
NATUREZA E PROBLEMAS BÁSICOS DO CONFISCO NÃO BASEADO EM CONDENAÇÃO PENAL NOS ESTADOS UNIDOS

Stefan D. Cassella

Stefan D. Cassella é ex-assistente do Procurador Geral dos Estados Unidos especializado em processos visando à 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.

RESUMO

Este artigo discute as metas que o confisco de ativos pretende cumprir no sistema de justiça penal federal, os tipos de propriedade que estão sujeitas a confisco e os procedimentos que são utilizados para iniciar, litigar e concluir casos de confisco de ativos. No que diz respeito ao procedimento, seu foco está na caducidade não baseada em condenação (NCB) e, especialmente, nas salvaguardas que protegem os interesses da propriedade e os direitos processuais dos proprietários.

*NATURE AND BASIC PROBLEMS OF NON-CONVICTION-BASED
CONFISCATION IN THE UNITED STATES*

ABSTRACT

This report discusses the goals that asset forfeiture is intended to serve in the federal criminal justice system, the types of property that are subject to forfeiture, and the procedures that are used to initiate, litigate, and conclude asset forfeiture cases. With respect to procedure, its focus is on non-conviction-based (NCB) forfeiture, and especially on the safeguards that protect the property interests and due process rights of property owners.

INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos têm um robusto programa de confisco de ativos. Em cada um dos últimos cinco exercícios sociais, as autoridades policiais federais recuperaram mais de dois bilhões de dólares em ativos por meio de ações de confisco sem condenação penal¹. A maioria dessas recuperações foi baseada em violações do direito penal federal. O restante envolveu ativos encontrados nos Estados Unidos que foram derivados de violações de leis estrangeiras.

Nos casos que envolvem vítimas, os ativos recuperados são utilizados para restituição das vítimas; nos demais casos, o dinheiro é distribuído entre as autoridades policiais federais, estaduais e municipais, e é usado em treinamentos e equipamentos de atividades policiais e para custear as despesas de investigações e litígios. Nos casos em que os ativos foram derivados de uma violação de leis estrangeiras, as recuperações são compartilhadas com os governos estrangeiros em conformidade com os Tratados de Assistência Jurídica Mútua (MLATs) existentes.

Este artigo discute as metas que o confisco de ativos pretende cumprir no sistema de justiça penal federal, os tipos de propriedade que estão sujeitas a confisco e os procedimentos que são utilizados para iniciar, litigar e concluir casos de confisco de ativos. No que diz respeito ao procedimento, seu foco está na caducidade não baseada em condenação (NCB) e, especialmente, nas salvaguardas que protegem os interesses da propriedade e os direitos processuais dos proprietários.

1 OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS

Aproximadamente metade dos ativos recuperados através do programa de confisco de ativos federais são recuperados como parte da sentença do réu após um processo penal com condenação, e o restante é

¹ Os dados do Fundo de Confisco de Ativos do Departamento de Justiça são publicados em <https://www.justice.gov/afp>. Eles mostram depósitos dos exercícios sociais de 2013 – 2016 totalizando os seguintes valores, respectivamente: US\$ 2,1 bilhões, US\$ 4,5 bilhões, US\$ 1,6 bilhão, US\$ 1,9 bilhão. A variação deve-se à inclusão de duas recuperações extraordinariamente grandes no exercício social de 2014. Há também um Fundo do Tesouro menor que recolhe receitas de casos tratados pelo Departamento de Segurança Interna e pelo Departamento do Tesouro. Os recebimentos no Fundo de Obrigações do Tesouro são, normalmente, um terço daqueles que fazem parte do no Fundo do Departamento de Justiça (DOJ). O total de receitas de confisco federal pode ser calculado pela agregação dos dois Fundos. Para o exercício social de 2017, o fundo do DOJ depositou US\$ 1,64 bilhão, dos quais US\$ 480 milhões foram obtidos de confiscos pacíficos NCB, US\$ 580 milhões de confiscos NCB litigiosos e US\$ 590 milhões de confiscos penais. Um gráfico apresentando as estatísticas do DOJ dos exercícios sociais de 2007 a 2016 encontra-se carreado como Anexo A.

recuperado em ações de confisco NCB. Em ambos os casos, os objetivos do processo de confisco são os mesmos.

A Suprema Corte dos Estados Unidos resumiu as metas do programa federal de confisco de ativos em *Kaley v. United States*, 134 S. Ct. 1090, 1094 (2014). O confisco, disse a Corte, serve para punir os infratores, dissuadir ilegalidades futuras, diminuir o poder econômico de empreendimentos criminosos, compensar as vítimas, melhorar as condições das comunidades prejudicadas pelo crime e apoiar atividades policiais, como o treinamento de agentes policiais. Em suma, os objetivos do confisco de ativos são os objetivos da aplicação do direito penal em geral – punição, dissuasão e incapacitação – além de vários objetivos adicionais que o confisco é especialmente projetado para alcançar.

1.1 Punição do infrator

Como a maioria dos promotores criminais sabe, muitos criminosos estão mais interessados em manter o dinheiro e outros ativos derivados de seu crime em particular do que em cumprir pena na prisão.² Assim, para punir o réu, o promotor não procura apenas prendê-lo, mas tirar dele os frutos de seu crime.

Na opinião do promotor, não faz sentido processar uma pessoa por fraude e permitir que ela mantenha o dinheiro apurado com a fraude ou permitir que o traficante de drogas mantenha os ativos que adquiriu com a receita de seus atos ilícitos. Consequentemente, os promotores geralmente insistem que o acordo do réu de desistir do produto de seu crime seja incluído em qualquer acordo negociado em um processo penal. Muitas vezes, isso implicará em exigir que o réu pague uma sentença igual aos rendimentos que recebeu, mesmo que tenha gasto o dinheiro, e mesmo que tenha reembolsado a vítima.

1.2 Dissuadir outros infratores

O segundo objetivo do sistema de justiça penal é a dissuasão. Na maioria dos processos penais federais, o objetivo do réu em cometer o crime é ganhar dinheiro. Se o réu não conseguir manter o dinheiro, haverá

² Um exemplo fictício, frequentemente citado em conferências sobre treinamento policial nos Estados Unidos, é proporcionado pela série de TV *Breaking Bad*, em que o personagem principal, Walter White, um químico que produz grandes quantidades de metanfetamina de alta qualidade para traficantes de drogas, empreende grandes esforços para lavar e proteger os lucros de seu crime da aplicação da lei – por fim, ao preço de sua vida – para preservar o dinheiro para sua família.

menos incentivo para a próxima pessoa cometer a mesma violação. Por outro lado, permitir que réus de processos penais retenham o produto de seus crimes, provavelmente, geraria um incentivo a outros para cometerem violações semelhantes, apesar dos riscos envolvidos – exatamente o oposto do efeito dissuasivo que a aplicação da lei pretende alcançar.

1.3 Remoção das ferramentas do ofício e dos recursos econômicos

Terceiro, a perda de ativos serve como uma forma de incapacitação. Obviamente, armas de fogo são confiscadas para que não possam ser usadas para cometer outros crimes relacionados a armas de fogo no futuro. Da mesma forma, o governo usa o confisco de bens para evitar que o traficante use um avião para contrabandear mais drogas, ou que o pornógrafo infantil tenha outra chance de usar seu computador para distribuir mais imagens ilegais.

Em um sentido mais amplo, no entanto, o governo usa o confisco de bens para fechar as vias usadas para cometer crimes. O uso do confisco NCB para recuperar os lucros da cleptocracia é um bom exemplo. Se líderes corruptos de outros países estão usando o sistema financeiro dos EUA para lavar o dinheiro que roubaram de seus tesouros, e se eles estão escondendo ou investindo o dinheiro em ativos baseados nos EUA, a perda desses ativos sob as leis de lavagem de dinheiro fecha a porta para esse processo e torna mais difícil que futuros roubos sejam bem-sucedidos.

1.4 Interrupção da organização

O confisco como uma forma de incapacitação se aplica às organizações, da mesma forma que se aplica aos indivíduos. O dinheiro é a cola que mantém as empresas criminosas organizadas inteiras; elas precisam reciclar o dinheiro para manter seu esquema ilegal em funcionamento. Sem um fluxo constante de dinheiro, a conduta criminosa pararia.

Por exemplo, costuma-se dizer que é mais difícil para uma organização de narcotráfico substituir o dinheiro ganho com a venda de drogas do que substituir as próprias drogas e, portanto, perder o dinheiro interrompe mais o ciclo do narcotráfico do que qualquer volume de detenções.

O mesmo vale para as organizações envolvidas no tráfico de fauna: apreender o dinheiro que flui dos mercados asiáticos para as

empresas de predação ilegal é uma forma muito mais eficaz de suprimir o comércio de fauna do que prender atentos baixo escalão que não possuem nada além de um caminhão e uma arma.

O mais importante é que a apreensão de dinheiro destinado a países sancionados, como a Coreia do Norte e o Irã, prejudica sua capacidade de evitar essas sanções, e a apropriação de dinheiro destinado a financiar o terrorismo tem o potencial de salvar inúmeras vidas.

1.5 Devolver dinheiro às vítimas

Além da punição, dissuasão e incapacitação, o confisco serve a outros propósitos. O confisco, por exemplo, é uma maneira mais eficaz de recuperar dinheiro para as vítimas do que ordenar o réu a pagar indenização. Como o Tribunal de Apelação disse em *United States v. Blackman*, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014), “A capacidade do governo de cobrar em uma sentença [de confisco], frequentemente, supera em muito a de uma vítima não instruída ou sem recursos do crime... Realisticamente, a esperança de uma vítima de ser paga depende da capacidade superior do governo de coletar e liquidar os ativos do réu conforme as leis de confisco.

Nesse sentido, no programa de confisco federal, as vítimas sempre vêm em primeiro lugar. Se houver vítimas, o dinheiro confiscado será usado para reembolsá-las, a menos que o réu tenha recursos para pagar as próprias vítimas. Somente quando não há vítimas ou o réu é capaz de pagá-las, o dinheiro pode ser usado para treinamento, equipamentos e outras finalidades policiais.

1.5 Proteção da comunidade

Obviamente, se houver menos armas nas ruas, a comunidade estará mais segura, mas o confisco também protegerá a comunidade de outras formas. Ele impede que os criminosos adquiram controle acionário em indústrias, dominem mercados (p.ex., o mercado imobiliário de alto padrão) ou adquiram riqueza usada para corromper funcionários públicos. Em casos de colarinho branco, a recuperação de dinheiro de executivos corporativos ou funcionários públicos corruptos dá às autoridades policiais a oportunidade de convencer a comunidade de que os criminosos não conseguirão lucrar com seus crimes; que a lei trata todos igualmente; e que os poderosos e bem conectados não podem agir com impunidade.

Além disso, a perda dos lucros do crime assegura que as partes fiquem economicamente em pé de igualdade, de modo que as pessoas que tentam administrar negócios honestamente não tenham que competir com aqueles que têm acesso a capital não tributado de fontes ilegais.

1.6 Reciclagem do dinheiro

Por fim, os fundos confiscados podem ser compartilhados com as autoridades estaduais e municipais e usados para financiar programas de repressão ao crime. Alguns bens confiscados também podem ser usados para fins oficiais ou doados para organizações comunitárias. Isso, no entanto, tornou-se o lado controverso do programa de recuperação de ativos; o que parece ser uma aplicação adequada dos ativos criminosos recuperados parece aos críticos ser “policiamento para obtenção de lucros” – isto é, apreender e confiscar ativos não para alcançar algum objetivo legítimo de repressão ao crime, mas, para proporcionar aos órgãos policiais as receitas necessárias para financiar suas operações.

2 REQUISITOS SUBSTANTIVOS: QUE PROPRIEDADES ESTÃO SUJEITAS A CONFISCO

Nos Estados Unidos, em contraste com a maioria dos outros países, o confisco de bens não se aplica, universalmente, a todos os crimes, sejam eles estrangeiros ou internos. Ao contrário, a legislatura promulgou uma cláusula de confisco diferente para cada crime federal e concedeu apenas autoridade limitada para recuperação do produto de certos crimes estrangeiros. Como resultado, por alguns crimes o Governo pode recuperar o produto da infração, por outros ele pode recuperar os bens usados para cometê-lo, e outros pelos quais ele não pode recuperar qualquer bem.

Além disso, embora a punição penal esteja disponível para qualquer crime pelo qual a confisco NCB é autorizado, o oposto não é verdade: há alguns crimes pelos quais o confisco penal está autorizado, mas, o confisco NCB, não. Conseqüentemente, o promotor ou agente policial investigativo deve se pautar na lei aplicável para determinar qual bem, se houver, pode ser recuperado em conexão com um delito específico, e qual procedimento está disponível para recuperá-lo.

Além disso, os estatutos de confisco de ativos estão espalhados por todo o Código dos EUA; não existe um estatuto único que se aplique

a todos os crimes. Assim, os promotores precisam a manter um catálogo que cruze referências entre cada crime federal e a cláusula de confisco aplicável a ele. Ninguém acha que essa é uma situação ideal, que qualquer outro país deva imitar.

2.1 Produto

Para a maioria dos crimes, o Governo pode recuperar o produto da violação e, na maioria dos casos, o que constitui esse produto é bastante óbvio: é qualquer coisa que o réu tenha adquirido – ou tenha conseguido reter – como resultado do crime. Se ele vendeu drogas, o dinheiro que recebeu pelas drogas constitui o produto; se ele roubou um banco, cometeu fraude ou suborno, o dinheiro do banco ou da vítima da fraude ou o pagamento do suborno seria o produto.

O escopo do termo “produto”, no entanto, pode ser bastante amplo e pode incluir bens adquiridos indiretamente. Assim, para determinar que propriedade pode ser confiscada como resultado de uma violação, os tribunais, geralmente, aplicam um teste “exceto por”, argumentando que, seja o que for que o réu que não teria exceto por meio da violação, constitui o produto de seu crime.

Por exemplo, o salário que um réu não teria recebido, exceto por sua conduta ilegal ao cometer fraude de valores mobiliários, poderia ser confiscado como “produto” desse delito.³ Ou os juros da conta de poupança que o réu não teria ganho, exceto por ter aberto a conta com a identidade roubada de alguém, poderiam ser o produto do roubo de identidade.⁴ De fato, de acordo com o teste “exceto por”, uma empresa inteira e todos de suas receitas e ativos podem estar sujeitos a confisco, se a empresa não existisse, exceto pelo investimento de recursos criminais para iniciar ou manter o negócio em funcionamento.⁵

Além disso, o “produto” inclui não apenas os bens que o réu obteve como resultado da violação, mas, também os bens que o crime lhe permitiu reter. Por exemplo, se o réu é capaz de ter uma dívida reduzida pagando um suborno, o dinheiro economizado com a redução da dívida pode ser considerado o produto do suborno.⁶

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

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

5 *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).

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

Na lei federal, “produto” geralmente significa “produto bruto”, não lucros líquidos, mas, isso nem sempre é verdade. Embora a maioria dos tribunais afirme que traficantes de drogas e outros envolvidos em condutas inerentemente ilegais não podem deduzir os custos decorrentes de suas atividades, a capacidade de deduzir esses custos em outros casos não é tão clara.

Suponhamos, por exemplo, que alguém consiga um contrato para construir uma estrada subornando o funcionário contratante, mas, efetivamente construa a estrada. Estaria todo o montante que ele recebeu no contrato sujeito a confisco com base no fato de que, exceto por ter pago o suborno, o réu nunca teria sido adjudicado o contrato? Ou ele tem direito a deduzir os custos incorridos na construção da estrada? Os tribunais dos Estados Unidos estão divididos quanto a essa questão.⁷

2.2 Bens facilitadores

Por alguns crimes federais – mas, infelizmente, não por crimes estrangeiros – o governo pode recuperar o que é comumente chamado de “bens facilitadores”. Tais bens podem ser recuperados em casos de drogas e casos envolvendo pornografia infantil, por exemplo, mas, não na maioria dos casos de colarinho branco, como fraude ou corrupção pública. Se um determinado estatuto de confisco prevê a perda de bens facilitadores é, geralmente, uma questão de acidente histórico e não o resultado de qualquer decisão política ponderada.

Geralmente, o bem facilitador é definido como qualquer bem que torne o crime menos difícil de cometer ou mais ou menos livre de obstrução ou impedimento.⁸ Uma definição tão ampla, obviamente, leva a questões relativas à proporcionalidade entre o confisco e a gravidade da violação, mas, os tribunais abordaram essa questão de duas maneiras.

Primeiro, como uma questão estatutária, a lei federal determina que deve haver uma “conexão substancial” entre a propriedade e a violação, que os tribunais definem como significando uma conexão que seja “mais

⁷ Compare *United States v. Martin*, 2014 WL 221956, *5 (D. Idaho Jan. 21, 2014) (empregado que obtém um contrato do Governo alegando falsamente a elegibilidade para um programa para empresas desfavorecidas deve ter o lucro líquido, não o produto bruto, dos contratos obtidos fraudulentamente, confiscado) com *United States v. Pinson*, 2015 WL 1578726 (D.S.C. Apr. 9, 2015) (réu que não teria apresentado qualquer fatura ao governo, exceto por um acordo ilegal que lhe permitiu apresentar faturas infladas deve ter os rendimentos brutos confiscado, sem crédito por serviços efetivamente realizados).

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

do que acidental ou fortuita”.⁹ Assim, se a conexão entre o bem e a ofensa é muito tangencial, o confisco não será bem-sucedido, mesmo que o bem facilite o cometimento da ofensa de alguma maneira menos significativa.¹⁰

Em segundo lugar, mesmo que o bem passe no teste de conexão substancial, o tribunal pode exigir que o confisco seja mitigado se sua magnitude – medida pelo valor da propriedade e outros fatores – for “grosseiramente desproporcional à gravidade da violação”.¹¹ Essa questão é discutida adiante, no contexto dos limites constitucionais impostos ao confisco pela aplicação da Carta de Direitos.

3 PROCESSOS E SUAS SALVAGUARDAS: QUEM INVESTIGA OS CASOS? PARA QUAL TRIBUNAL ELES VÃO?

Os Estados Unidos são um país consuetudinário, o que significa que, ao contrário do sistema em jurisdições de direito civil, os tribunais federais e os juízes não participam da investigação e da instauração do processo de processos penais. Os casos são investigados por autoridades policiais e são apresentados em tribunais por procuradores federais.

Todas as investigações de confisco de ativos são consideradas investigações criminais; quando a investigação é concluída, o procurador decide se deve buscar o confisco de ativos como parte da sentença do réu em um processo penal ou em uma ação separada de confisco NCB. Em ambos os casos, o propósito do confisco é o mesmo: atingir um ou mais dos objetivos descritos, anteriormente, na Parte II.

Não há distinção entre tribunais criminais e civis no sistema judicial federal: Todos os juízes federais podem presidir sobre casos criminais e civis, e o fazem, incluindo casos de confisco penal e NCB de bens. Consequentemente, se o procurador decide processar o confisco em instância penal ou não, a ação de confisco é ajuizada pelo mesmo procurador, no mesmo tribunal.

Investigações de confisco de ativos são, geralmente, iniciadas por uma das autoridades policiais federais. Cada autoridade possui áreas de especialização e responsabilidades. Por exemplo, o FBI investiga casos de fraude e corrupção; o IRS investiga casos tributários e de lavagem de dinheiro; o DEA investiga casos de drogas; a HSI investiga casos de

9 18 U.S.C. § 983(c)(3) (requerendo uma “conexão substancial” entre a propriedade e a ofensa).

10 *United States v. One 1989 Jaguar XJ6*, 1993 WL 157630, *3 & n.2 (N.D. Ill. May 13, 1993).

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

contrabando, e assim por diante. As mesmas autoridades investigam os casos da mesma maneira, independente do caso ser processado como um confisco penal ou como uma ação de confisco NCB.

As ferramentas de investigação disponíveis para os agentes incluem vigilância física e eletrônica, entrevistas com testemunhas, intimações que exigem a apresentação compulsória de registros (incluindo registros bancários), buscas e apreensões, e convocação para comparecimento de testemunhas perante um júri de instrução. Na fase de instrução, as mesmas ferramentas estão disponíveis, e os mesmos direitos contra autoincriminação e buscas e apreensões não razoáveis se aplicam, se o procurador, por fim, decidir instituir o processo de confisco penal ou civilmente. De fato, na maioria dos casos, o procurador não tomará nenhuma decisão quanto ao método de confisco, até que a investigação seja concluída.¹²

Quando a autoridade acha que a investigação atingiu um certo ponto, os agentes a apresentam a um procurador federal, que pode dizer que o caso está pronto para ser ajuizado ou pode sugerir que alguma instrução adicional é necessária. É responsabilidade da autoridade não só investigar o crime e levantar as provas necessárias para comprová-lo, mas, também localizar os ativos que foram derivados do crime ou que foram usados para cometê-lo, e reunir as provas que serão necessárias para estabelecer essa conexão no tribunal. Assim, embora seja uma ocorrência rara, um promotor pode decidir que um caso não está pronto para ser ajuizado porque, embora os agentes tenham concluído sua investigação do crime subjacente, eles não concluíram a investigação dos bens sujeitos a confisco.

Quando o procurador decide que o caso está pronto, ele decidirá se o governo tentará recuperar os ativos como parte de um processo penal ou em uma ação NCB separada de qualquer processo penal. De qualquer maneira, quando o caso vai a julgamento, o governo deve provar duas coisas: que um crime foi cometido e que a propriedade que o governo quer recuperar foi derivada ou usada para cometer esse crime. E de qualquer forma, o acusado – ou o proprietário do bem – tem o direito de ter o confisco determinado por um júri.

No final, se o governo for bem-sucedido, o tribunal emitirá uma sentença de confisco da propriedade sobre o bem para os Estados Unidos.

Em suma, juízes, policiais e formuladores de políticas nos

¹² Nos raros casos em que o procurador sabe, desde o início, que uma ação penal não será possível, certas ferramentas de instrução, como o uso de um júri de acusação de instrução, podem não estar disponíveis.

Estados Unidos adotam a seguinte visão quanto ao confisco de ativos: o *objeto* de todo o processo – incluindo a instrução e o processo – é o confisco de ativos; seu *objetivo* é atingir as metas descritas acima, incluindo punição, dissuasão, incapacitação e restituição de vítimas; e o método pelo qual esses objetivos são alcançados – confisco penal como parte de um processo penal ou de uma ação separada de confisco NCB – é uma escolha estratégica feita pelo procurador, dependendo dos fatos e circunstâncias do caso. As considerações que o procurador usa para determinar qual rota tomar são discutidas abaixo.

Sempre há exceções, é claro; alguns casos são mais complicados que outros. Mas, normalmente, um caso de confisco de ativos pode ser resolvido penal ou civilmente em cerca de um ano.

3.1 Processo de confisco penal

Como já mencionado, a lei federal nos Estados Unidos permite que ativos derivados ou usados para cometer um crime sejam recuperados de duas maneiras: como parte da sentença do réu, após sua condenação em um processo penal, ou em um processo de confisco sem condenação penal (“NCB” ou “civil”).

O processo de confisco penal é razoavelmente direto: se o réu for condenado, o tribunal ordenará que ele perca o produto de seu crime e os bens que ele usou para cometê-lo. A determinação de que um dado ativo está sujeito a confisco é feita pelo mesmo júri que proferiu a decisão condenatória no julgamento ou, se o réu renunciar ao júri, pelo tribunal, como parte do processo de pronúncia da sentença.¹³ Enquanto a culpa do réu deve ser determinada sem sombra de dúvida, a perda da propriedade é determinada pelo equilíbrio das probabilidades.¹⁴ Além disso, como a determinação do confisco faz parte do processo de condenação, ouvida alheia é admissível na audiência de confisco.¹⁵

Em contraste com outros países, os Estados Unidos não adotaram o conceito de confisco estendido. Ao contrário, o confisco penal limita-se aos bens derivados ou utilizados para cometer o delito pelo qual o réu foi condenado. O procurador pode conseguir de ampliar o escopo de confisco no âmbito desta regra, buscando a condenação do réu por uma conspiração

13 Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P.

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

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

ou outro crime abrangente, como um “esquema para fraudar”, em vez de fazer uma acusação apenas de uma violação discreta, mas, o fato é que o confisco penal está limitado ao ato da condenação.¹⁶ Conforme discutido adiante, a perda de bens derivados de ou usados para cometer outros crimes que não o ato da condenação é uma das razões pelas quais os procuradores nos Estados Unidos precisam confiar em confisco NCB.

Nos EUA, como em muitos países, se o réu não tem mais a propriedade sujeita a confisco – p.ex., porque ele o gastou, ocultou ou enviou para o exterior – o tribunal pode aplicar uma sentença baseada em valor, ordenando que ele pague uma quantia em dinheiro igual ao que, pessoalmente, lucrou com o delito.¹⁷ A aplicação de tal sentença é obrigatória,¹⁸ e pode ser executada ordenando que o réu que perca bem imaculado de valor equivalente, como um ativo substituto.¹⁹

Há outra limitação ao confisco penal que é mais ou menos exclusiva dos Estados Unidos: uma vez que o confisco é imposto em um processo penal do qual apenas o acusado é uma parte, o bem pertencente a um terceiro não pode ser confiscado em um processo penal, se foi usado para cometer o crime pelo qual o réu foi condenado. De fato, seria considerado uma violação dos direitos de devido processo de o terceiro ordenar o confisco de sua propriedade em um processo no qual ele não teve permissão de participar. Consequentemente, assim que o tribunal outorgar uma ordem de confisco de bem derivado de ou usado para cometer um crime, o tribunal deve conduzir um processo auxiliar pós-sentença, no qual qualquer terceiro com interesse na propriedade confiscada pode ajuizar uma ação contestando o confisco sob a alegação de que o bem pertencia a ele, quando foi usado para cometer o crime, ou que ele o adquiriu depois do crime, como um comprador de boa-fé a título oneroso.²⁰

Por conseguinte, se o governo pretender obter o confisco de bens pertencentes a terceiros que tenham sido utilizados para cometer uma infração penal, ele deve instituir uma ação de confisco NCB contra o bem, mesmo que o réu tenha sido condenado por usar esse bem em um caso penal.²¹

16 *United States v. Capoccia*, 503 F.3d 103, 110, 114 (2nd Cir. 2007).

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

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

19 21 U.S.C. § 853(p).

20 21 U.S.C. § 853(n).

21 *United States v. One Red 2003 Hummer H2*, 234 F. Supp.3d 415 (W.D.N.Y. 2017) (confisco de veículo usado pelo filho do proprietário para transportar drogas ilegais; confisco civil necessário para

3.2 Processo de confisco NCB

Os casos de confisco NCB são ações contra o próprio bem, não contra o proprietário do bem. As pessoas que pretendem contestar o confisco (conhecidas como “requerentes”) devem intervir no processo de confisco e demonstrar que têm legitimidade para fazê-lo.²²

O costume nos Estados Unidos é nomear o bem que está sujeito a confisco na legenda do caso; é por isso que nossos casos NCB têm nomes como *United States v. Real Property Located at 475 Martin Lane* (Estados Unidos vs. Imóvel Localizado em 475 Martin Lane) ou *United States v. One Red 2003 Hummer H2* (Estados Unidos vs. Um Veículo Hummer H2 2003 Vermelho), que alguns podem considerar estranho ou incomum. Nomear a propriedade como o sujeito do processo, entretanto, não significa que o governo acredite que a propriedade tenha feito algo errado. Em vez disso, o confisco NCB é, simplesmente, um dispositivo processual – uma ação contra a coisa – destinada a fazer com que todos que tenham interesse no bem compareçam ao tribunal ao mesmo tempo.²³

Por exemplo, se o governo acredita que a propriedade localizada em 475 Martin Lane ou o Hummer H2 Vermelho estão sujeitos a confisco (como o produto de um crime ou como bem usado para cometê-lo), ele nomeará o bem como o objeto da ação de confisco e convidará qualquer um com interesse no bem – o proprietário titular, seu cônjuge, o titular do direito de posse, uma pessoa com direito de usufruto – a ajuizar um processo e contestar o confisco em um único processo. Este é um processo muito mais eficiente do que aquele que resultaria se o governo fosse obrigado a ajuizar uma ação de confisco NCB em separado contra cada um desses potenciais requerentes, individualmente.

Para os Estados Unidos, isso não é um conceito novo. Pelo contrário, foi desenvolvido no século XVIII, como uma maneira de recuperar bens de piratas e traficantes de escravos, cujos navios e carga podiam ser apreendidos, mas, que permaneciam fora da jurisdição dos EUA e de seus tribunais. Assim, se o governo apreendesse o navio pirata e toda a sua carga, mas, não conseguisse capturar o dono do navio, ele interpunha uma ação de confisco NCB contra o navio e convidava o pirata a comparecer ao tribunal para contestar a ação. Se se recusasse a fazê-lo, ele não poderia ser

perda de interesse de terceiros, mesmo que a pessoa na posse tenha sido acusada penalmente).

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

23 *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 295-96 (1996) (Kennedy, J. parecer favorável).

processado penalmente; não há possibilidade de condenação *in absentia* nos Estados Unidos. Mas, o governo poderia recuperar sua propriedade.

Atualmente, os procuradores federais usam o confisco NCB em todos os tipos de casos, desde drogas a fraude, corrupção, praticamente todos os outros tipos de crimes para os quais o confisco é autorizado. E para aqueles que indagam se ele ainda é usado contra piratas e traficantes de escravos, a resposta é sim, nós ainda temos piratas, nós apenas os chamamos de terroristas; e ainda temos traficantes de escravos, nós apenas os chamamos de traficantes de seres humanos ou pessoas envolvidas no comércio sexual.

O que é importante saber sobre o confisco civil ou NCB é o seguinte: ele não exige uma condenação ou mesmo um caso penal; a ação de confisco pode ser iniciada antes de um processo penal relacionado ser ajuizado, enquanto estiver tramitando, após sua conclusão ou se não houver nenhum caso penal relacionado. Mas, em todos os casos, o governo deve provar duas coisas: que um crime foi cometido e que o bem foi derivado ou usado para cometer esse crime.

Como em um caso de confisco penal, o governo deve estabelecer o segundo elemento – o nexo entre a propriedade e a violação – por meio de um equilíbrio entre as probabilidades. Mas, ao contrário de um caso penal, basta estabelecer o primeiro elemento – que um delito foi cometido – também por um equilíbrio das probabilidades, não sem sombra de dúvida.²⁴

No caso de bem facilitador, o proprietário do bem não precisa ser o infrator; outra pessoa pode ter usado seu bem para cometer o crime e, em caso afirmativo, o bem pode estar sujeito a confisco, mesmo que o proprietário não tenha sido acusado de qualquer crime. O proprietário, no entanto, teria o direito de intervir no caso e defender seus direitos de proprietário inocente. Ou seja, assim que o governo determinar que um crime foi cometido e que o bem foi usado para cometê-lo, o proprietário pode afirmar que não sabia que seu bem estava sendo usado dessa forma ou que tomou todas as medidas razoáveis para evitar isso. E se o terceiro estabelecer essa defesa por um equilíbrio das probabilidades, ele será a parte vencedora.²⁵

²⁴ Antes da promulgação da Lei de Reforma do Confisco de Ativos Civis de 2000 (CAFRA), o reclamante tinha o ônus de provar que o bem não estava sujeito a confisco. A CAFRA, no entanto, aboliu o ônus reverso da prova e transmitiu o ônus de estabelecer a perda do bem para o governo. 18 U.S.C. § 983(c)(1).

²⁵ 18 U.S.C. § 983(d).

Assim, por exemplo, se alguém usar o carro de sua esposa para cometer um crime, e a esposa soubesse disso e deixasse isso acontecer, o governo poderia perder o carro em uma ação de confisco NCB sem ter que acusar a esposa de qualquer crime. Mas, se ela não soubesse que seu carro estava sendo usado para cometer um crime, ela teria uma defesa de proprietário inocente e teria o direito de recuperar os honorários de seu advogado, se ganhasse a causa.²⁶

O processo em uma ação de confisco NCB pode ser resumido da seguinte forma:²⁷ o governo inicia a ação apreendendo o bem (geralmente, com um mandado judicial) e oferecendo uma denúncia estabelecendo as bases para sua crença de que o bem está sujeito a confisco. Ele deve enviar uma cópia da denúncia a qualquer pessoa que aparente ter um direito real à propriedade e deve dar a essas pessoas tempo para ajuizar uma ação contestando o confisco.

Se uma ação for ajuizada, as partes – o Governo e o(s) demandante(s) – se envolverão em uma dilação probatória civil; ou seja, eles podem apresentar exigências recíprocas uns aos outros para apresentar provas relevantes e responder a interrogatórios. No final do processo de dilação probatória, as partes podem ajuizar moções dispositivas. Por exemplo, o governo pode contestar a legitimidade do reclamante de contestar o confisco ou solicitar julgamento antecipado com base nos fatos não contestados. Ou o requerente pode apresentar moção para a supressão de provas que foram ilegalmente apreendidas, apresentar moção para extinção da inicial ou ajuizar sua própria moção interpelativa para julgamento antecipado.

Se nenhuma moção dispositiva for concedida, o caso será levado a julgamento perante um juiz federal. Se qualquer das partes o solicitar, a possibilidade de confisco do bem, assim como qualquer defesa de proprietário inocente, deverão ser determinadas por um júri. Se o governo for adjudicado vencedor – ou seja, se estabelecer que um crime foi cometido e que o bem foi derivado de ou usado para cometer esse crime – e o reclamante não estabelecer uma defesa de proprietário inocente, o tribunal passará uma ordem transferindo o direito de posse para o governo.

3.3 Quando o governo decide lançar mão do confisco NCB?

²⁶ 28 U.S.C. § 2465(b).

²⁷ Os procedimentos que regem a prática de confisco civil são estabelecidos na Regra Complementar G do F.R.Civ.P. and 18 U.S.C. § 983(a).

Se o confisco NCB é uma ferramenta tão poderosa, por que o governo não confisca tudo civilmente, em vez de incluir algo como parte de um processo penal? Ou, formulando a pergunta de outra forma, como o procurador decide ajuizar o caso penalmente como parte de um processo penal ou, separadamente, em uma ação de confisco NCB?

Primeiro, o procurador pode ter muito trabalho extra para ajuizar uma ação em separado de confisco NCB, se o bem puder ser recuperado como parte da sentença do réu em um caso penal relacionado. Além disso, o confisco NCB tem uma séria limitação.

Lembre-mos do segundo requisito: que o governo deve provar que o bem foi derivado de ou usado para cometer o crime. Por se tratar de uma ação contra a coisa, ou seja, contra um bem específico, não há ativos substitutos ou julgamentos de valor em um caso de confisco NCB. Assim, se o governo não puder estabelecer a conexão entre o ativo e o crime subjacente, não poderá haver confisco. Em particular, nos casos em que o dinheiro já foi gasto ou não pode ser encontrado, o confisco NCB não é uma opção.

Por essas duas razões, os procuradores federais nos Estados Unidos, geralmente, reservam o confisco NCB para casos em que a ação penal não é possível ou não apropriada, ou quando um processo penal não está pronto para constituir arguido. No entanto, isso deixa as seguintes onze situações em que o confisco NCB, provavelmente, será o veículo do promotor para a recuperação de propriedades criminosas.

1. Quando a propriedade é confiscada, mas o confisco não é contestado: é comum nos Estados Unidos que um réu acusado de uma ofensa penal renuncie a seu direito de contestar a perda do dinheiro, arma de fogo ou outro bem confiscado de que tinha a posse no momento de sua prisão. Nesses casos, o governo é capaz de alienar, rapidamente, o bem, em uma ação de confisco NCB não contestada (denominada “confisco administrativo”, na jurisprudência), em vez de atrasar a alienação do bem até a conclusão do processo penal do réu.
2. Quando o infrator está morto ou é inepto para ser julgado: não pode haver confisco penal se o acusado não puder ser levado a julgamento. Assim, em muitos casos, o governo ajuíza uma ação de confisco NCB porque o réu morreu, mas, a propriedade continua sujeita a confisco.²⁸ O exemplo mais conhecido envolveu o ex-executivo da Enron, Kenneth Lay, que morreu antes de sua condenação penal e a sentença

²⁸ Ver *United States v. \$120,751.00*, 102 F.3d 342, 344 (8th Cir. 1996) (o confisco civil não é suspenso pelo falecimento do proprietário).

de confisco teve seu trânsito em julgado, e cujos bens derivados do crime tiveram que ser confiscados em um processo de confisco NCB ajuizado subsequentemente.²⁹

3. Quando o réu for foragido ou estrangeiro além da jurisdição nacional dos Estados Unidos: o confisco penal também não será uma opção se o réu for um cidadão estrangeiro que cometer um crime em um país estrangeiro, mas, lavar ou investir o produto nos Estados Unidos. Nesses casos, o confisco NCB é o único recurso disponível.

Exemplos disso abundam. Em uma série de casos, os procuradores federais usaram a cassação NCB para recuperar os ativos do Gen. Sani Abacha, que usou bancos nos EUA para lavar bilhões de dólares roubados durante seu período como governante militar na Nigéria, de Kim Dotcom, que roubou milhões de dólares de propriedade intelectual de detentores de direitos autorais nos EUA, enquanto residia na Nova Zelândia, e membro do crime organizado russo, que roubaram mais de US\$ 200 milhões do tesouro russo e investiram parte do dinheiro em imóveis em Nova York.³⁰

Da mesma forma, o confisco penal não é uma opção se o réu cometer o crime nos Estados Unidos, mas, depois, fugir para outra jurisdição, deixando sua propriedade para trás. Em tais casos, o governo, normalmente, ajuíza uma ação de confisco NCB contra a propriedade e, em seguida, invoca a doutrina de destituição de foragido, 28 U.S.C. § 2466, para impedir o fugitivo de contestar o confisco até e a menos que ele se renda para enfrentar as acusações penais.³¹

4. Quando o estatuto de limitações foi executado no caso penal: nos Estados Unidos, um processo penal, geralmente, deve ser iniciado em até cinco anos da data do delito. As ações de confisco NCB também têm um período de limitações de cinco anos, mas, o tempo decorre da data da *descoberta* da violação, não da data em que a violação

²⁹ *United States v. Lay*, 456 F. Supp. 2d 869, 874 (S.D. Tex. 2006).

³⁰ *United States v. All Assets Held in Account Number 80020796*, 83 F. Supp.3d 360 (D.D.C. 2015) (\$2 bilhões roubados da Nigéria pelo Gen. Abacha, lavados por meio de bancos norte-americanos e depositados em Jersey, França e no Reino Unido); *United States v. All Assets Listed in Attachment A (MegaUpload, Ltd.)*, 89 F. Supp.3d 813 (E.D. Va. 2015) (fundos derivados de roubo de propriedade intelectual dos EUA em um site da internet gerenciado da Nova Zelândia); *United States v. Prevezon Holdings, Ltd.*, 251 F.Supp.3d 684 (S.D.N.Y. 2017) (o horário e o padrão das transações podem servir como evidência circunstancial de que o dinheiro movido por meio de uma série complexa de transações é rastreável até o SUA (Software de Usuário Padrão) original).

³¹ *United States v. Real Property Known As 7208 East 65th Pl.*, 185 F. Supp.3d 1288 (N.D. Okla. 2016) (réu indiciado por vender remédio sem valor para pacientes com câncer em estado terminal foge para o México).

ocorreu.³² Portanto, há casos em que um processo penal não é viável, porque o estatuto de limitações expirou, mas, o confisco NCB continua disponível como meio de recuperar a propriedade penalmente contaminada.

5. Quando a propriedade contaminada foi recuperada, mas, a polícia não sabe quem cometeu o crime que deu origem ao confisco: não é incomum que os agentes policiais recuperem um bem que esteja demonstravelmente ligada a uma infração criminal, embora não seja possível determinar é o autor da violação. Por exemplo, se armas, simuladores de voo, contrabando de equipamentos eletrônicos ou dinheiro forem interceptados durante o trânsito de um país designado como um país que apoia o terrorismo, a propriedade estará sujeita a confisco, embora não esteja claro quem o exportador ou destinatário da propriedade possam ser, e não há, portanto, ninguém a processar e ninguém a condenar em um processo penal.

O mesmo é verdadeiro se pacotes de dinheiro envoltos em faixas de borracha e contaminados com resíduos de drogas forem apreendidos de um mensageiro que é incapaz de (ou se recusa a) identificar o proprietário do bem ou se um artefato cultural ou obra de arte é recuperado de uma casa de leilões, mas ninguém sabe quem o roubou ou importou.³³

Em todos esses casos, uma ordem não baseada em condenação atingirá o bem e obrigará seu proprietário a se apresentar para contestar o processo de confisco.

6. Quando o réu é condenado por um crime diferente daquele que deu origem ao confisco: como mencionado anteriormente, os tribunais federais dos Estados Unidos não adotaram completamente o conceito de “confisco estendido”, pelo qual uma condenação por um determinado delito dará origem a uma ordem de confisco dirigida ao produto de todos os outros crimes que o mesmo réu cometeu. Ao contrário, como a sentença penal é considerada parte da sentença do réu relativa à prática de uma determinada violação, somente o bem conectado ao cometimento dessa violação estará sujeita a confisco penal. Nesses

32 19 U.S.C. § 1621; *United States v. Real Property 874 Gartel Drive*, 79 F.3d 918, 922 (9th Cir. 1996).

33 *United States v. Eighteenth Century Peruvian Oil on Canvas*, 597 F. Supp.2d 618, 623 (E.D. Va. 2009) (pinturas a óleo religiosas importadas do Peru em violação à Lei de Implementação do Convênio sobre Propriedade Cultural estão sujeitas a confisco no âmbito do 19 U.S.C. § 2609); *Two General Electric Aircraft Engines*, 2016 WL 6495397 (D.D.C. Nov. 2, 2016) (ação civil de apreensão contra dois motores de aeronaves sendo enviados ao Irã em violação da lei dos EUA e que eram destinados a serem entregues a uma organização terrorista: a Exército dos Guardiães da Revolução Islâmica - Qods).

casos, o governo deve instaurar uma ação de confisco sem condenação penal para recuperar qualquer bem envolvido em outras violações.

7. Quando não há nenhum caso penal federal, porque o réu já foi condenado em um tribunal estadual, estrangeiro ou tribal: suponhamos que um crime tenha sido cometido fora dos Estados Unidos e que o autor tenha sido condenado no país estrangeiro, mas, o bem está, agora, nos Estados Unidos e o país estrangeiro não conseguiu (por qualquer motivo) obter uma ordem de confisco que os EUA possam aplicar. Nesse caso, mesmo que os EUA pudessem apreender o réu, poderia ser desnecessário – e ser considerado um desperdício de recursos judiciais – processá-lo uma segunda vez por crimes que ele cometeu nos Estados Unidos apenas para recuperar seus ativos criminosos baseados nos EUA. O mesmo poderia acontecer em relação a um processo penal federal por um delito pelo qual o réu já tenha sido condenado em um tribunal estadual.³⁴

Em ambos os casos, o ajuizamento de uma ação de confisco NCB permite que o governo recupere a propriedade em um tribunal federal, sem ter que ajuizar uma ação penal desnecessária.

8. Quando não há nenhum caso criminal, porque os interesses da justiça não exigem uma condenação: há muitas ocasiões em que o governo opta por não ajuizar um processo penal, embora haja uma clara violação do direito penal, porque os interesses da justiça não exigem condenação. Isso é chamado de exercício da discricção da promotoria. Suponhamos, por exemplo, que um criminoso condenado persuadiu sua mãe de 70 anos a comprar uma arma de fogo em seu nome, numa situação em que ambos sabem que é uma violação da lei federal que um criminoso condenado possua tal arma. E suponha que a mãe não só compre a arma de fogo, mas, minta no documento exigido quando lhe for perguntado se ela a está comprando para si ou para terceiros. Nesse caso, a mãe, claramente, violou a lei federal e estaria sujeita a processo penal, mas, confrontada com a escolha entre não fazer nada (e permitir que o criminoso retenha a arma) e disparar ações penais contra a mulher idosa, o governo pode decidir que confiscar a arma mediante uma ordem de confisco sem condenação penal é a coisa certa a fazer.³⁵

34 *United States v. \$7,679.00 U.S. Currency*, 2015 WL 7571910 (W.D.N.Y. NOV. 24, 2015) (réu se declara culpado de delito estadual de drogas e o órgão federal adota apreensão por confisco civil nos termos da lei federal).

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

9. Quando as provas são insuficientes para demonstrar que o réu cometeu a violação sem sombra de dúvida: em casos de confisco penal e NCB, o governo tem o ônus de provar a conexão entre o bem e a ofensa penal por um equilíbrio das probabilidades. O mesmo padrão se aplica em casos de NCB à prova do governo de que um crime foi cometido, mas, em casos penais, o governo deve provar, não apenas que um crime foi cometido, mas, que um réu em particular cometeu o crime sem sombra de dúvida. Quando o governo não pode atender a esse padrão mais elevado em um processo penal, ele pode recorrer ao confisco NCB como o meio apropriado de recuperar a propriedade.
10. Quando o réu usa a propriedade de outra pessoa para cometer o crime e essa pessoa não é um proprietário inocente: como mencionado anteriormente, não é incomum um réu usar a propriedade de outra pessoa para cometer um crime. Por exemplo, ele pode ter lavado seu dinheiro por meio de negócios de terceiros, roubado um banco com uma arma de terceiros ou distribuído drogas usando um avião de terceiros. Nesses casos, o confisco NCB torna possível confiscar o interesse do terceiro na propriedade, sem ter que acuar o terceiro de um crime. De fato, como a lei federal dos Estados Unidos não permite o confisco da propriedade de um terceiro em um processo penal, mesmo que a pessoa não seja um proprietário inocente, o confisco NCB é a *única maneira* de o governo recuperar o bem sem indicar o terceiro por um delito penal.
Em tais casos, o terceiro teria o direito de intervir e defender os seus direitos de propriedade, contestando a prova do governo no mérito e/ou afirmando que é proprietário inocente do bem.
11. Quando a investigação criminal demorar muito e houver o perigo da propriedade desaparecer: por fim, os procuradores federais poderão iniciar uma ação de confisco NCB como forma de imobilizar bens confiscáveis enquanto uma investigação criminal estiver em andamento, mas, antes que o governo esteja pronto para indiciar formalmente. Nesses casos, que são comuns, o governo inicia a ação de confisco, mas, depois, pede ao tribunal que suspenda o processo para evitar a divulgação dos detalhes da investigação criminal no decurso da dilação probatória civil.³⁶

Ao mesmo tempo, é muito provável que o proprietário do bem concorde com a suspensão ou busque uma suspensão em favor de

36 18 U.S.C. § 981(g)(1).

si mesmo, para evitar ter que escolher entre renunciar ao seu direito da Quinta Emenda contra autoincriminação e deixar de prestar depoimento em defesa de seu bem.³⁷

De fato, além dos Estados Unidos, isso se torna uma das principais razões para a promulgação de cláusulas de confisco NCB em jurisdições de direito civil, onde a investigação de pessoas politicamente expostas envolvidas em casos de corrupção pode levar anos para ser resolvida.

3.4 Salvaguardas constitucionais

Embora o confisco NCB não exija uma condenação penal, a maioria das salvaguardas à liberdade individual que se aplicam em casos criminais aplicam-se, igualmente, nos casos de confisco NCB. Onde existem exceções, a lógica é que as proteções que se aplicam quando a liberdade de alguém está em jogo, historicamente, não se aplicaram quando a única questão é a imposição de uma penalidade monetária ou a perda de um bem.

Em casos de confisco penal e NCB, o proprietário do bem goza do direito de ter a perda de seu bem determinada por um júri, e de fazer com que o governo estabeleça o nexó entre a propriedade e a ofensa por um equilíbrio das probabilidades.³⁸ Em ambos os casos, o proprietário do bem também tem o direito de apresentar uma moção para supressão de provas obtidas em violação da proteção da Quarta Emenda contra buscas e apreensões desarrazoadas.³⁹ E, em ambos os casos, o confisco é limitado pela Cláusula de Multas Excessivas da Oitava Emenda, que proíbe confiscos que sejam “desproporcionais em relação à gravidade da violação”.⁴⁰

Além disso, ambos os regimes legislativos protegem os direitos de terceiros, permitindo-lhes intervir no caso de confisco e afirmar que o bem pertence a eles (o que é uma defesa completa quanto ao confisco penal) ou que pertence a eles e que eles se qualificam como proprietários inocentes (em casos de NCB). Em ambos os casos, o ônus da prova recai

37 18 U.S.C. § 981(g)(2).

38 Rule G(9), F.R.Civ.P., Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P., 18 U.S.C. § 983(c)(1) (atribuindo o ônus da prova ao Governo, em casos de confisco civil).

39 Rule G(8)(a), F.R.Civ.P. (que torna o princípio de não admissibilidade aplicável a casos de confisco civil).

40 *United States v. Cheeseman*, 600 F.3d 270, 282 (3d Cir. 2010) (a Cláusula de Multas Excessivas se aplica tanto ao confisco criminal quanto ao confisco civil); 18 U.S.C. § 983(g) (que torna a Cláusula de Multas Excessivas aplicável ao confisco civil por lei).

sobre o terceiro de determinar que ele tem o direito de ter seu bem isento de confisco.⁴¹

Por fim, em ambos os casos, a parte que perder no julgamento tem o direito de apelar.

Em outros casos, as proteções oferecidas nos casos de NCB são, na verdade, maiores do que em casos penais. Por exemplo, o escopo de dilação probatória civil em casos de NCB é muito mais amplo do que o escopo de dilação probatória penal. Assim, nos casos de NCB, o reclamante/proprietário do bem pode forçar o governo a divulgar provas e apresentar testemunhas antes do julgamento que o governo não seria obrigado a divulgar ou apresentar em um processo penal.⁴²

Além disso, embora ouvida alheia seja admissível em casos de confisco penal para determinar a perda da propriedade após o réu ser condenado (porque o processo de confisco é considerado como parte do processo de condenação), nos casos de NCB, o governo deve estabelecer ambos os elementos – que crime ocorreu e que o bem foi derivado de ou usado para cometer o crime – com evidência admissível de não-ouvida alheia.⁴³

Além disso, diversas proteções do devido processo se aplicam em casos de NCB que não têm contrapartida em casos penais. Por exemplo, o governo deve iniciar um processo de confisco NCB notificando qualquer pessoa com potencial interesse o bem de uma forma que seja suscetível de atingir uma notificação efetiva.⁴⁴ Além disso, o governo deve iniciar a sua ação dentro de um prazo fixo após a apreensão do bem e a demanda do proprietário por sua devolução.

Há, é claro, casos em que as salvaguardas em processos penais são maiores do que as em casos de NCB, o mais importante dos quais diz respeito ao ônus da prova. Embora o governo tenha o ônus da prova em ambos os casos, e embora seja necessário estabelecer o nexó entre a propriedade e a violação pelo mesmo padrão em ambos os casos, em casos penais, o governo deve estabelecer que um crime foi cometido e

41 21 U.S.C. § 853(n) (que trata de direitos de terceiros em casos penais); 18 U.S.C. § 983(d) (que cria uma defesa de proprietário inocente em casos de confisco civil).

42 *United States v. Approximately \$69,577 in U.S. Currency*, 2009 WL 1404690, *3 (N.D. Cal. May 19, 2009) (o governo tem o direito de suspensão se fornecer dilação probatória a membros da família do réu no caso civil vier a proporcionar ao réu uma dilação probatória anterior e mais ampla do que ele poderia obter em seu caso penal).

43 *Compare United States v. Ali*, 619 F.3d 713, 720 (7th Cir. 2010) (ouvida alheia admissível em processo de confisco penal) com *United States v. \$92,203.00 in U.S. Currency*, 537 F.3d 504, 510 (5th Cir. 2008) (ouvida alheia o admissível em processos de confisco civil).

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

que foi cometido por uma determinada pessoa, sem sombra de dúvida, enquanto que, nos casos de NCB, só é necessário provar que um crime foi cometido *por alguém* por um equilíbrio das probabilidades. Isso reflete a visão histórica nos Estados Unidos de que o padrão mais elevado deve ser atendido quando a vida ou a liberdade de uma pessoa está em jogo, mas, que o padrão inferior é suficiente quando o litígio diz respeito apenas à possibilidade de uma penalidade monetária ou à perda de direitos de propriedade.⁴⁵

Os casos penais e de NCB também diferem no que diz respeito à aplicação do direito da Quinta Emenda contra a autoincriminação. Enquanto o réu/demandante mantém o direito de se recusar a testemunhar contra si mesmo em ambos os casos, as consequências de invocar esse direito diferem, dependendo da natureza do processo. Em casos criminais, o governo não pode fazer referência a, nem fazer qualquer inferência adversa da invocação do réu ao direito da Quinta Emenda de permanecer em silêncio. Em contraste, nos casos de NCB, se um reclamante invocar esse direito, o tribunal pode fazer uma inferência adversa do seu silêncio.⁴⁶

Além disso, um requerente que se recusa a responder quaisquer questões relativas à sua relação com o bem em um caso de confisco NCB pode achar que é incapaz de atender a seu encargo de estabelecer uma posição para contestar o confisco.⁴⁷

Por fim, os casos penais e NCB diferem no que diz respeito à aplicação do advogado garantido pela Sexta Emenda. Em nenhum dos casos o réu/demandante pode usar fundos de origem criminosa para pagar um advogado.⁴⁸ Em casos penais, no entanto, um réu que é impedido de usar seus bens para esse fim tem direito à nomeação de advogado às custas do governo. Em contrapartida, nos casos de NCB, o requerente só tem direito à nomeação de advogado se o bem sujeito a confisco for a sua residência pessoal.⁴⁹ Em todos os demais casos, o reclamante deve aguardar

45 *United States v. \$114,700.00 in U.S. Currency*, 2017 WL 6205529 (D. Col. Dec. 8, 2017) (Relatório e Recomendação) (rejeitando a contestação do devido processo ao padrão de preponderância; o confisco civil serve a um propósito importante do governo, há uma clara justificativa para o padrão de preponderância, e as outras proteções na CAFRA são adequadas para garantir que o bem não seja apreendido sem o devido processo legal, além da dúvida razoável ser reservada para casos penais, e clara e convincentemente, se aplicar a casos extraordinários envolvendo deportação, desnaturalização e resilição de pátrio poder, não casos envolvendo a perda de dinheiro), adotado pelo juízo da comarca, 2018 WL 655040 (D. Col. Feb. 1, 2018).

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

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

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

49 18 U.S.C. § 983(b).

o resultado do caso, e tem direito a ser reembolsado pelos honorários de seu advogado somente se sair vencedor no processo.⁵⁰

CONCLUSÃO

O confisco sem condenação penal é visto como uma ferramenta essencial de aplicação da lei nos Estados Unidos, que pode ser empregada a critério do procurador em casos apropriados, e sem a qual seria impossível recuperar a propriedade em uma ampla diversidade de casos de grande importância, incluindo casos em que os Estados Unidos são solicitados a recuperar bens derivados de crimes cometidos em outros países. As proteções do devido processo legal e outras salvaguardas que são parte integrante dos processos penais são, na maior parte, igualmente aplicáveis aos procedimentos de NCB e, em alguns casos, são superadas pelas proteções concedidas às partes nos casos de NCB. Nos casos em que as salvaguardas penais são maiores, as salvaguardas nos casos de NCB são apropriadas à luz da proteção historicamente maior proporcionada quando a vida ou a liberdade, e não apenas o interesse nos bens, está em jogo.

Artigo recebido em: 10/08/2018.

Artigo aceito em: 20/04/2019.

Como citar este artigo (ABNT):

CASSELLA, S. D. Nature and basic problems of non-conviction-based confiscation in the United States. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 41-65, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1334>>. Acesso em: dia mês. ano.

50 28 U.S.C. § 2465(b).