



Ação de Extinção de Domínio Civil e Combate à Macrocriminalidade e ao Crime Organizado

Diogo Lopes de Almeida Campos¹
Instituto de Educação Continuada (IEC) – PUC Minas

Resumo

O presente estudo² aborda a ação civil pública de extinção de domínio como forma de combate à macrocriminalidade e ao crime organizado. Tendo em vista que o mecanismo se originou e foi amplamente utilizado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros com tal finalidade, especialmente naqueles que adotam o sistema jurídico de *common law*, e que várias iniciativas têm sido empenhadas com o fim de introduzi-lo no complexo normativo brasileiro, objetivou-se ponderar a pertinência de tal propositura. Para tanto, procedemos ao exame dos aspectos históricos, evolutivos e conceituais desses institutos, bem como dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à declaração de perda, por intermédio de tal ação civil pública, de bens, valores e direitos adquiridos por atividade ilícita, principalmente no que tange à constitucionalidade da medida.

Palavras-chave: ação civil de extinção de domínio; macrocriminalidade; crime organizado; direito penal; direito processual penal.

Introdução

A ação de extinção de domínio civil é um mecanismo legal com origem nos sistemas jurídicos de *common law*, previsto em tratados internacionais e presente na legislação de diversos países, nos quais foi “implementado como instrumento de confisco e recuperação de ativos fruto de crime, desvinculado dos respectivos processos de persecução penal” (CAVALCANTI, 2011, p. 159).

Nas últimas duas décadas tem evoluído como importante opção para o combate à chamada macrocriminalidade, cuja maior forma de expressão é a criminalidade organizada e suas diversas modalidades de atuação, por buscar atingir essencialmente os bens, valores e direitos que sejam procedentes, utilizados ou destinados à prática de atividade ilícita, em descumprimento à sua função social.

¹Bacharel em Comunicação Social, com ênfase em Publicidade e Propaganda (2009) e Jornalismo (2011) pela Universidade Federal de Minas Gerais; bacharel em Direito pela Universidade FUMEC (2018); pós-graduando em Ciências Penais (Lato Sensu) pelo Instituto de Educação Continuada – IEC da PUC Minas.

² Síntese do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, de mesmo título, apresentado à Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como parte dos requisitos para colação de grau no curso de bacharelado em Direito.



Ao mesmo tempo em que objetiva cessar a atuação da organização criminosa, cercando as formas de financiamento das atividades por ela desempenhadas, também se manifesta como um meio de responsabilizar o agente criminoso no âmbito civil, buscando-se evitar as eventuais possibilidades de impunidade no processo penal correspondente.

Considera-se que os Estados Unidos da América estão na vanguarda desse tipo de ação; já o Brasil encontra-se atualmente nas vias de tramitação do Projeto de Lei nº 257, de 2015, que disciplina a inclusão da matéria em seu ordenamento jurídico. Mas enquanto o sistema norte-americano permite que a ação seja promovida contra os bens de origem presumidamente ilícita em si, sendo por isso descrita como de natureza *in rem*, no Brasil a ação será proposta contra o titular, proprietário ou possuidor, que, sendo ao final condenado, terá o domínio sobre o objeto da ação declarado como extinto (sem direito à indenização), sendo revertido em prol do Estado, incorporando-se definitivamente ao seu patrimônio.

Apesar de ser uma iniciativa de imensurável valor e dotada de certa novidade, uma intervenção de tal ordem no constitucionalmente garantido direito à propriedade naturalmente gera uma série de questionamentos, não só quanto a sua constitucionalidade, mas quanto a uma cadeia axiológica, que envolve o devido processo legal, os direitos ao contraditório e à ampla defesa, além da proporcionalidade e da razoabilidade da medida.

Em que pese a nítida gravidade da situação que o país encontra no enfrentamento à criminalidade organizada, em suas diversas frentes de atuação, nosso ordenamento jurídico não é carente de mecanismos legais aptos a esse combate. Dispomos desde os instrumentos de persecução penal já previstos no Código Penal, de Processo Penal e legislação penal extravagante, que incluem medidas também de cunho patrimonial, até as vias previstas na própria Constituição Federal e nas esferas cível e administrativa, com as quais uma eventual ação de extinção de domínio teria que conviver, levando-se em consideração a independência das instâncias.

Diante da novidade, das polêmicas e dos questionamentos gerados pelo tema e da escassez de produção em sede doutrinária, este trabalho pretende esclarecer alguns



critérios objetivos que possam auxiliar na compreensão da questão e fomentar a discussão no meio acadêmico, tendo em vista sua iminência.

Metodologia

Para tanto, buscou-se, com base na pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial: explorar os aspectos gerais e alguns pormenores da ação de extinção de domínio civil – evolução histórica e conceitual e contextualização quanto ao direito brasileiro e da macrocriminalidade e do crime organizado; expor a relação com as acepções do devido processo legal, com a tutela, a intervenção e a relativização do direito à propriedade aplicável às práticas criminosas; levantar de maneira objetiva o que a doutrina disponível tem considerado como aspectos favoráveis e desfavoráveis, inclusive em termos de adequação constitucional e processualística; e proceder, ao final, às devidas e próprias conclusões.

Como referencial teórico-metodológico, optou-se sobretudo pelo exame das obras *Extinção civil do domínio – Perdimento de bens*, de autoria do juiz federal André Prado de Vasconcelos; *Recuperação de ativos vinculados ao crime fora do processo penal: a ação de extinção de domínio*, do procurador da República José Robalinho Cavalcanti; e *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*, de Ana Luiza Almeida Ferro. Para o aprofundamento no tema, utilizaram-se também outros referenciais teóricos da literatura nacional e estrangeira, assim como produções acadêmicas, sem dispensar a menção às leis e à jurisprudência disponível.

Resultados e Discussão

Ação de Extinção de Domínio Civil

As primeiras experiências que concernem à recuperação de ativos relacionados ao cometimento de crimes, fora do processo penal, ocorreram em países que adotam o sistema jurídico de *common law*, mais especificamente no direito consuetudinário inglês, que estabeleceu a perda da propriedade como forma de compensar a sociedade ou a pessoa diretamente atingida pela prática de um delito.



De acordo com André Prado de Vasconcelos, o perdimento civil de bens no Reino Unido era baseado em “três circunstâncias, mais especificamente nos *deodands*³, no confisco em razão de condenação criminal ou traição, e no perdimento criado por lei” (VASCONCELOS, 2010, p.7).

A segunda circunstância dizia respeito ao confisco ou à reversão de bens imóveis para o senhor feudal:

De fato, o significado original da expressão “crime doloso” (*felony*) era a falha do inquilino em cumprir com suas obrigações, resultando em confisco. Crime, portanto, significava a ruptura do laço feudal entre o senhor e seu vassalo em razão de delito grave praticado por este último, tal como homicídio, estupro, incêndio doloso ou roubo. (...) A prática de crimes era passível de punição com morte, e as terras do criminoso eram confiscadas para o senhor feudal (VASCONCELOS, 2010, p.8).

A terceira circunstância referia-se aos textos da lei inglesa que dispunham sobre a violação de normas tarifárias, principalmente no âmbito das regras comerciais e de almirantado do Reino Unido no século XVII, com relação direta às políticas atreladas à receita governamental. Com o descobrimento e início da colonização dos Estados Unidos da América no século XVI, na segunda metade do século XVII a coroa inglesa se encontrava no ápice da sua expansão marítima e na necessidade de dar cumprimento às leis que visavam proteger a receita do rei, a prosperidade comercial da Inglaterra e a força naval do Império.

Esse cenário temporal possui extrema importância para o desenvolvimento do conceito de perdimento *in rem*, inclusive como instrumento associado ao combate à macrocriminalidade e ao crime organizado, por dois fatores básicos.

O primeiro diz respeito à formação das Treze Colônias britânicas no território norte-americano, o que possibilitou que os Estados Unidos figurassem em posição estratégica do ponto de vista comercial para o Reino Unido. Em razão disso, era essencial que as normas comerciais da metrópole também se aplicassem às colônias, em especial à norte-americana. Tais procedimentos e leis oriundos destas aplicações foram os reais predecessores da lei americana de perdimento.

³“O termo *deodands* deriva da frase em latim ‘*deo dandum*’ e significa ‘dado a Deus’. Um ‘*deodand*’ é uma coisa confiscada, ‘presumivelmente a Deus para o bem da comunidade, mas, na realidade, entregue para a coroa britânica’ (LEVY, Leonard W. *A license to steal: the forfeiture of property*, p.7, in *Extinção Civil do Domínio - Perdimento de Bens*. Belo Horizonte: Editora Del Rey Limitada, 2010, p. 7).



O segundo fator é relativo ao fato de que a com sua declaração de independência, em 1776, os Estados Unidos estabeleceram no comércio marítimo, de cabotagem e transoceânico umas das bases fundamentais de sua economia. Consequentemente, passaram a sofrer com a violação de leis alfandegárias, com a pirataria e o tráfico de escravos.

Em 1789, o então Primeiro Congresso Americano promulgou uma série de leis que autorizavam a apreensão e o confisco de navios e cargas que infringiam tais leis, também como forma de reagir e coibir a pirataria, um dos tipos de associação criminosa mais antigos que se tem conhecimento.

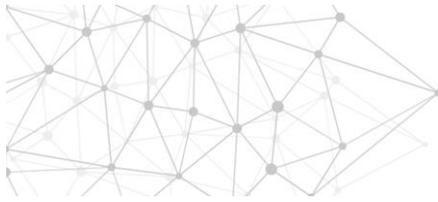
Já no século XIX, enquanto a Inglaterra abolia em 1834, toda a legislação de confisco relacionado à prática de crime, os norte-americanos deram seguimento à evolução do conceito de perdimento *in rem*, voltando a atividade persecutória estatal à repressão sobre a propriedade referente aos delitos tributários envolvendo bebidas alcoólicas, mais especificamente entre 1870 e 1920.

Mais adiante, a partir da década de 1970, o confisco figurou como estratégia para combater o tráfico de drogas em grande escala e a partir de 1990, a maioria dos crimes federais também foi recepcionada no âmbito do perdimento civil. Finalmente, com o final desta década, os norte-americanos chegaram ao atual padrão de perda por meio da ação civil *in rem*, com um modelo jurídico próprio e mais uniforme, por meio do *Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000*⁴ (CAFRA), de 25 de abril de 2000, que entrou em vigor no mesmo ano, “*to provide a more just and uniform procedure for Federal civil forfeitures, and for other purposes*”⁵.

Em suma, a ação é dirigida ao patrimônio ilícito, promovida de forma apartada do accertamento da responsabilidade penal. Um procedimento no âmbito cível, voltado ao que se denomina *tainted property*, ou propriedade contaminada pela atividade criminosa, tornando-a suscetível de confisco por conter ao menos indícios (*probable cause*) de ser proveito ou de ser utilizada nesse tipo de empreendimento.

⁴Tradução nossa: “Lei (ou Decreto) de Reforma da Recuperação de Ativos”.

⁵Tradução nossa: “para providenciar um processo mais justo e uniforme na recuperação Federal de ativos, e outros propósitos”, conforme extraído do texto legislativo original, disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-106hr1658enr/pdf/BILLS-106hr1658enr.pdf>.



Nesse diapasão, presume-se que bastava que os indícios de justa causa da instauração da ação penal, constituíssem, portanto, justificativa para o confisco, gerando a necessidade de prova da licitude do patrimônio perante o Estado. Em uma noção mais moderna do instituto, é pertinente trazer a síntese da evolução do confisco de Stefan Cassela:

Hoje, entende-se que que procedimentos *in rem* são simplesmente estruturas que permitem ao governo obter titularidade sobre propriedade contaminada pela atividade criminosa em um procedimento simples no qual todas as pessoas interessadas são chamadas a discutir o perdimento num mesmo momento processual. Como sempre tem acontecido, o perdimento civil é completamente independente de e inteiramente não atingido por qualquer procedimento criminal, e o papel do dono da propriedade no cometimento do crime é irrelevante. É necessário apenas que o governo prove, pelo sistema de *preponderance of evidence*⁶, que a propriedade derivou de, ou foi usada para cometer ou para facilitar o cometimento de um ilícito (2003, p.3, *apud* VASCONCELOS, 2010, p. 14).

Com efeito, à luz da importância que o conceito e os mecanismos de perdimento *in rem* tiveram para os EUA, este instituto foi então inserido ou ampliado em diversas legislações. José Robalinho Cavalcanti menciona que “Albânia, Colômbia, Quebec (Canadá), Liechtenstein, Eslovênia, Suíça e Tailândia são exemplos dados pelo Banco Mundial de países do sistema romano-germânico e que recentemente implementaram normas relativas de confisco independente da condenação criminal” (GREENBERG, et al., op. cit. p. 17 *in* CAVALCANTI, 2011, p. 165).

Infere-se que essa expansão se deve, em grande parte, aos esforços empregados pela comunidade internacional nos últimos 30 anos para desenvolver, conjuntamente, táticas amoldadas a reprimir a relação desenvolvida entre criminalidade, globalização e ocultação de ativos frutos de crime em âmbitos transnacionais, tais como a Convenção de Viena, de 1988; a criação do Grupo Internacional de Ação Financeira (GAFI) no

⁶ VASCONCELOS (2010, p.14) traduz a descrição de *preponderance of evidence* contida na obra de Bryan Garner (GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary, 1999, p. 547) como “a prova de maior valor, peso probatório superior que, embora não suficiente para eliminar totalmente da mente todas as dúvidas razoáveis, é suficiente para fazer que uma mente imparcial e justa fique mais inclinada a tomar como correto um lado da questão controversa do que o outro. Esse é o ônus da prova necessário para se ter um fato comprovado na maioria dos julgamentos de natureza civil, no qual o júri é instruído a votar em favor da parte que, no todo, tenha a prova mais convincente, não importando quão estreita seja a diferença a se considerar”.



âmbito da OCDE; a Convenção de Palermo (2000); a Iniciativa de Recuperação de Ativos Roubados – *Stolen Asset Recovery Initiative*, ou *STAR Initiative*(2007), da ONU, entre outras.

Outros países também adotaram, em seus ordenamentos jurídicos, legislação de confisco de ativos provenientes de crime fora do processo criminal. Como ação autônoma, mostra-se mais comum naqueles ordenamentos estruturados no sistema de *common law*, tais quais Estados Unidos, Inglaterra, Austrália e Índia, sendo também verificadosem países de tradições civilistas, como Itália, Colômbia e México, além de existirem iniciativas de implementação no Chile, Guatemala e Argentina.

O direito brasileiro possui histórico de penas de perdimento ou confisco desde a época colonial. Sob o domínio do Reino de Portugal, nosso ordenamento jurídico conteve os primeiros dispositivos que previam o confisco de bens para crimes já nas Ordenações Filipinas, de 1603, sendo que muitas disposições vigoraram até o advento do Código Civil de 1916.

Sua presença também se revezou nas Constituições promulgadas desde a Constituição do Império em 1824, e apenas com o Código Penal de 1940 a perda de bens passou a receber a natureza de efeito condenatório da pena. A atual Constituição de 1988 pacificou a questão ao autorizar a decretação de perda de bens nos incisos XLV (possibilita a ampliação dos casosde desapossamento e expropriação sem qualquer tipo de indenização por parte do Estado, desde que tenha lei nesse sentido) e XLVII do artigo 5º, e autorizando a perda de glebas utilizadas para o tráfico ilícito de entorpecentes e o confisco de todo e qualquer bem econômico apreendido em decorrência de tal prática.

Portanto, ao autorizar a edição legislativa do perdimento de bense prever o confisco no caso de tráfico ilícito de entorpecentes, o texto constitucional tornou completamente possível a instituição de um mecanismo tal qual a lei de extinção de domínio civil de bens relacionados a atividade ilícita.

No entanto, apenas em 2005, a Meta nº 14 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, cuidou da elaboração do anteprojeto que viria a instituir a ação civil de perdimento de bens de origem ilícita, com forte influência da legislação de igual teor implementada na Colômbia.



Bloqueado pelo Poder Executivo, a questão voltou à agenda nos anos seguintes, e apenas em 2015, houve a propositura do Projeto de Lei nº 257 de 2015⁷, de autoria do senador Lasier Martins (PDT/RS), que disciplina a matéria e que, no momento de conclusão deste trabalho, encontra-se pronta para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal⁸.

Macrocriminalidade e crime organizado

O conceito de macrocriminalidade não é dotado de unanimidade na doutrina. Ainda soa como algo a ser melhor definido na atividade exegética dos operadores do direito, malgrado a tendência de encerrar definições ser objeto de críticas no âmbito científico, por restringir as definições de um termo ou conceito.

Mas na discussão da ação de extinção civil como forma de combate à macrocriminalidade e ao crime organizado, essa demarcação é essencial para balizar o espaço jurídico do instrumento legal aplicado a um dos seus principais objetos. Por isso, faz-se necessário convocar as linhas doutrinárias do conceito, de forma a ampliar a abrangência do tema. Reiteradamente, as noções corroboradas por autores se assentam no confronto entre macro e microcriminalidade para reconhecer a primeira, pelo aspecto da intensidade:

Juary Silva distingue a macrocriminalidade, por ele chamada de criminalidade avançada, da microcriminalidade, que ele identifica como a criminalidade tradicional ou criminalidade em pequena escala. Para ele, a contraposição das duas se apoia principalmente em questões de tamanho, intensidade e natureza. Sobre a segunda, diz que esta se manifestava mediante atos isolados, geralmente como resultado de impulso repentino do sujeito ativo. Sobre a primeira (...) leciona que a mesma "(...) se apresenta sobre formas empresariais, produto de organização e da cooperação dos criminosos, que copiam por assim dizer os métodos empresários, à diferença dos criminosos de ímpeto, ou improvisados, que agiam como artesões (FERRO, 2012, p. 325).

Não se trata, pois, da tradicional ocorrência de delinquência de marginalidade,

⁷Ementa: Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse de bens, direitos e valores adquiridos por atividade ilícita, regulamenta a ação civil pública de extinção de domínio para tal fim, e dá outras providências (disponível: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/-120990>; acesso em 04/09/2018).

⁸Consulta realizada em 25/03/2019: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/120990>



que gera uma preocupação social por se demonstrar, na maioria das vezes, como crimes violentos, que ocorrem de maneira exposta, visível e anunciada. Tendo em vista esse caráter empresarial, a macrocriminalidade emerge, não raras vezes, por meio de delitos não violentos, com um viés essencialmente, mas não exclusivamente, patrimonial, ocorrendo em cenários obscuros, mas com grande repercussão no sistema social, econômico e político.

Ao ser chamada de macrocriminalidade, essa prática exige um referencial de proporção, podendo comportar então, ao contrário da microcriminalidade, a prática de várias condutas ilícitas, de caráter diverso, inclusive quanto aos seus potenciais de lesividade, por mais de um agente, de forma organizada, podendo afinal atingir vítimas diversas, exigindo-se, portanto, meios abrangentes de punição pelo Estado, já que acaba englobando o crime de associação criminosa, ou a criminalidade organizada, tipicamente reconhecida como uma espécie de macrocriminalidade.

Sem almejar um demasiado aprofundamento na questão, é importante ressaltar que as definições de crime organizado e organizações criminosas também foram alvos de vários esforços. No cenário jurídico brasileiro, um grande marco foi a Convenção de Palermo (2000), que trouxe: "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

No entanto, para Luiz Flávio Gomes⁹, ainda que tenha havido uma corrente doutrinária e jurisprudencial buscando se valer dessa definição, quando se trata de direito penal interno, os tratados e as convenções que definem crimes e penas não podem ser fonte válida para determinar as relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado, em razão da exigência dos princípios da democracia, da taxatividade e da legalidade, por serem muito amplas ou genéricas.

Por isso, mesmo após o advento da Lei nº 12.694 de 2012, que dispôs sobre o processo e julgamento em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, e propôs uma definição no seu artigo 2º, a Lei nº 12.850 de

⁹ GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>, 06 de maio de 2009. Acesso em 26 de setembro de 2018.



2013 se “atreveu” a fincar o marco. Definiu organização criminosa (dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal) e revogou, inclusive, a Lei nº 9.034/1995 e o artigo 2º da lei citada retro, trazendo, no artigo 1º, § 1º:

§ 1º: Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Superada a matéria conceitual pelo legislador nacional e pela doutrina, importante destacar que a Lei nº 12.850/2013 também se preocupou em dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, o procedimento criminal e as infrações penais correlatas, sem prejuízo do disposto no Código Penal, de Processo Penal e na legislação extravagante, conforme o disposto no artigo 22 daquele texto¹⁰.

Recentemente, complementando a matéria em termos de ferramentas legais de combate ao crime organizado, foi promulgado o Decreto nº 9.527, de 15 de outubro de 2018 (“cria a Força-Tarefa de Inteligência para o enfrentamento ao crime organizado no Brasil”), que oficializou a atuação das forças-tarefas e trouxe mais um mecanismo de combate à criminalidade organizada no Brasil.

Ação de extinção de domínio civil, devido processo legal e a intervenção na propriedade privada

Um dos objetivos essenciais da ação de extinção de domínio é combater a macrocriminalidade e a criminalidade organizada por meio da intervenção jurídica nos meios econômicos de financiamento de suas atividades ou no patrimônio (bens, direitos e valores) de seus agentes, tido como produto ou proveito de atividade ilícita.

Para tanto, observa-se que, já em seus primeiros artigos, o PL nº 257 de 2015 traz à baila a ingerência sobre uma gama de institutos relacionados aos direitos reais e pessoais relativos a propriedade, tutelados de forma mais específica pela Constituição de 1988 e pelo nosso direito civil, quais sejam o direito a posse e propriedade de bens

¹⁰Art. 22. Os crimes previstos nesta lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo (BRASIL, 2013).



direitos, valores e demais negócios jurídicos¹¹.

Quando vista pela ótica de uma medida de cunho patrimonial, bem como outras previstas no nosso ordenamento, esbarra-se na análise da constitucionalidade da medida, mais precisamente na matéria pertinente à intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

O direito à propriedade nunca foi absoluto, sendo certo que ele pode ser podado pelo Estado, respeitados os princípios fundamentais que regem nossa ordem constitucional e suas consequentes funções. É dizer: a perda da propriedade privada deve ser prevista em lei, respeitado o devido processo legal. A inobservância do princípio invalida o poder estatal de expurgar a propriedade, como previsto na Constituição de 1988¹².

Essa exigência foi prevista em todas as Constituições brasileiras e, coincidência ou não, o instituto do devido processo legal, tal qual as primeiras experiências que concernem à recuperação de ativos relacionados ao cometimento de crimes, fora do processo penal, despontou em países que adotam o sistema jurídico de *common law*.

Estendendo-se a partir da sua origem como garantia processual, de validade de jurisdição penal, para a civil e a administrativa, tem-se a formulação de duas teorias, ou acepções, que hoje embasam a garantia do *due process of law*. Originalmente, a teoria dessa garantia foi firmada ao redor de um aspecto meramente procedimental, ou

¹¹Ao mencionar a extinção do **domínio**, englobam-se os outros termos utilizados, com a extinção do direito de posse e propriedade. Além dos direitos reais e pessoais, os frutos, bem como os decorrentes deles, tais como alienação, permuta ou qualquer outra espécie de negócio jurídico, inclusive o que possa envolver lesados ou terceiros interessados, por todos terem sido envolvidos, de alguma forma, em um desrespeito à função social da propriedade. Nosso Código Civil de 2002 optou por adotar apenas o termo *propriedade*, apesar de serem conceitos distintos que se complementam e se comunicam. Mas o legislador do projeto de lei optou pelo domínio, tido pela doutrina como a titularidade do bem, algo que é instrumentalizado pelo direito de propriedade.

¹²Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;



acepção formal, pelo qual o Estado só pode praticar atos que afetem os direitos e as liberdades dos indivíduos por meio de procedimentos formais preestabelecidos, observando-se o contraditório e a ampla defesa.

Transcendendo esse aspecto, a acepção substancial do devido processo legal (*substantial due process*), ou material, diz respeito à elaboração e interpretação de normas jurídicas, de forma a resguardar a vida, a liberdade e a propriedade. O sacrifício de tais bens jurídicos, objetos de tutela do próprio Estado como jusfundamentais, só será admitido para preservar valores ou interesses de particular relevância para uma sociedade organizada em estrutura constitucional.

Nosso ordenamento dispõe de outras medidas estatais que tendem a afetar o direito à propriedade quando este se demonstra prejudicável pelo vínculo com a atividade criminosa, descumprindo sua função social. Mas é certo que ao submeter uma lei que institui o instrumento de extinção de domínio, a cláusula do devido processo legal deve ser utilizada como parâmetro de constitucionalidade e de compatibilidade com a ordem jurídica vigente.

Tal qual o direito penal em si, que está intrinsecamente ligado ao mecanismo aqui discutido e se autodenomina a *ultima ratio* por incursionar na delicada esfera jurídica da liberdade, a incursão no patrimônio deve receber tratamento paritário, sendo justificável e legitimada rigorosamente pelos princípios e pelas garantias constitucionais e valorada especialmente no organicismo e hierarquia do nosso complexo jurídico.

Ação de extinção de domínio, constituição e processo penal

Desde o momento da confecção e da propositura das iniciativas que tratam da ação de extinção de domínio civil, houve consideráveis críticas e avaliações quanto à pertinência e principalmente quanto à constitucionalidade dessas. No mérito, não é intenção deste trabalho discutir a fundo e de maneira pormenorizada os textos do anteprojeto e dos projetos. Mas, na origem, a discussão surgiu a partir do anteprojeto da ENCCLA de 2005, quando se questionou se havia lugar no ordenamento jurídico brasileiro para a Ação; se a mesma obedecia ao devido processo legal, sendo compatível com os padrões constitucionais de defesa da propriedade; e se a extração da propriedade poderia ser estabelecida fora do processo penal.

Diretamente envolvido na elaboração do anteprojeto, José Robalinho Cavalcanti



(2011) rebateu as indagações esclarecendo que, inicialmente, não se propõe em qualquer legislação de confisco civil desvinculada do processo penal a “expropriação” afastada do direito de defesa e de contraditório, além de que a ação não tem natureza expropriatória nem sancionatória, equívocos que permeiam a questão:

De fato, embora busque desconstituir propriedade e domínio aparente e formal, a extinção de domínio não intenciona retirar a propriedade de um cidadão, senão que questiona, focando em um momento jurídico anterior, se é legítima a aquisição desta propriedade. (...) A propriedade legítima e legal, protegida e passível de proteção constitucional, portanto, nunca se formou, exatamente como nenhum direito à manutenção de propriedade ou posse de quem furtou o bem, ou adquiriu o mesmo com o produto do crime. (...) Por outro prisma, quem utiliza propriedade legítima em sua origem (...) para praticar crimes (instrumento), ou para ocultar ou ajudar a ocultar bens ilícitos (...), afasta-se do uso aceitável e permitido da propriedade, em uma expressão, retira da propriedade sua função social, e igualmente deixa de ter direito à mesma (CAVALCANTI, 2011, p. 173-174).

Ademais, a perda da propriedade na situação em tela também não é novidade ontológica, o que comprova a sua compatibilidade constitucional frente ao cotejado no artigo 91 do Código Penal, como efeito da pena condenatória, após a certeza da culpa e baseada em indícios suficientes da origem criminosa, tal qual a ação de extinção de domínio (CAVALCANTI, p. 175).

Opere citato, quanto à ordem das provas, quando se discute a liberdade no processo penal, elas devem ser exaustivamente exigidas, sendo o ônus posto integralmente à acusação, como “a prova de culpa além de qualquer dúvida razoável” (p. 177). Contudo, considera que essas exigências não foram erigidas quando se discute a proteção à propriedade, em que o grau de reclamação de provas pode ser menor.

Quando a ação discute se os bens e sua propriedade derivam teleologicamente da atividade criminosa, tendo índole objetivamente real e não se dirigindo ao criminoso em si, é incabível que as garantias e a tutela máxima da liberdade sejam transferidas, no mesmo molde, à propriedade, já que a perda não tem, portanto, caráter sancionatório.

À vista disso, o autor conclui que não há qualquer inconstitucionalidade no instituto da extinção de domínio, afirmando que “a sua aparente novidade é de natureza apenas procedimental, razão pela qual o inegável progresso que trará no combate à criminalidade da globalização, e ao interesse público em reaver os ativos tomados por criminosos” (p. 181).



O mesmo raciocínio foi seguido pelo Núcleo de Estudos e Pesquisa Legislativa do Senado, quando publicou em 2015 a avaliação de impacto legislativo das propostas em discussão no Congresso Nacional¹³, como a Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 10 de 2015 e o PL nº 856 de 2015, de igual teor¹⁴.

Ao analisar os efeitos favoráveis, além de mencionar que a medida traz um “combate efetivo e eficaz à criminalidade, por meio do ponto que é o mais sensível às organizações criminosas: o patrimônio” (OLIVEIRA, 2015, p. 5), a publicação também avaliou que a relativização ou inversão do ônus da prova, colocada como “distribuição dinâmica da carga probatória”, é o maior benefício da instituição da ação civil de extinção de domínio.

Outra perspectiva também foi trazida na avaliação quanto aos efeitos desfavoráveis. Em princípio mencionam-se os custos, já que a criação de uma nova ação acarretaria em despesas com a estrutura judicial para promovê-la, como a adaptação de sistemas ou a criação de varas.

Mas em que pese a existência dos custos, fita-se que os grandes riscos giram em torno dos questionamentos judiciais sobre a validade da norma, mais especificamente quanto à presunção de inocência, os efeitos patrimoniais decorrentes da extinção de domínio, inclusive sobre os interesses dos proprietários de boa-fé, e a possibilidade de ocorrência de abusos estatais.

Pondera-se, por fim, que tanto no Projeto avaliado quanto no que está sendo neste momento objeto do crivo do Senado, a questão da efetiva defesa dos interesses dos proprietários de boa-fé, ou inocentes, que podem ter seu direito fundamental à propriedade substancialmente afetados, configurando, pois, um abuso estatal, caracteriza-se assim: “é preciso ter cuidados para assegurar a proporcionalidade, já que pode atingir mesmo bens adquiridos licitamente, mas usados para práticas ilícitas, caso em que a perda da propriedade pode ser considerada exagerada” (OLIVEIRA, 2015, p. 62). É também “preciso rever prazos dilatados de prescrição da exceção contra a extinção do domínio, sempre para evitar o abuso estatal e para proteger proprietários inocentes” (p. 63).

¹³ Disponível em: <http://www.senado.leg.br/estudos>

¹⁴ As duas proposições foram oriundas do Poder Executivo; enquanto o PL disciplinava o instituto, a PEC objetivava prevê-lo expressamente no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal.



Considerações finais

É do conhecimento comum que atualmente a criminalidade organizada é indubitavelmente um dos maiores problemas de segurança pública enfrentados pelo Brasil. Por isso, a atividade persecutória não pode se dar ao luxo de manter-se estática, tendo em vista que a globalização e a digitalização dos âmbitos sociais favorecem a constante atualização das formas de criminalidade, especialmente essa, que se dota de práticas semelhantes as do mundo empresarial para atuar de maneira ilícita, em diversos âmbitos criminais, visando acima de tudo à constituição de patrimônio. É dizer: o Estado tem, ou deveria estar, sempre um passo à frente.

Nesse sentido, mediante os exemplos adotados na conjuntura internacional, principalmente nos países que possuem vasta experiência no combate à macrocriminalidade e ao crime organizado, tidos como a vanguarda nesse tipo de enfrentamento, como Estados Unidos e Colômbia (ainda que seus sistemas normativos sejam marcados por sensíveis diferenças do nosso), mais especificamente, por serem a referência quanto aos moldes utilizados para a propositura da ação de extinção de domínio civil no Brasil, a iniciativa se prova louvável.

Contudo, na análise, o PL nº 275 de 2015 ainda deixa algumas lacunas que deverão ou deveriam ser solucionadas. Longe de questionar a constitucionalidade, mas é propício se levantarem incertezas restantes, tais como a possibilidade de abuso do poder estatal; a proporcionalidade da medida quanto à intervenção no patrimônio de terceiro de boa-fé; os custos de implementação e adaptação no já sobrecarregado sistema judiciário brasileiro; a convivência com as outras medidas de cunho patrimonial; a menor rigidez da exigência probatória ou a sobrecarga do ônus da prova na pessoa do acusado. E ainda, sendo autônoma e apartada do processo penal, como ficaria a situação patrimonial do réu nos casos em que a ação de extinção de domínio for mais célere e ao final condenatória na esfera civil, se o mesmo vier a ser eventual e posteriormente absolvido na respectiva esfera penal, por qualquer motivo – ainda que haja a possibilidade de uma eventual ação rescisória, declaratória de nulidade ou até reparatória nesses casos, o que também sabemos, é assaz dispendioso, principalmente para a figura do particular, colocando também à prova os limites da coisa julgada, do



ato jurídico perfeito e da própria segurança jurídica em si.

Por todo o exposto, e considerando a atual situação do Projeto nas vias legislativas, conclui-se que mesmo que aprovado e a respectiva Lei entre definitivamente em vigor, a ação de extinção de domínio no Brasil passará ainda por um longo crivo de questionamento, quiçá um processo de amadurecimento e adaptação. Ponderando todos os riscos, só se demonstrará propiciamente adequado se colocado efetivamente em prática.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 9.527** de 15 de outubro de 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9527.htm>. Acesso em 20 de out. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.850** de 2 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em out. de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 257** de 2015. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120990>>. Acesso em mar. de 2019.

CAVALCANTI, J. R.. Recuperação de Ativos Vinculados ao Crime fora do Processo Penal: a ação civil de extinção de domínio. In: Oliveira, Eugênio Pacelli de. (Org.). **Direito e Processo Penal na Justiça Federal**. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 158-181.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. (2009), 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/>>. Acesso em out. de 2018.

OLIVEIRA, J. M. F. et al. **Como Combater a Corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de proposta em discussão no Congresso Nacional**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2015 (Texto para Discussão nº 179). Disponível em: <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em out. de 2018.

VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil do Domínio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.