



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
EMAB - ESCOLA DE MAGISTRADOS DA BAHIA

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

MARIA HERCÍLIA DANTAS DE ALMEIDA BARROS

PERDIMENTO DE BENS, OBJETOS OU VALORES
VINCULADOS AO TRÁFICO DE DROGAS:
MEDIDAS CAUTELARES E PENA CONDENATÓRIA

SALVADOR-BA
2010

MARIA HERCILIA DANTAS DE ALMEIDA BARROS

**PERDIMENTO DE BENS, OBJETOS OU VALORES
VINCULADOS AO TRÁFICO DE DROGAS:
MEDIDAS CAUTELARES E PENA CONDENATÓRIA**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal, promovido pela Faculdade Baiana de Direito e Escola de Magistrados da Bahia, como requisito à obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof. Fábio Roque da Silva Araújo

**SALVADOR-BA
2010**

PERDIMENTO DE BENS, OBJETOS OU VALORES VINCULADOS AO TRÁFICO DE DROGAS: MEDIDAS CAUTELARES E PENA CONDENATÓRIA

Maria Hercília Dantas de Almeida Barros¹

“Viva como se fosse morrer amanhã.

Aprenda como se fosse viver para sempre.”

Mahatma Gandhi

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BENS, OBJETOS OU VALORES VINCULADOS AO TRÁFICO DE DROGAS; 2.1 APREENSÃO; 2.2 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS; 2.3 OBJETO MATERIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES; 2.4 FORMALIDADES E PROCEDIMENTOS PARA A DECRETAÇÃO; 2.4.1 Possibilidade da liberação dos bens apreendidos; 2.4.1.1 Da propriedade; 2.4.1.2 Terceiro de boa-fé; 3 UTILIZAÇÃO DOS BENS SUJEITOS À PENA DE PERDIMENTO; 3.1 UTILIZAÇÃO DOS BENS SUJEITOS À PENA DE PERDIMENTO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA; 4 ALIENAÇÃO DE BENS APREENDIDOS; 5 FLUXOGRAMA DA APREENSÃO DE BENS; 6 PENA DE PERDIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade principal tratar das medidas cautelares - a apreensão e as assecuratórias -, da alienação, do uso e da pena de perdimento de bens, objetos e valores relacionados ao tráfico de drogas tratados nos artigos 60 a 63 da atual Lei nº 11.343/2006, buscando demonstrar a atuação da polícia judiciária, os procedimentos e os momentos para a decretação. Igualmente, a pesquisa destaca a necessidade da existência de liame e nexos de causalidade entre o crime de tráfico de drogas e o material constricto, ou para uso ou alienação, destacando, dentre as inovações trazidas com a lei antidrogas, ter ficado assegurado que a decretação de indisponibilidade ou perdimento só atingirá os bens, objetos ou valores, do indiciado ou acusado, que estejam vinculados à atividade delituosa (para ou em proveito do crime), e não a todo seu patrimônio; nem será ela uma medida reflexa e automática da decretação da prisão preventiva, como previa o Projeto de Lei que a originou (nº 7.134/2002). Da mesma forma, o estudo busca evidenciar o objeto material das medidas, que agora não recaem mais sobre os instrumentos, ferramentas ou petrecho utilizados - estes ficam confiscados como efeito automático da condenação -, bem assim a necessidade do comparecimento pessoal do acusado no juízo para apresentar as provas sobre a licitude da origem dos bens; a possibilidade de órgãos ou entidades que atuam na prevenção do uso, reinserção social do usuário e repressão ao tráfico de drogas, poderem utilizar qualquer dos meios de transportes apreendidos; e a intervenção de terceiro de boa-fé na defesa de seus interesses.

Palavras-chave: Drogas; cautelares; apreensão; nexos de causalidade; perdimento

¹ Advogada e Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/2006 surgiu no cenário jurídico do País em 23 de agosto de 2006, quando passou a ser adotada, em alguns pontos, uma nova sistemática repressiva referente às ilicitudes envolvendo drogas.

Antes, estava em vigor a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, e anterior a esta, por 30 (trinta) anos, foi a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 que regeu a atuação jurídico-penal frente às drogas.

Vale destacar que, por determinação do art. 66, da Lei nº 11.343/2006², o termo *drogas* (grifo nosso) passará a ser usado (com o será neste artigo), “[...] até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito [...]”, sempre que se referir a toda “[...] substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

Pelo art. 1º da referida lei, considerar-se-á drogas³ todas aquelas substâncias ou produtos que sejam capazes de causar dependência, assim especificadas em lei ou relacionadas em listas emitidas pelo Poder Executivo da União, estas periodicamente atualizadas.

Pois bem. Na nova Lei Antidrogas, o disciplinamento da utilização cautelar e definitiva de bens apreendidos e sujeitos à pena de perdimento está contido no Título IV (Da Repressão à Produção não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas), mais precisamente no seu Capítulo IV (Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado), nos artigos de nº 60 a 64.

Em relação ao perdimento de bens, a nova Lei de Drogas buscou referência e inspiração nos fundamentos jurídicos contidos em algumas normas constitucionais e na legislação penal, mas especificadamente no art. 91 do Código Penal.

Da Constituição Federal se extrai:

Art. 5º - XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

² no TÍTULO VI, que trata das DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.

³ No entendimento de Isaac Sabbá Guimarães (2010, *in* Nota Prévia, não paginado) “*Droga* será qualquer substância manipulada pelo homem, nele introduzida, aplicada ou ingerida, cujos princípios químicos possam causar-lhe alterações, podendo, inclusive, afetar-lhe a saúde.”.

Art. 5º - XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

Art. 243. (...) Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Do Código Penal, o Art. 91:

São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei 7209, de 11.7.1984) a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Como o direito à propriedade é garantido constitucionalmente, a privação, cautelar ou definitiva, de bens deverá ser antecedida do *devido processo legal*.

O *devido processo legal* prescinde de Inquérito Policial. Como um conjunto de atos formalizados, a *persecutio criminis* busca fornecer ao titular da ação elementos para o início do processo penal, e deve conter, como procedimento escrito que é, os testemunhos colhidos (estes reduzidos a termo); as transcrições das investigações procedidas pelos agentes policiais e a formalização da apreensão dos bens e materiais de interesse para a investigação. Para Antônio José Pêcego (2000): é o “[...] Estado coletando elementos para o exercício do *jus puniendi* em juízo [...]”.

O material (bens, objetos ou valores) apreendido⁴ deverá ser devidamente analisado, acautelado e ter destinação dentro dos ditames legais.

No âmbito da lei de Drogas, poderão aqueles bens acautelados ou constrictos - quando forem bens imóveis, móveis ou valores – ser revertidos para a União, desde que provado o liame ou vínculo com os crimes previstos na referida lei, mesmo que lícitos ou ilícitos.

A essa possibilidade de perda de bens, a doutrina e a jurisprudência pátria

⁴ De início, ele será prova, ou poderá ser indício, da ocorrência factual do delito, capaz de fortalecer a tese incriminatória e levar à esperada conclusão lógica.

emprega o termo **perdimento** (grifo nosso).

Assim, ainda que possa ser considerada uma sanção penal, o perdimento não deve ser entendido, de pronto, como uma pena propriamente dita, ou mesmo como “pena alternativa” (art. 43, II, do Código Penal), ou pena de multa.

Para Luiz Flávio Gomes (1998, p. 323), “[...] o perdimento de bens é encarado como um efeito da condenação (fruto de uma sentença penal condenatória) representando um *plus* sobre a sanção penal (uma medida que se agrega a dosimetria da pena).”.

2 MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BENS, OBJETOS OU VALORES VINCULADOS AO TRÁFICO DE DROGAS

Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, a apreensão (e as medidas assecuratórias) só pode(m) ocorrer como exceção, quando obedecidos certos procedimentos.

No Capítulo IV (Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado), em especial nos artigos de nº 60 a 63, o Legislador felizmente seguiu a sistemática prevista no art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro.

Diz-se, aqui, *felizmente*, porque o Projeto de Lei 7.134/2002⁵ incorria em graves equívocos, quando, em seu art. 44, determinava que: havendo “prova de fato” e “indícios de autoria” de algumas das modalidades de crime de tráfico de drogas ilícitas, o Juiz deveria determinar a prisão preventiva do autor, e em decorrência disto a “indisponibilidade cautelar e automática dos bens, direitos e valores que lhe pertença, que figurem em seu nome”, além dos que “constituam instrumento ou vantagem obtida com o ilícito”.

Dessa forma, na lição de Guimarães (2010, p. 283) a medida que determinasse “A indisponibilidade dos bens, direitos e valores que pertençam ao indiciado ou ao acusado, seria reflexa e ‘automática’ [...]” à decretação da prisão preventiva, e recairia sobre todo o seu patrimônio, o que, seguramente, iria ferir

⁵ processado na Câmara de Deputados Federais, transformou-se na Lei nº 11.343/2006

direitos constitucionais⁶, sem que houvesse qualquer ponderação sobre a necessidade e adequação das medidas.

Na nova lei antidrogas, o *caput* do artigo 60 assim determina:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Conforme entendimento de José Laurindo de Souza Neto (1999, p.129), as medidas cautelares (de apreensão e assecuratórias), como preventivas que são, para serem decretadas, é exigido a presença do *fumus boni iuris*, que corresponde à verificação efetiva de que o Estado dispõe do direito *de persecutio criminis*, e do *periculum in mora*, que diz respeito à probabilidade de danos aos interesses do Estado, da vítima ou terceiro de boa-fé, em virtude do julgamento da ação penal [2].

Quando decretadas, as medidas cautelares resultarão numa constrição sobre bens, objetos ou valores que, por indícios, sejam resultantes de delito ou tenham sido proveito auferido com sua prática⁷. Essa constrição recairá sobre direito de propriedade individual, conforme inciso XXII⁸, do art. 5º, da Constituição Federal, e assim o é, por conta da ponderação contida no inciso seguinte (XXIII), no qual: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Ressalte-se que, pela nova lei antidrogas, o “produto” referido na norma representa os bens móveis e imóveis ou valores, ou ainda o “proveito auferido com sua prática”. Portanto, não estão abrangidos ali os instrumentos, ferramentas ou petrechos utilizados. Aqueles poderão sofrer confisco por medida processual de apreensão, enquanto estes, apreendidos pela autoridade policial na recolha dos

⁶ como o de propriedade (CF, art. 5º, XXII)

⁷ Podendo ainda, a constrição recair sobre a atividade ilícita, como por exemplo a expropriação de terras “onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas” (CF, art. 243).

⁸ XXI – “é garantido o direito de propriedade.”

indícios⁹ do crime, têm tratamento disciplinado no art. 119 do Código de Processo Penal c/c o art. 91, II, “a” do Código Penal e ficam confiscados como efeito automático da condenação.

Na norma, uma premissa é inquestionável: só a suficiência de indícios garante a fundamentação da apreensão. Bem assim, a necessidade de existir indícios suficientes da autoria e da prática delituosa.

Desse modo, indispensável haver “indícios suficientes”, como um conjunto de fatos que se ligam e possibilitam demonstrar que aqueles “bens móveis e imóveis ou valores” se consistem em produtos dos crimes previstos na Lei em comento, ou se produtos auferidos¹⁰ com proveito de sua prática.

2.1. DA APREENSÃO

As medidas cautelares influirão no nosso ordenamento processual penal, por vezes de forma crucial, na efetiva validade da prestação jurisdicional e deverão resultar de uma decisão judicial – salvo se resultado de providencias imediatas, adotadas pela autoridade policial, quando esta toma conhecimento da infração penal¹¹ e lavra Auto de Apreensão, o qual, de qualquer forma, subsidiará o requerimento para a decretação da referida decisão.

A *apreensão*, no processo penal¹², se constituirá como meio de produção de prova, podendo proceder-se no local do evento delituoso, ou em domicílio ou na pessoa¹³. Nesse sentido alerta Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 102): “[...] a entrada em casa sem o consentimento do morador só é permitida, durante o dia e mediante mandado judicial, salvo as hipóteses de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro (art. 5º, XI, da CF).”.

⁹ Quando, ao analisar-se um fato, de existência certa, se é levado a um outro fato ou circunstância, até então desconhecido, estar-se-á diante de um indício. Mas, quando gerarem gravíssimas suspeitas sobre o acusado, estar-se-á diante de *indícios veementes*, capazes de indicar uma quase certeza em relação a ele.

¹⁰ valores auferidos com a venda de drogas, por exemplo.

¹¹ Estabelece o art. 6º do Código de Processo Penal: Logo que tiver conhecimento da prática da infração, a autoridade policial deverá: [...] II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.

¹² diferentemente do processo civil, no qual é medida cautelar específica

¹³ art. 240 do Código de Processo Penal,

De outra forma, a *apreensão* servirá para os seguintes fins: a) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; b) apreender instrumentos utilizados (na falsificação ou contrafação) e objetos falsificados ou contrafeitos; c) acessar correspondências, abertas ou não, destinadas ao réu ou em seu poder, quando exista suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo pode ser útil à elucidação do fato; d) apreender armas, munições e instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) e por fim, para colher quaisquer elementos necessários para formar a convicção do juiz.

Destinada, dentre outras, a evitar o perecimento das coisas¹⁴, a apreensão pode ocorrer, no entender de Mirabete (2003, p. 621): “a) anteriormente a qualquer procedimento policial ou judicial, pela autoridade que tem conhecimento da infração penal (art. 6º, II); b) durante o inquérito policial; c) na fase da instrução criminal [...]”.

Ao pretender a preservação dos meios de provas a serem utilizados na instrução, os responsáveis pela apreensão devem documentar, por meio do Auto de Apreensão, tudo que envolve a constrição que se seguirá,¹⁵ o qual deverá ser levado ao conhecimento do Juiz prevento, se for o caso de Ação Penal já instaurada, para que logo seja expedido mandado de busca e apreensão.

Indispensável, esta formalização deve descrever¹⁶ os objetos retidos, quem o detém, ou detinha à época, quais as razões da constrição, bem assim os policiais responsáveis - o que possibilitará a transparência da ação, expondo o ato do agente de polícia ao crivo do Poder Judiciário, à fiscalização do Ministério Público e ao controle, se necessário, das Corregedorias de Polícia.

Assim, levados à unidade policial, o material apreendido ficará sobre a guarda e a segurança da autoridade policial, enquanto ali permanecer.

Contudo, a doutrina e jurisprudência têm alertado para o fato de que, na ausência de normatização sobre o prazo em que os bens permanecerão

¹⁴ no caso de recair sobre bens móveis e objetos

¹⁵ Mirabete (1995, p. 316) entende que: “Nem sempre a busca precede a apreensão, podendo esta ser efetivada sem aquela desde que a coisa seja entregue espontaneamente à autoridade, lavrando-se então ‘auto de exibição e apreensão.’”

¹⁶ minuciosamente, fazendo-se constar todas as características que possa identificar o bem/objeto.

apreendidos, poderão eles permanecer indefinidamente em poder da autoridade policial, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade, bem assim à garantia do direito constitucional de propriedade.

2.2 DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Quanto às *medidas assecuratórias* (seqüestro, hipoteca legal e arresto), estas serão aplicadas para possibilitar a reparação do dano causado pelo crime (art. 91, do CP).

O *seqüestro* (art. 125 a 132 do Código de Processo Penal) recairá sobre bens móveis¹⁷ (desde que presentes indícios veementes da sua procedência ilícita), e seu emprego se justifica por ser antecipativa a uma possível consequência econômica advinda da eventual sentença condenatória.

Vicente Grecco Filho (1995, p 163) define o *seqüestro* como:

medida assecuratória, fundada no interesse público e antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso. Por ter por fundamento o interesse público, qual seja o de que a atividade criminosa não tenha vantagem econômica, o seqüestro pode, inclusive, ser decretado de ofício.

A *hipoteca legal* recai sobre um direito real instituído,¹⁸ sobre o imóvel alheio, com a finalidade, também, de garantir uma obrigação¹⁹ de ordem econômica sem que haja transferência da posse do bem gravado para o credor, sendo imprescindível, para tanto, a certeza da infração e indícios de autoria.

Já o *arresto*, é uma medida assecuratória cabível quando o acusado não possui bens imóveis, ou estes não são suficientes para garantir a satisfação do

¹⁷ Mirabete (2003, pg 427) pondera que é permitido ele recair, também, sobre “coisa pela qual foi trocada a *res furtiva*, do dinheiro obtido com a venda da coisa apropriada etc”.

¹⁸ O art. 1489, inciso II, do Código Civil, relaciona hipoteca legal “ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas processuais.”

¹⁹ responsabilidade civil

prejuízo causado pelo crime, ou a da pena pecuniária e as despesas processuais, recaindo, então, sobre bens móveis.

No caso deste último, descrito como seqüestro no art. 137 do Código de Processo Penal, o *arresto* (art. 813 do CPC) na verdade é um tipo de seqüestro que só pode recair sobre bens suscetíveis de penhora, os quais sairão do poder do proprietário e serão entregues a terceiro estranho à demanda, que os manterá sob depósito e os administrará.

2.3 DO OBJETO MATERIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES

A apreensão (e outras medidas assecuratórias) deve(m) recair sobre bens móveis e imóveis ou valores que tenham liame ou vínculo com os crimes previstos nesta Lei, ou que se componham a partir de lucro ganhado/adquirido com sua prática.

No entender de Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 16), para o confisco é indispensável, então, a ocorrência de um nexó etiológico entre o crime e o objeto utilizado para a sua prática.

Os *bens imóveis* são aqueles que não podem ser transportados sem que sua substância seja alterada. Logo, os *móveis* são os bens que podem ser transportados²⁰ de um lugar para outro sem alteração em sua substância.

Já os “valores” ali inseridos representam dinheiro, ações e/ou títulos de crédito.

Cuidando-se de moeda nacional, bastará à autoridade policial relacionar no Auto de Apreensão o seu quantitativo e os tipos de notas (por ser de natureza fungível).

Quando tratar-se de moeda estrangeira, se recomenda listar a numeração de cada nota (quando possível), ante a possibilidade, na lição de Luiz Flávio Gomes (2007), de cruzamento de precedentes já registrados ou seu rastreamento futuro, bem assim impossibilitando sua subtração ou substituição por notas falsas.

²⁰ aí equiparados os semoventes, animais que possuem meios próprios de se locomover.

Tratando-se de cheques, conforme § 2º e 3º do art. 62 da multicitada lei de antidroga, deverá o Delegado, como presidente do inquérito, requer ao juízo a intimação do Ministério Público para que este solicite, em caráter cautelar, a sua compensação (quando formalmente regulares) para depósito em conta judicial, evitando-se, assim, apresentá-lo tardiamente na instituição bancária. Depois de efetuado o depósito, deverá ser juntado aos autos a cópia do cheque, acompanhada da cópia do recibo de depósito.

De outra forma, no caso específico da apreensão, que contempla em si ato de apossamento e retirada das coisas do poder de quem as retém, pode acontecer que este seu conceito venha a se chocar com a inacessibilidade ou a inviabilidade da remoção do bem, objeto que a persecução está interessada.

Ocorre aí, a impossibilidade material da apreensão, passando tais bens a serem chamados de *coisas móveis intransponíveis*. Nesses bens, mesmo não podendo ser deslocados, poderão ser realizados atos do interesse da investigação que se pretenda, como busca de amostras, registro de suas características em auto circunstanciado e/ou fotografias, e a perícia *in locu*, dentre outros.

Pode, ainda, a apreensão recair em *bens perecíveis*. Neste caso, o juiz, de ofício ou mediante provocação, sempre ouvindo o Ministério Público: 1) restituirá os bens, se cabível a medida; 2) ordenará a guarda em mãos de depositário ou do próprio terceiro que o detinha, desde que pessoa idônea; ou 3) determinará a sua avaliação e venda em leilão público – art. 120, § 5º, do CPP, e o *quantum* apurado será depositado em estabelecimento bancário.

2.4. DAS FORMALIDADES E DOS PROCEDIMENTOS PARA A DECRETAÇÃO

No *caput* do art. 60 se entrevê que só a autoridade judiciária, o Juiz de 1º grau, detém a competência para decretar a apreensão e outras medidas assecuratórias. Essa competência lhe é garantida constitucionalmente, sendo que, se os autos do inquérito já foram distribuídos, a competência será do juiz da ação. Se os autos da peça investigativa ainda não foram distribuídos, a competência será do

juiz penal da comarca²¹, o qual será o prevento para conhecer da ação penal.

A decretação pode ser em *decisão* emanada de ofício²², independentemente de provocação; ou atendendo a requerimento do Ministério Público, podendo ser autuado em apartado, antes da denúncia ou depois desta; ou ainda por representação da autoridade de polícia judiciária.²³

Nas duas últimas formas, tanto no requerimento quanto na representação, a autoridade, ao pedir providência, deve fazer constar provas ou indicar os elementos destas, mencionando os meios ou as circunstâncias que ocorreu o delito e as razões da necessidade da apreensão.

No entender de Luiz Flávio Gomes (1998, p. 265), a decisão deverá conter fundamentação, na qual se demonstre os contornos da medida pretendida, cuidando de detalhes disponíveis, com a individualização dos bens ou a natureza dos objetos, a delimitação espacial e temporal da execução do mandado, bem assim as autoridade executoras.

Por esta nova lei, a decretação da apreensão (e das medidas cautelares) é uma faculdade do Juiz. A locução verbal “poderá” demonstra uma possibilidade, ou melhor: a falta de obrigatoriedade de acatar o requerimento ou a representação.

É o poder discricionário. Assim se denomina o poder exercido dentro de certos limites, levando-se em consideração a oportunidade e a conveniência da providência a ser adotada, quando a lei, expressamente, não a regula numa determinada situação.

José Cretella Júnior considera que:

Ao livre e legal pronunciamento da autoridade administrativa que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, se traduz em ato desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, num dado momento, damos o nome de poder discricionário da administração.]

²¹ Observa Humberto Theodoro Júnior (1996, p. 349) que, “na existência de mais de um juiz criminal na comarca, a competência será definida por sorteio realizado no Cartório do Distribuidor”, ou no Setor de Distribuição, se houver

²² Em todos os casos, a decretação, por tratar-se de decisão de medida constritiva, desnecessário maiores considerações quanto à necessidade de fundamentação pelo juiz, bastando invocarmos o art. 93, inc X, da Constituição Federal (SILVA, 2006, pg. 507).

²³ Na lição de Grecco Filho (1995), entende-se, neste ponto, ser a Polícia Judiciária aquela autoridade policial que detém a função precípua de apurar as infrações penais e a sua autoria por meio do inquérito policial, procedimento administrativo com característica inquisitiva, que serve, em regra, de base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público, titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF).

Ademais, saliente-se que, nas medidas cautelares, a utilização do fato de tratar-se de produto do crime, por si só, não é capaz de comprovar o delito ou a respectiva autoria. Logo, no entender de Fernando da Costa Tourinho (1997, p.16) a declaração de indisponibilidade dos bens patrimoniais não servirá de prova para a ação penal, mas sim, como garantia de que o patrimônio não sofrerá, de alguma forma, a evicção.

Em qualquer das formas, a decisão que decreta a constrição poderá ser proferida em qualquer fase da *persecutio criminis*, ou seja no “*curso do inquérito ou da ação penal*”²⁴, sem deixar, entretanto, de efetivá-la num momento oportuno, no sentido de não se por em xeque o sucesso final que se pretende com as investigações, ocasião em que, percebendo temerária a apreensão, poderá ser ela suspensa pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público (§ 4º, do Art. 60).

2.4.1. Da possibilidade da liberação dos bens apreendidos

Depois de decretar uma das medidas assecuratórias o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas²⁵ acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão (§ 1º do art. 60).²⁶

O dispositivo refere-se à possibilidade dada ao acusado para apresentar (espontaneamente ou quando assim lhe for determinado), ou requerer (se for chamado ou quando manifestar-se nos autos) produção de provas.

Nesse caso, percebendo trata-se da configuração de uma inversão do ônus da prova capaz de provocar a violação ao princípio da presunção de inocência,

²⁴ No entender de Jorge Vicente Silva (2006, p.284) a possibilidade de que a constrição possa ocorrer no “*curso do inquérito ou da ação penal*” seria é uma previsão inexistente no nosso ordenamento jurídico, aplicando-se ao caso o art. 27 do Código de Processo Penal, o qual prevê que a medida pode ser decretada em qualquer fase do processo, ou ainda antes de oferecida a denúncia, utilizando, como suporte legal, em qualquer dos procedimentos, os arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal.

²⁵ Tal mecanismo de inversão do ônus da prova não chega a ferir, ou conflitar, o Princípio da Presunção de Inocência consagrado no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, por se referir, tão-somente à liberação de bens, produtos ou valores “durante a fase de instrução do processo, onde o citado princípio cede à necessidade de aplicação de medidas cautelares, inclusive privativa de liberdade.” (Silva, 2006, p. 509)

²⁶ Gomes (2007, p. 295) lembra que: “*não havendo prova da licitude, o bem continua apreendido e será declarado perdido se o proprietário for condenado, ou será devolvido em caso de absolvição.*”

advertiu Luiz Flávio Gomes (1998, p.265), ao comentar dispositivo análogo na Lei nº. 9.613/98 (“lavagem de dinheiro”), que:

“[...] sua literalidade poderia dar ensejo a uma interpretação completamente absurda e inconstitucional, além de autoritária e seriamente perigosa, e que consistiria na exigência, em todos os casos, de inversão do ônus da prova (com flagrante violação ao princípio da presunção de inocência).”

Na seqüência, o autor (ob. it.) propôs a seguinte interpretação:

“[...] ‘durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou seqüestro de bens, se o acusado, desde logo, espontaneamente (*sponte sua*, sublinhe-se), já comprovar sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final.”

Levando-se em conta que o Legislador se refere a “acusado”, só é possível a referida apresentação, ou requerimento para apresentação, na fase em que o processo já foi instaurado, com o recebimento da denúncia.

A possibilidade da liberação dos bens apreendidos é uma realidade. Mas, para que o Juiz decida favoravelmente, necessário que seja “Provada a origem lícita do produto, bem ou valor” (§ 2º do Art. 60). Assim, além de provar a propriedade, dentro de um prazo específico, as provas a serem apresentadas têm que recair sobre produto, bem ou valor que tenha origem lícita.

O Entendimento jurisprudencial pátrio é no sentido de que: “A restituição do bem apreendido é condicionada à demonstração cabal da propriedade por parte do requerente” (BRASIL, 2002).

Como primeiro passo para ver conhecido seu pedido de restituição, deverá o acusado²⁸ comparecer pessoalmente ao Juízo (§ 3º do Art. 60). Essa determinação, introduzida na nova lei antidrogas, demonstra uma precaução do Legislador.

No referido dispositivo se pode extrair que para admissibilidade do pedido de restituição, além da necessidade de ser ele subscrito por advogado com poderes para atuar no Juízo, exige a norma a presença do acusado, a qual deverá ser registrada na Ata de Audiência ou por Certidão do Cartório, e devidamente assinada, pessoalmente, também pelo requerente.

²⁸ e não o indiciado.

Não basta, então, um instrumento procuratório outorgando poderes para terceira pessoa, ou mesmo advogado, busque em Juízo a liberação dos bens, produtos ou valores.

Sobre o tema, Silva (2006, p. 513) considera uma exigência elogiável por ter como finalidade o cuidado no momento da liberação de patrimônio constricto, procurando evitar que seja devolvido patrimônio a infrator, e este continue a utilizar-se dele, ou do produto com ele obtido no caso de alienação, para o cometimento de novos crimes.

Já no entendimento de Gomes (2007, p. 295) o objetivo seria “[...] dificultar a situação do foragido, impedindo que este possa continuar na administração de seus bens sem contudo poder ser localizado pelo juízo penal perante o qual é acusado.”.

2.4.1.1. Da propriedade

Tratando-se de perdimento de bens, vale mencionar que o direito real de propriedade é considerado o mais amplo dos direitos reais.

Segundo Maluf (2005, p. 1013 *apud* França 1988, p. 436) a propriedade é:

“[...] o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem.”.

O direito de propriedade pode ser entendido como a submissão de uma coisa a uma pessoa, em todas as suas relações. Ressalta Maria Helena Diniz (2010, p.848) que “Reduzindo a propriedade aos seus elementos essenciais positivos, ter-se-á: direito de usar, gozar, dispor e reivindicar”, quem quer que injustamente o possua (art. 1228 do Código Civil).

De outra forma, observa ser a propriedade um direito exclusivo – por se submeter à vontade de uma pessoa (revelada no *jus proibend*, que consiste no poder de proibir que terceira pessoa exerça qualquer denominação sobre a coisa) - e absoluto (porquanto jurídico e de denominação da coisa) e, embora complexo, pode ser perpétuo (por sua duração ilimitada, ou, no caso de certas coisas, até que deixe

de existir por deterioração natural, pelo decurso do tempo), e dentro de limitações legais.

Quanto à titularidade, observa-se que qualquer pessoa, natural ou jurídica, pode ser titular do direito de propriedade. De outro modo, conforme a qualidade da pessoa que é titular do direito de propriedade, o seu domínio pode ser dividido em público e privado.

2.4.1.2. Do terceiro de boa-fé

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 268), citando Lafayette (2003, p. 201), “[...] boa-fé é a crença do possuidor de que legitimamente lhe pertence a coisa sob sua posse.”

Assim, sentindo-se lesado com a apreensão ou a decretação do perdimento de bens dos quais alega ser proprietário, o terceiro de boa-fé poderá intervir e pedir a restituição dos referidos bens, mesmo que o indiciado/acusado esteja foragido.²⁹

Demonstrando ser o legítimo proprietário do bem, o terceiro de boa-fé pode exercer o *rei vindicatio* tanto na própria Ação Penal (que apura o tráfico) ou “[...] mover ação para obter o bem de quem injusta ou ilegalmente o possui ou o detenha, em razão do seu direito de seqüela” (DINIZ, 2010, p. 848), quando de origem lícita.

Assim, como qualquer titular do bem, seja indiciado/acusado ou não, o terceiro de boa-fé dispõe da possibilidade de ir a juízo, pois para que ocorra o perdimento, cautelar ou definitivo, há de haver o contraditório.

Nós concordamos com Gomes (2006, pg 289) quando afirma que: “[...] por princípio de justiça devem ser respeitados os bens de terceiros que nada tenham a ver com o crime praticado.”. Na obra, o autor pontua que tal posicionamento está “de acordo com o espírito da Convenção de Viena de 1988, que estabelece em seu art. 5º, 8: ‘O disposto no presente artigo não poderá interpretar-se em prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé’.”.

²⁹ Guimarães (2010, p. 286) chama à atenção quanto ao interesse de terceiros e a possibilidade de evasão do detentor dos bens, na fase do inquérito policial ao não, o que prejudicaria o conhecimento do pedido, ponderando que, evidenciada a ilegalidade, nada impede que a medida assecuratória possa ser objeto de mandado de segurança ou de apelação, quando decretado o perdimento dos bens. Quando ao interesse de terceiros, este poderá intervir, mesmo que o indiciado ou o acusado esteja foragido, requerendo a restituição dos bens apreendidos.

3 DA UTILIZAÇÃO DOS BENS SUJEITOS À PENA DE PERDIMENTO

Na vigência da Lei anterior (nº 9.409/2002), e mesmo na anterior a esta (nº 6.368/1976), a destinação de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer meios de transportes utilizados na prática do tráfico ficavam sob a custódia da autoridade de polícia judiciária. Não havia a figura da alienação cautelar e aquela autoridade podia fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial .

Na nova lei antidrogas, o Legislador permitiu que os referidos meios de transportes pudessem ser utilizados antecipadamente por entidades a) de reinserção social de usuários e dependentes de drogas; b) de prevenção ao uso indevido de drogas; e c) de repressão à produção de drogas.

Aí surge o diferencial: agora não só a autoridade de polícia judiciária poderá utilizá-los mas, também, os órgãos que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”.

O Art. 61 da nova lei antidroga determina que:

Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Refere-se o *caput* à temporária destinação dos bens apreendidos, demonstrando que esta deverá ser comprovada quanto ao interesse público ou social, ou seja: o uso será “*exclusivamente no interesse dessas atividades*”.

Para tanto, no entender de Guimarães (2010, p. 289), “os órgãos ou entidades de prevenção e repressão deverão cadastra-se ou requerer ao juízo competente a concessão dos veículos.”.

Por certo que não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos, e estando comprovado o interesse público ou social da medida, o juiz competente poderá, depois de ouvido o representante do Ministério Público, autorizar a utilização profilática daqueles bens apreendidos pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção ao uso indevido de drogas, desde que haja, como dito, o aproveitamento exclusivo no interesse das suas atividades fins.

Com tal norma, foi feliz o Legislador ante os inquestionáveis préstimos àquelas forças públicas, incumbidas de promover garantias sociais ao acusado, mormente tratando-se de um país como o Brasil, carente de instrumentos para um melhor desenvolvimento do trabalho de prevenção e repressão ao tráfico de drogas.

Observa-se que, o regime de uso dos bens apreendidos está adstrito à concessão e à determinação do Juiz, sempre ouvido, antes, o Ministério Público³⁰.

Quando recaírem sobre veículos, embarcações ou aeronaves, a frase “*poderão ser utilizados*” (§ único) deve ser entendida como uma concessão que virá acompanhada da determinação que se proceda (no caso, a autoridade de trânsito ou equivalente) a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento “em favor da instituição à qual tenha deferido o uso”.

É interessante ainda ressaltar ter o legislador isentado aqueles órgãos ou entidades do pagamento de multas, encargos e tributos, tanto as anteriores, como as posteriores, pelo período de utilização.

Observa-se, aí, uma concessão. A isenção atingirá não só as multas e encargos sobre os bens que estavam em mãos de possíveis delinqüentes³¹, mas também as que ocorrerem “até o trânsito em julgado da decisão”, quando os bens estarão sendo usados por aqueles órgãos ou entidades.

³⁰ Fica demonstrada a indispensabilidade da atuação do Ministério Público. Na Constituição Federal. No art. 127, são elencadas as incumbências que lhe cabe: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Compete-lhe, de igual modo, dentre outras funções específicas, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Magna, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II).

³¹ estes, diga-se, comumente não são afeitos a “andar na linha” com os impostos e encargos,

3.1 DA UTILIZAÇÃO DOS BENS SUJEITOS À PENA DE PERDIMENTO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Os veículos utilizados no transporte de drogas ou comprado com o dinheiro do tráfico de drogas, desde que as provas ou os fortes indícios assim comprovem, serão apreendidos, podendo eles, como acima exposto, ficar sob custódia, e deles podendo utilizar a autoridade policial.

Num primeiro momento, há de ser ressaltado que o legislador não faz menção a qualquer proibição à autoridade policial de usar bens ilícitos ou de uso proibido - o que alguns doutrinadores chamam de “falha”. O texto só se refere aos “bens mencionados neste artigo”, quais sejam: “Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza”.

Num segundo momento, também considerado por muitos uma “falha”, observa-se que o legislador não estabelece limites, nem regulamenta detalhadamente o leque de bens que estão sujeitos ao uso pela autoridade policial.

No entender de Gomes (2007, pg 307) “A inclusão da expressão ‘de qualquer natureza’ parece perigosa. Não se nega, obviamente, que a permissão de utilização quase sempre vem acompanhada pelo bom senso e prudência.”

Da norma reguladora contida no citado parágrafo 1º se extrai que a apreensão prescinde de uma autorização judicial, solicitada ainda durante a fase persecutória ou após a instauração da Ação Penal, na qual a autoridade de polícia judiciária demonstrará a necessidade, e sendo possível, de fazer uso dos referidos objetos, ficando estes sob a responsabilidade daquela, desde que demonstrado ter por objetivo a sua conservação.

De grande contribuição para a autoridade de polícia judiciária, a recomendação de utilização para a conservação dos bens referidos pode, e deve ser estendida ao enfrentamento da criminalidade, otimizando a atuação policial, evitando-se, inclusive, seu perecimento, se apenas acautelados.

No entanto, como pontua Gomes (2007, p. 306), espera-se que o Estado respeite o Princípio *da responsabilidade da administração* pelos bens adstritos em razão do poder de polícia; o *Princípio da afetação instrumental*, ou seja: a utilização inerente à sua utilidade, como, por exemplo: carros servem para transporte de pessoas; ou ainda, *Princípio da utilização finalística* de seu proveito, ou seja: usar o bem somente para fins de prevenção e repressão ao tráfico de drogas.

5 DA ALIENAÇÃO DE BENS APREENDIDOS

Dispõe o parágrafo único, do art. 243, da Constituição Federal (Título IX, Das Disposições Constitucionais Gerais):

Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico destas substâncias.

O Juiz, depois de receber o inquérito policial contendo a relação dos bens apreendidos, ou que se pretende apreender, comunicará à Secretaria Nacional Antidrogas – Senad, que informará quais os bens ficarão sob custódia da autoridade policial ou daqueles órgãos (ou entidades, referidos no *caput*), e quais poderão ser alienados³², excetuando-se as armas de fogo.

No caso de alienação, o Ministério Público, mediante petição autônoma (em autos apartados), demonstrará ao Juízo o nexu etiológico entre o delito e os bens apreendidos (*fumus boni iuris*), e apontará o risco, pelo decurso do tempo, de perda do valor econômico (*fumus boni iuris*). O juiz, depois de intimada a União, de

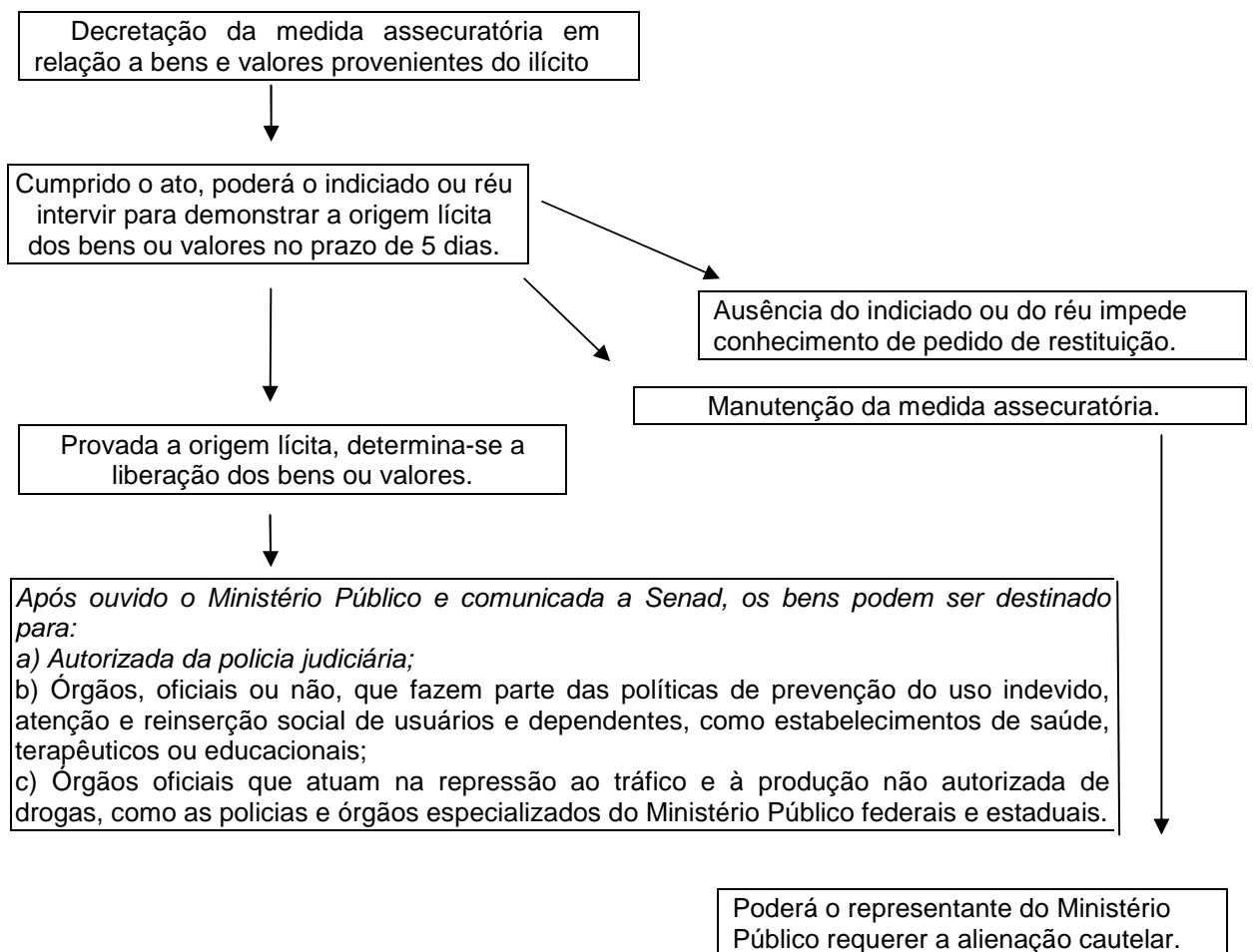
³² Transferir para domínio alheio por venda, troca, doação, etc

cientificado o Senad, o Ministério Público e o interessado, determinará a avaliação, que será homologada – se dirimidas quaisquer divergência -, designando-se data para o leilão.

Sobre os valores apurados no leilão ou apreendidos, Guimarães (2010, p. 296) diz que:

“[...] além do dinheiro e cheques apreendidos, permanecerão depositados até que o processo-crime chegue ao seu termo. Em caso de condenação em decisão definitiva (onde deve constar o rol de bens declarados perdidos ou o respectivo valor apurado com a alienação cautelar), transferem-se os valores para o Funad”.

6 FLUXOGRAMA DA APREENSÃO DE BENS



7 DA PENA DE PERDIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Pode-se perder a propriedade por prescrição da lei penal, como reflexo da condenação, com respaldo da Constituição Federal, que seu art. 5º, inciso XLVI, diz: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras: [...] b) perda de bens”.

São as garantias individuais assegurando que a lei regulará a indisponibilidade de bens como forma de pena e garantirá que o indivíduo somente será compelido a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei.

No caso em estudo, o perdimento de bens pode ser considerado como um instituto, cuja natureza jurídica pode assemelhar-se tanto a uma pena, como a uma medida de segurança ou a um efeito da condenação (Gomes, 2007, p. 323).

Na Lei Antidrogas, o Art. 63. Dispõe: “Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.”

Tem-se agora, no momento final da Ação Penal, a decisão do Juiz sobre a perda definitiva de veículos, embarcações, aeronaves e qualquer outros meios de transporte, de maquinismo, utensílios, instrumentos ou objetos de qualquer natureza, desde que tenham sido utilizados para a prática dos crimes previsto na Lei, bem assim os valores (dinheiro em moeda nacional ou estrangeira), ou cheques e títulos de crédito que possam ser convertidos em dinheiro, que também estejam relacionados com o tráfico de drogas.³³

Em recente julgado, a Segunda Turma julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado da Bahia decidiu, ao julgar a Apelação nº 0003701-60.2007.805.0146-0 (Publicada no DPJ em 19/09/2009), dar provimento parcial ao Recurso para cancelar o decreto de perdimento do veículo apreendido.

Assim:

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CONCURSO MATERIAL E PERDIMENTO DE VEÍCULO APREENDIDO – EXISTÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA – FALTA DE NEXO ETIOLÓGICO ENTRE O DELITO E O OBJETO APREENDIDO (VEÍCULO) NA PRÁTICA DO DELITO – CANCELAMENTO DO DECRETO DE PERDIMENTO - APELO PROVIDO EM PARTE.

³³ Os efeitos devem ser motivadamente declarados na sentença, e, para harmonia com o ordenamento legal, também o perdimento de bens carece de fundamento, como de resto qualquer decisão judicial.

No referido Acórdão, após exame dos fatos e das provas, foi salientado que:

Depreende-se dos autos que o Policial [...], declarou que ‘foi encontrado na casa do sogro de ANDERSON um veículo ASTRA, de cor vinho [...]’. Ou seja, a apreensão do veículo foi longe da ‘boca’ de droga.

De certo que, se fosse provado que no veículo foram encontradas drogas, expostas ou escondidas, ou ter sido ele alterado em sua característica para facilitar ou ocultar o tráfico, como por exemplo: conter fundos falsos, ou mesmo, ter sido utilizado para o transporte eventual de drogas, aí, sim, aplicar-se-iam os arts. 60 e 62 da referida Lei anti-drogas (Lei 11.343/2006).

Os referidos artigos dispõem que os bens só poderão ser apreendidos e, conseqüentemente, só terão seu perdimento decretado, desde que sejam móveis ou imóveis, ou ainda valores, que consistam em produtos dos crimes previstos nesta lei, ou ainda, que constituam proveito auferido com sua prática, ou que tenham sido utilizados para a prática dos crimes ali definidos.

[...] No caso em tela, a esposa [...] do Apelante [...] detinha a posse direta do veículo – cuja propriedade está em nome de outra pessoa, conforme conta do CRLV [...] -, o qual foi adquirido por alienação fiduciária ao BANCO FINASA [...] junto ao revendedor de carros José Fernandes Barros, pelo valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), Na aquisição foi dado ‘[...] um GOL financiado e transferiu o débito para o ASTRA; que fora isso GEISA deu SEIS MIL REAIS à vista e assinou DEZOITO promissórias de QUINHENTOS REIS; QUE GEISA já pagou duas, mas desde o final de agosto não paga [...]’. Ou seja, um terceiro detém a propriedade do veículo referido e até a apreensão, a aquisição estava regular.

Também, o fato de o dono da revendedora de veículos ter dito que, no cadastro para aquisição, o Apelante declarou ser dono de “um frigorífico”, quando na Delegacia e no Juízo disse ser “açougueiro, não é prova apta, por si só, a garantir que o veículo foi obtido com dinheiro do tráfico de cocaína, mormente que, na decisão pela apreensão do veículo [...] não foi oferecido prazo ao Apelante para provar a origem lícita do veículo, conforme determina o § 1º do art. 60 da lei 11.343/2006.

Assim, apenas a declaração do Policial [...] na qual diz que: ‘os policiais supõem que esse veículo tenha sido adquirido com o dinheiro do tráfico de drogas [...]’, sem qualquer outra prova de vínculo do objeto (veículo) com a conduta incriminada, não fica autorizado o decreto de perda do veículo.

Ainda neste diapasão, o parágrafo 2º, do artigo 60, delibera que, se provada a origem lícita do produto, bem ou valor, ou juiz decidirá pela sua liberação.

Sobre o tema, o jurista Vicente Greco Filho leciona:

"[...] basta, para a perda, que os veículos e demais instrumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta ou intencionalmente colocados como instrumentos do crime, não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta criminosa. (...) Para a

perda, repetimos, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para sua prática. Haveria a perda, p. ex., de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha [...]". (1995, p. 172).

Assim, o Estado, ao impor a sanção de perdimento de bens utilizados no tráfico de drogas, deve observar os princípios constitucionais existentes em torno da matéria, consagrados em nossa Carta Magna e nas leis.

Estes cuidados se fazem imprescindíveis porque a pena de perdimento não deixa de ser uma coação do Estado frente ao patrimônio particular. Mas, a preocupação do legislador foi atingir a propriedade que se desviou da finalidade social e tomou rumo ilícito, a qual, então, será, por fim, convertida em favor do interesse público

Efetivamente, mesmo no caso da apreensão e posterior pena condenatória de perdimento, o confisco como ato necessariamente lícito, pode, sob o manto aparente da legalidade, tornar-se inconstitucional, caso não fique provado³⁴ que o bem fora, realmente, utilizado para transporte da droga a ser traficada, ou sua propriedade seja questionável em relação ao agente que o utilizou no tráfico.

Tratar-se-ia, referida hipótese, de carga confiscatória sem fundamento legal, que poderia gerar, no proprietário do bem, uma diminuição em seu patrimônio particular por causa de um ilícito que não deu causa, ou com o qual não teve envolvimento.

Nesse sentido, sobre o tema, Greco Filho (1995, p. 172) leciona que:

basta, para a perda, que os veículos e demais instrumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta ou intencionalmente colocados como instrumentos do crime, não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta criminosa. (...) Para a perda, repetimos, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para sua prática. Haveria a perda, p. ex., de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha.

Ao final, depois de transitada e julgada a sentença que determinou o perdimento, se fará constar numa lista, que será remetida à Senad, a discriminação

³⁴ O Art. 5º - LIV da Constituição Federal rege que "**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**". (grifo nosso)

dos bens e dos valores declarados perdidos em favor da União, indicando-se, além disso, especificamente no que diz respeito aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para fins de sua destinação, tudo nos termos da legislação vigente.

CONCLUSÃO

Pelo estudo do Capítulo IV (Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado), nos artigos de nº 60 a 64, da nova lei de Drogas (nº 11.343/2006), dentre os diversos pontos ressaltados, foi observado que o juiz poderá, durante o curso do inquérito policial ou da ação penal, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da Autoridade de Polícia Judiciária, no caso o Delegado de Polícia, mas sempre depois de ouvido o Ministério Público, decretar, se houver indícios suficientes, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis ou imóveis, ou valores consubstanciados em produtos dos crimes previstos na Lei supra referida, ou que constituam, ainda, proveito auferido com a sua prática.

Doutra forma, ficou evidenciado ser perfeitamente factível a hipótese de utilização cautelar de bens sujeitos à pena de perdimento, desde que demonstrados que eles - confiscados para posterior declaração de perdimento -, guardam traços etiológicos com o tráfico de drogas.

Antes, observe-se, não havia a figura da alienação cautelar e os meios de transportes utilizados na prática do tráfico ficavam sob a custódia da autoridade de polícia judiciária. Agora esta utilização foi normatizada.

Pela nova lei antidrogas foi permitido que dos bens apreendidos, os meios de transportes possam ser utilizados antecipadamente por entidades de reinserção social de usuários e dependentes de drogas; de prevenção ao uso indevido de drogas; e de repressão à produção de drogas, inclusive isentando-as de pagamento de multas, encargos e tributos, tanto as anteriores, como as posteriores, pelo período de utilização.

O estudo também veio demonstrar a possibilidade de restituição do bem apreendido. Contudo, uma inovação: para ver conhecido seu pedido de restituição,

deverá o acusado comparecer pessoalmente ao Juízo (§ 3º do Art. 60) e comprovar a propriedade, bem como a licitude de sua origem.

Também o terceiro de boa-fé tem possibilidade de reaver o seu bem, seja quando chamado ou apresentando-se ao Juízo para comprovar a propriedade, dentro de um prazo específico, sobre produto, bem ou valor que tenha origem lícita.

Ressaltou-se a necessidade de se estabelecer um nexó lógico entre a atividade do tráfico e os bens que serão alienados, conseqüentemente, considerados perdidos.

Por final, ficou patente que, concluída a Ação Penal, o Juiz deve analisar e fundamentar, em separado, a decisão sobre a perda definitiva do bem constrito, demonstrando as provas, ou fortes indícios, de que o bem era utilizado ou originou-se (aquisição ou proveito) do tráfico de entorpecentes (ou se foi só um uso eventual); se foi feita perícia, em caso de modificações (do veículo) para acondicionamento da droga, por exemplo; se o possuidor foi notificado para comprovar a propriedade e se a origem do bem era lícita.

Ainda que chamada de pena de perdimento, em sua essência não o é. O perdimento afigura-se com um instituto que pode ser associado a uma pena, a uma medida de segurança ou a um efeito da condenação. Melhor considerá-la como um *plus* da condenação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 4 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed.>> Acesso em: 25 jul de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2FDEL%25202.848-1940%3FOpenDocument%26AutoFramedei>. Acesso em: 25 jul 2010

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2FDEL%25203.689-1941%3FOpenDocument%26AutoFramed>. Acesso em: 10 jul 2010.

BRASIL. Lei 10.409 de 11 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234247>>. Acesso: 27 jul 2010.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm>. Acesso em: 24 jul 2010.

BRASIL. Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976 Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6368.htm>>. Acesso em: 27 jul 2010.

BRASIL. Portaria SUS/MS nº 344 de 12 de maio de 1998. Aprova o regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm>. Acesso: 26 jul 2010.

BRASIL. TRF – 4R. – Ap Crim. 2001.71.06.000775-5 – Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro – DJU 22 jan 2002, p. 453.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. - Código Civil Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViv_Identificacao%2FLei%252010.406-2002%3FOpenDocument%26AutoFramed>. Acesso em: 27 jul 2010.

FRANÇA, R. Limongi, Instituições de direito civil, São Paulo, Saraiva, 1998 apud FIUZA, Ricardo, Novo Código Civil Interpretado, 5. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das Coisas. Atual, Campinas: Russel Editores, 2003. T. I e II apud GONÇALVES, Carlos. Direito Civil Brasileiro, volume V; direito das coisas - 4. Ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de justiça do estrado da bahia. Apelação nº 0003701-60.2007.805.0146-0, da Segunda Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, Apelante: Anderson Xavier dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Eserval Rocha. Salvador –Bahia. Publicação: DPJ em: 19 set 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José, Enciclopédia Saraiva do Direito. vol 59.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio, Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006/ 2.ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998.

GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 3ª ed. atual, São Paulo: 1995.

_____. Tóxicos, Prevenção - Repressão", 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003. – 11.ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Polícia judiciária: persecução penal, defesa e sigilo. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1045>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

SILVA, Jorge Vicente. Comentários à nova lei antidrogas – Manual prático: Direito Material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA NETO, José Laurindo de. Lavagem de Dinheiro, Comentários à Lei nº 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 18. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1997.