesmo é verdade quando pacotes de dinheiro embrulhados em tiras de borracha e maculados com resíduos de drogas são apreendidos de serviço de correio que é incapaz (ou não deseja) identificar o proprietário, ou se um artefato cultural ou trabalho artístico é recuperado em uma casa de leilões mas ninguém sabe que o subtraiu ou importou.³⁵

Em todas essas circunstâncias, uma ordem judicial não

³⁴ 19 U.S.C. § 1621; United States v. Real Property 874 Gartel Drive, 79 F.3d 918, 922 (9th Cir. 1996).

³⁵ United States v. Eighteenth Century Peruvian Oil on Canvas, 597 F. Supp.2d 618, 623 (E.D. Va. 2009) (pinturas religiosas em óleo importadas do Peru em violação da Lei de Implementação da propriedade cultural são sujeitas a perdimento com base no 19 U.S.C. § 2609); United States v. Two General Electric Aircraft Engines, 2016 WL 6495397 (D.D.C. Nov. 2, 2016) (ação

baseada em condenação criminal irá encontrar a propriedade e forçar o proprietário a se apresentar para contestar o procedimento de perdimento.

4.4.6 Quando o réu é condenado por um crime diferente ao que deu origem ao perdimento.

Como mencionado anteriormente, as Cortes Federais nos Estados Unidos não adotaram de maneira plena o conceito de confisco alargado, onde a condenação por um crime específico dará origem a uma ordem de perdimento dirigida aos produtos de todos os outros crimes que o mesmo acusado tenha cometido. Ao contrário, porque o perdimento criminal é tido como parte da sentença criminal relativa ao cometimento de um crime em específico, somente a propriedade relacionada à prática de tal delito estará sujeita ao perdimento. Nesses casos, o governo tem que ajuizar uma ação de extinção civil do domínio para recuperar qualquer propriedade envolvida em outros delitos.

4.4.7 Quando não há um caso federal criminal porque o agente já foi condenado por Corte Estadual, Estrangeira ou Tribal.

Suponha-se que um crime tenha sido cometido fora dos Estados Unidos e o agente tenha sido condenado no estrangeiro, mas a propriedade está agora nos Estados Unidos e o país estrangeiro (por qualquer razão) não tenha sido capaz obter uma ordem de confisco que os Estados Unidos tenham condição de impor. Nesse caso, mesmo que os Estados Unidos consigam por as mãos no réu, isso pode ser desnecessário – e considerado uma perda de energia processual – é dizer, processar o réu uma segunda vez pelos crimes que cometeu a fim de obter uma ordem de perdimento criminal dos

de extinção civil do domínio contra duas aeronaves que estavam sendo enviadas ao Irã em violação da lei americana e que tinha como destino a entrega a uma organização terrorista: A Força da Guarda Revolucionária Islâmica).

bens nos Estados Unidos. O mesmo é verdade no que tange à uma persecução criminal federal por um delito pelo qual o acusado já foi condenado em uma Corte Estadual.³⁶

Nas duas oportunidades, ajuizar uma ação de extinção civil do domínio autoriza o governo a recuperar a propriedade na Corte Federal sem ter que buscar uma persecução criminal desnecessária.

4.4.8 Quando não há um caso criminal porque os interesses da justiça não exigem uma condenação criminal.

Há diversas vezes em que o governo escolhe não ajuizar uma ação penal mesmo tendo havido uma clara violação da lei penal porque os interesses da justiça não exigem uma condenação criminal. Isso é chamado o exercício da discricionariedade acusatória.

Suponha, por exemplo, que um condenado por um determinado crime convença sua mãe (que tem setenta anos de idade) a comprar uma arma para ele, em uma situação em que ambos sabem que há violação da lei federal no fato de um apenado por tal delito possuir arma. E suponha também que a mãe não só compre tal bem, mas faça uma declaração falsa no documento exigido, quando perguntada se está comprando a arma para si ou para uma terceira pessoa.

Em tal caso, a mãe claramente violou a lei federal e seria submetida a persecução criminal, mas o governo enfrenta a escolha entre fazer nada (e permitir ao condenado manter a posse da arma) ou promover a persecução penal contra uma senhora idosa, pelo que pode decidir confiscar a arma com base em uma ação de extinção civil do domínio como sendo a coisa certa a fazer.³⁷

³⁶ United States v. \$7,679.00 U.S. Currency, 2015 WL 7571910 (W.D.N.Y. Nov. 24, 2015) (o réu se declara culpado para o crime de tráfico de drogas no Estado e a Agência de Persecução Federal adota a apreensão para fins de perdimento civil com base em lei federal).

³⁷ United States v. 6 Firearms, Accessories and Ammunition, 2015 WL 4660126 (W.D. Wash. Aug. 5, 2015).

4.4.9 Quando as provas são insuficientes para demonstrar que o réu cometeu o crime sob o nível de exigência probatório denominado “além de uma dúvida razoável”.

Tanto no caso de perdimento criminal quanto no não baseado em condenação criminal, recai sobre o governo o ônus da prova de demonstrar a conexão entre a propriedade e o delito sob uma perspectiva de “ponderação de probabilidades”. O mesmo standard probatório se aplica nos casos de perdimento civil no que tange a provar que um crime foi cometido. Contudo, nos casos criminais, o governo tem que provar não só que um delito foi cometido, mas que um réu em particular o praticou acima de uma dúvida razoável (standard probatório superior). Quando o governo não consegue satisfazer tal nível de prova em um caso criminal, pode fazer uso de uma ação de extinção civil do domínio como meio apropriado para recuperar a propriedade.

4.4.10 Quando o réu usa a propriedade de outra pessoa para o cometimento do delito e tal pessoa não é um “dono inocente”.

Como mencionado anteriormente, não é incomum que um réu faça uso da propriedade de outra pessoa para cometimento de um delito. Por exemplo, pode ter lavado dinheiro através de um negócio de um terceiro, roubado um banco ou distribuído drogas através de um avião pertencente a outrem. Em tais casos, a ação de extinção civil do domínio torna possível o confisco de bens de terceiros sem ter que processá-los como réus em um crime. Realmente, como a lei federal nos Estados Unidos não permite o perdimento de bens de terceiros em um caso criminal mesmo quando a pessoa não é um “proprietário inocente”, a ação de extinção civil do domínio é o único caminho para recuperar propriedade sem ter de processar criminalmente o terceiro que seja proprietário do bem.

Em tais casos, o terceiro interessado teria o direito de intervir e defender seu direito de propriedade contestando as

provas apresentadas pelo governo e/ou arguindo que é um “proprietário inocente”

4.4.11 Quando a investigação criminal levará muito tempo, e há perigo da propriedade desaparecer.

Finalmente, os Representantes do Ministério Público podem dar início a uma ação de extinção civil do domínio como um meio de congelar a propriedade enquanto a investigação está em curso, mas antes que o governo esteja pronto para ajuizar uma ação penal formal. Em tais casos, que são comuns, o governo começa a ação de perdimento civil mas pedir à Corte que suspenda curso do processo para evitar ter que revelar detalhes da investigação criminal no procedimento de natureza civil.³⁸

Ao mesmo tempo, há grande chance que o proprietário do bem concorde com a suspensão ou mesmo pleiteie a suspensão por si próprio para evitar ter que escolher entre abrir mão de sua garantia constitucional prevista na 5ª Emenda contra a auto-incriminação e não ter que produzir prova no procedimento cível em defesa de sua propriedade.³⁹

De fato, para além dos Estados Unidos, essas passam a ser razões fundamentais para promulgar legislação que autorize a ação de extinção civil do domínio, quando há investigações de pessoas publicamente expostas envolvidas em casos de corrupção que podem levar anos para serem resolvidas

5 Garantias Constitucionais

Embora a ação de extinção civil do domínio não exija a condenação criminal, a maior parte das garantias constitucionais relativas à liberdade individual que se aplicam em casos criminais, aplicam-se igualmente aos casos de perdimento não baseados em

³⁸ 18 U.S.C. § 981(g)(1).

³⁹ 18 U.S.C. § 981(g)(2).

condenação criminal. Onde existem exceções, o fundamento é que tais proteções, que se aplicam quando a liberdade de alguém está em jogo, historicamente não têm sido aplicadas quando a questão se resume a uma penalidade em dinheiro ou a perda da propriedade.

Em ambos casos, de perdimento criminal e da ação de extinção civil do domínio, o proprietário pode usar o direito de ver o perdimento de sua propriedade deliberada por um júri, tendo o governo que estabelecer um nexo de causalidade entre a propriedade e o delito por uma “ponderação de probabilidades”.⁴⁰ Em ambos os casos, o proprietário tem o direito de apresentar uma moção para suprimir provas que tenham sido obtidas em violação ao seu direito constitucional previsto na 4ª Emenda que proíbe busca e apreensão não razoáveis.⁴¹ E em ambos casos, o perdimento é limitado pela garantia constitucional denominada “Cláusula de Multas Excessivas” que proíbe que tal perdimento ocorra quando ocorra grave desproporcionalidade entre aquele e a gravidade do delito.⁴²

Demais disso, ambos esquemas legislativos protegem os direitos de terceiros permitindo aos mesmos intervir no caso de perdimento e argüir que a propriedade pertence a si (que é uma defesa integral em caso de perdimento criminal) ou que pertence aos mesmos e se qualificam como “proprietários inocentes” (nos casos de ação de extinção civil do domínio). Em ambos casos, o ônus da prova pesa sobre o terceiro interessado em estabelecer que tem direito de sua propriedade excluída do pedido de perdimento.⁴³

Finalmente, em ambos os casos, a parte que não consiga vencer em primeiro grau de jurisdição tem direito à apelação.

⁴⁰ Rule G(9), F.R.Civ.P., Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P., 18 U.S.C. § 983(c)(1) (colocando o ônus da prova sob o governo em casos de perdimento civil).

⁴¹ Rule G(8)(a), F.R.Civ.P. (fazendo a regra de exclusão aplicável aos casos de perdimento civil).

⁴² United States v. Cheeseman, 600 F.3d 270, 282 (3d Cir. 2010) (A garantia constitucional denominada “Cláusula de Multa Excessiva” aplica a ambos, perdimento civil e criminal); 18 U.S.C. § 983(g) (fazendo a “Cláusula de Multa Excessiva” aplicável ao perdimento civil por lei).

⁴³ 21 U.S.C. § 853(n) (endereço aos direitos de terceiros interessados em casos criminais); 18 U.S.C. § 983(d) (criando a defesa do “proprietário inocente” em casos de perdimento civil).

Em outras instâncias, as proteções dadas nos casos de ação de extinção civil do domínio são maiores do que as previstas para os casos criminais. Por exemplo, o escopo da produção de provas em casos de ação de extinção civil do domínio é muito maior do que o da produção de prova criminal. Assim, nos casos não baseados em condenação criminal, o petionário/proprietário pode forçar o governo a revelar provas e produzir prova testemunhal antes do julgamento que, em casos criminais, não seriam exigíveis dos órgãos de persecução.⁴⁴

Outrossim, enquanto a prova “por ouvir dizer” é admissível em casos para estabelecer a possibilidade de perdimento do bem em casos criminais depois da condenação do réu (porque o procedimento de perdimento é considerado parte do processo criminal), nos casos de ação de extinção civil do domínio o governo tem que demonstrar ambos elementos – que um crime ocorreu e que a propriedade derivou de ou foi usada para cometimento do delito – sem a utilização de provas “por ouvir dizer”.⁴⁵

Demais disso, uma gama de proteções relacionadas ao devido processo legal se aplicam em casos de ação de extinção civil do domínio, não se aplicando, em contrapartida, a casos criminais. Por exemplo, o governo é obrigado, para começar uma ação de extinção civil do domínio citando/intimando a qualquer pessoa com interesse potencial na propriedade de forma a que tenham efetivo conhecimento do processo.⁴⁶ Além disso, o governo tem que começar a ação dentro de um prazo previsto em lei após a apreensão da propriedade e/ou do pedido do proprietário objetivando sua devolução.

⁴⁴ United States v. Approximately \$69,577 in U.S. Currency, 2009 WL 1404690, *3 (N.D. Cal. May 19, 2009) (O Governo tem direito à suspensão do procedimento se, abrindo a fase probatória para membros da família do réu no caso civil, implicar num conhecimento de provas mais rápido e amplo do que se deveria fazer em um caso criminal).

⁴⁵ Compare United States v. Ali, 619 F.3d 713, 720 (7th Cir. 2010) (“prova por ouvir dizer” é admissível nos procedimentos de perdimento criminal) with United States v. \$92,203.00 in U.S. Currency, 537 F.3d 504, 510 (5th Cir. 2008) (“prova por ouvir dizer” não admissível em casos de perdimento civil).

⁴⁶ Dusenbery v. United States, 534 U.S. 161, 167 (2002).

Há, obviamente, instâncias nas quais as garantias para os casos criminais são maiores do que nos casos de ação de extinção civil do domínio, o mais importante deles concernindo ao ônus da prova. Enquanto o Governo arca com o ônus da prova em ambos casos, e ao mesmo tempo em que tem que estabelecer o nexo entre a propriedade e o delito no mesmo standard probatório em ambos casos, nos casos criminais, o Governo tem que demonstrar que um crime foi cometido, e que o foi por uma pessoa pelo standard denominado “além de uma dúvida razoável”, ao passo que nos casos não envolvendo condenação criminal terá de provar que um crime foi cometido por alguém no standard probatório denominado “ponderação de probabilidades”. Tal fato reflete a visão histórica nos Estados Unidos de que um standard probatório mais alto tem que ser atingido quando a vida ou a liberdade da pessoa estiver em jogo, mas que o standard mais baixo é suficiente quando o litígio concernir apenas a possibilidade de pena pecuniária ou a perda de um direito de propriedade.⁴⁷

Casos de pedimento criminal e ações de extinção civil do domínio se diferem no que tange ao direito contra auto-incriminação previsto na 5ª Emenda. Enquanto o réu/requerente mantém o direito de se recusar a fazer prova contra si próprio em ambos casos, as conseqüências ao invocar tal direito são diferentes a depender da natureza do procedimento. Em casos criminais, o governo não pode fazer qualquer referência, nem trazer qualquer inferência da invocação, pelo réu, do seu direito de ficar em silêncio previsto na 5ª Emenda. Nos casos de extinção civil do domínio, se um requerente

⁴⁷ United States v. \$114,700.00 in U.S. Currency, 2017 WL 6205529 (D. Col. Dec. 8, 2017) (Relatório e Recomendação) (rejeitando a arguição de aplicação da cláusula de devido processo legal para o standard probatório da “preponderância das evidências”; o perdimento civil serve a um objetivo governamental importante, há uma argumentação clara em favor de que o standard probatório da “preponderância das evidências”, e outras proteções previstas no CAFRA são adequadas para assegurar que a propriedade não seja desapropriada sem o devido processo legal; além disso do standard probatório denominado “além de uma dúvida razoável” está reservado a casos criminais, e a casos extraordinários envolvendo deportação, desnaturalização e perda de pátrio poder quando demonstrados de forma clara e convincente, não a casos envolvendo perdimento de dinheiro), adotado pela Corte distrital 2018 WL 655040 (D. Col. Feb. 1, 2018).

invoca o direito de permanecer em silêncio, a corte pode extrair, de tal invocação, inferências negativas de seu silêncio.⁴⁸

Além disso, um requerente que se recusa a responder qualquer questão envolvendo seu relacionamento com a propriedade em um caso de extinção civil do domínio pode se ver na situação de ser incapaz de satisfazer o ônus da prova necessário para ter legitimidade para contestar o perdimento.⁴⁹

Finalmente, casos criminais e ações de extinção civil do domínio diferem no que diz respeito à aplicação ao direito constitucional previsto na 6ª Emenda de poder ter defensor. Em nenhum dos casos o réu/requerente pode usar de fundos derivados de crime para pagar um advogado.⁵⁰ Nos casos criminais, contudo, o réu que não pode contratar um advogado por essa razão tem direito à nomeação de um defensor às custas do governo. Ao contrário, nas ações de extinção civil do domínio o direito à advogado nomeado só subsiste se a propriedade sujeita a perdimento seja sua própria residência.⁵¹ Em todos os outros casos, o requerente tem de esperar o final do processo e terá direito ao reembolso de suas despesas com advogado caso vença a ação.⁵²

6 Conclusão

A ação de extinção civil do domínio é vista como uma ferramenta essencial na persecução nos Estados Unidos e que pode ser aplicada discricionariamente pelos Representantes do Ministério Público em casos apropriados, e naqueles casos em que seria impossível de dar perdimento à uma ampla variedade de apurações de grande importância, inclusive casos em que os Estados

⁴⁸ United States v. U.S. Currency in the Amount of \$119,984.00, 304 F.3d 165, 177 (2d Cir. 2002).

⁴⁹ United States v. \$162,576.00 in U.S. Currency, 2011 WL 5239747, *5-6 (M.D. Ga. Nov. 1, 2011).

⁵⁰ Luis v. United States, 136 S. Ct. 1083 (2016).

⁵¹ 18 U.S.C. § 983(b).

⁵² 28 U.S.C. § 2465(b).

Unidos são chamados a recuperar propriedade derivada de crimes praticados em outros países. As garantias constitucionais atinentes ao devido processo legal que são integrais nos procedimentos criminais igualmente o são, na maioria dos casos, aplicáveis às ações de extinção civil do domínio e, em algumas instâncias, essas mesmas garantias são superadas pelas previstas para a primeira forma de perdimento. Nessas instâncias onde as garantias criminais são maiores, as garantias previstas para casos não baseados em condenação criminal podem ser apropriadas tendo em vista maior proteção historicamente garantida quando a vida ou a liberdade e não apenas um direito de propriedade estejam em jogo.