

3.4.2 Confisco de bens no tráfico de drogas quando objeto dos contratos de alienação fiduciária

Leonardo Távora Castelo Branco

*Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais*

Mestrando em Direito

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e Natureza Jurídica do Contrato de Alienação Fiduciária. 3. Questão de Ordem Fática e Jurídica que se Apresenta. 4. Posicionamentos dos Tribunais Pátrios. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal dispõe que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins serão confiscados e revertido em benefício de instituições e pessoal especializados na prevenção e repressão do retro citado crime.

No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional, mais especificamente a novel Lei 11.134, de 23 de agosto de 2006, determina que o produto, bem ou valor de origem ilícita, oriundo do tráfico de drogas ou utilizado para tal fim, seja confiscado em favor da União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD).

Contudo, levando-se em consideração o conceito e a natureza jurídica dos contratos de alienação fiduciária, em se tratando o bem a ser confiscado seu objeto, ou como preferem alguns sua causa, tormentosa tem sido a questão da viabilidade do confisco.

2. CONCEITO E NATUREZA JURIDICA DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIARIA

Tratando-se a alienação fiduciária em garantia de um negócio jurídico em que o fiduciante, proprietário de um bem, aliena-o em confiança ao fiduciário, o qual se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses previamente estabelecidas no contrato, tem o credor (fiduciário) apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor (fiduciante) como depositário e possuidor direto desta.

Por conseguinte, é, na verdade, a alienação fiduciária um contrato instrumental de – um mútuo, em que o mutuário – fiduciante (devedor), para a garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante – fiduciário (credor) a propriedade de um bem móvel ou imóvel. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que, somente passa então a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia.

Portanto, a propriedade e a posse indireta do bem permanecem com o fiduciário (credor) e a posse direta e o direito de uso da coisa com o fiduciante (credor).

3. QUESTÃO DE ORDEM FATICA E JURIDICA QUE SE APRESENTA

Assim, durante todo o período de vigência do contrato, o bem estará, a princípio, resguardado de eventual confisco, haja vista que mesmo apreendido em situação de flagrância delitiva, com utilização reiterada no transporte de substâncias entorpecen-

tes, não poderá ser o bem confiscado. Nesse diapasão, ao final da instrução criminal, em decorrência do conceito e da natureza jurídica dos contratos de alienação fiduciária, visto alhures, será o mesmo restituído ao fiduciário (credor).

Destarte, não havendo descumprimento de quaisquer das cláusulas previamente pactuadas entre as partes, o bem será novamente entregue pelo fiduciário ao membro da organização criminosa, que figura no contrato como parte fiduciante (devedor) e, posteriormente, empregado, mais uma vez, no tráfico de drogas.

Por via de consequência, a priori, escudados no ordenamento jurídico vigente, traficantes de droga, através de um negócio jurídico de natureza bancária lícito, fomentado pelo Estado, estariam adquirindo, após utilizá-los a serviço do tráfico, valiosos bens de origem ilícita.

Insta observar que, inobstante perpetrados em evidente fraude a lei, ou seja, com o nítido propósito de chegar ao mesmo resultado por caminho diverso do que designadamente a lei previu e proibiu, traficantes de droga, devidamente orientados e cientes da *quaestio sub examinen* e seus desdobramentos, vem, reiteradamente, celebrando contratos de alienação fiduciária em garantia e utilizando-os, como regra, quase que absoluta, para, em juízo, inviabilizar o confisco do bem apreendido.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PATRIOS

Têm os Tribunais relutado em confiscar os bens objeto do contrato de alienação fiduciária, ainda, quando, reiteradamente, utilizados para perpetrar o tráfico de drogas ou provenientes de tal atividade ilícita, sob o pálio de que pertencem ao fiduciário (credor), terceiro de boa fê, sendo o fiduciante (devedor), narcotraficante, tão somente, possuidor direto da coisa, com direito, apenas, ao seu uso.

Nesse sentido é a jurisprudência:

STJ – EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INTEGRAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.714/98. CONFISCO DE BENS. MOTOCICLETA. NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DO BEM PARA O FIM ESPECÍFICO DE PRATICAR O CRIME. 1. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei nº 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do art. 12 do próprio diploma penal material brasileiro (“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). 2. O art. 34 da Lei nº 6.368/76, com redação dada pela Lei nº 9.804/99,

é claro ao determinar, como requisito para o confisco do bem, que o mesmo seja destinado a prática do crime, sendo insuficiente, para o recolhimento, sua utilização eventual na prática do ato criminoso. 3. Recurso conhecido e provido parcialmente (Resp 407461/MG – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – Pub. DJ 17.2.2003, p.389).

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PERDA DE BENS E OBJETOS DO CRIME. ART. 91, II DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Extinta a condenação, pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, impossível a manutenção de seus efeitos, incluindo a perda de bens. 2. Recurso desprovido (Resp 679253/DF – Relatora Min. Laurita Vaz – Pub. DJ 20.6.2005, P. 361)

TJRS – EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTO POLICIAL. REGIME CARCERÁRIO. CONFISCO DE BENS. Quem incide em qualquer das condutas definidas nos núcleos do art. 12 da Lei nº 6.368/76 é considerado como traficante. Conjunto probatório a demonstrar a prática ilícita da mercancia pelos réus. O depoimento na fase policial tem validade quando em harmonia com as demais provas dos autos. A mesma validade é creditada ao testemunho dos policiais, não havendo razão para desprezá-los, até prova em contrário. Pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime integralmente fechado por se tratar de crime equiparado a hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). **Não está sujeito a confisco bem objeto de alienação fiduciária utilizado na prática do delito de tráfico por pertencer à terceiro de boa-fé, consoante aplicação do art. 91, II, do CP.** Recurso defensivo improvido. Recurso ministerial parcialmente provido (Apelação Crime Nº 70009109596, Primeira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 1/9/2004).

TJES – EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 E ART. 10, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.437/97. 1. DO RECURSO INTERPOSTO POR LUZIO FARIAS. 1.1 PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. PREQUESTIONAMENTO DE VIOLAÇÃO AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1.2 ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. 1.3 DEVOLUÇÃO DOS BENS CONFISCADOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 234 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1.4 PREQUESTIONAMENTO DA VIOLAÇÃO AOS INCISOS XXXIX E XLVI, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2 DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.1 MAJORAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE. 2.2 CONFISCO DO IMÓVEL ONDE FOI APREENHIDA A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 234 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2.3 RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE (048.03.006534-5 – Rel. Dês. Alemer Ferraz Moulin – Pub. DJES de 15/2/2005).

Contudo, posicionamento pioneiro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinou o confisco, na íntegra, do bem objeto do contrato de alienação fiduciária, utilizado, reiteradamente, para perpetrar o tráfico de drogas. Sustenta, em síntese,

que se a garantia oferecida não puder ser apropriada pelo credor (fiduciário), dispõe ele de outros meios judiciais para execução da dívida, não podendo, porém, se estabelecer como prioridade a vontade do particular, sobre o que determina a lei penal, cujos riscos dela decorrentes, previstos no artigo 66 da Lei 4.728/65, não foram afastados pelo direito positivo.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL - PERDIMENTO DE VEÍCULO UTILIZADO EM TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM - LIMINAR INDEFERIDA - NEGATIVA FUNDAMENTADA EM RECURSO DE APELAÇÃO - “MANDAMUS” PREJUDICADO. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Mandado de segurança 1.0000.05.417350-5/000, COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): BANCO FINASA S/A - AUT COATORA(S): JD 3ª V. TÓXICOS COMARCA BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO, julgamento 17 de maio de 2005)

Por derradeiro, forçoso consignar que, adotando posição intermediária, em decisão igualmente pioneira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, concedeu parcialmente a ordem no Mandado de Segurança Nº 1.0000.07.457788-3/000 (Proc. 0024.06.150501-25, determinando a entrega do bem confiscado ao fiduciário, com a ressalva de que deveria ser o mesmo alienado, para quitação do crédito, ficando o valor que sobejar confiscado em favor da União.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO E CONFISCO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE NA POSSE DO DEVEDOR FIDUCIANTE. RESTITUIÇÃO AO CREDOR FIDUCIÁRIO. ORDEM CONCEDIDA. – O devedor fiduciante, nos termos do Decreto-lei n. 911/69, é mero possuidor do bem financiado através de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, no qual se outorga a propriedade ao credor fiduciário. – O credor fiduciário enquanto não houver o pagamento de todas as parcelas do financiamento, tem o direito de propriedade do bem assegurado. – O confisco do bem, em razão de prática do crime, não se aperfeiçoa enquanto não houver a liquidação do financiamento e, se tal não se der, ao credor fiduciário se restitui o bem para que o aliene a fim de quitar o seu crédito, ficando o que sobejar confiscado a favor da União, nos termos da Lei 11.343/2006.

V.V.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL – PERDIMENTO DE VEÍCULO UTILIZADO EM TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM – MATÉRIA EM DISCUSSÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO – INVIABILIDADE DA PRETENSÃO NESTE “MANDAMUS”. – Se a matéria de fato sobre a qual incide a controvérsia acha-se “sub judice”, ou seja, em apelação criminal em trâmite, o impetrante terá oportunidade de comprovar suas alegações, o que não é possível na via estreita do mandado de segurança, que não admite dilação probatória. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Mandado de segurança nº 1.0000.07.457788-3/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – IMPETRANTE(S): BANCO BRADESCO S.A - AUTORID COATORA: JD 3 V TÓXICOS COMARCA BELO HORIZONTE – RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, julgamento 09 de agosto de 2007).

5. CONCLUSÃO

O confisco de bem objeto de contrato de alienação fiduciária, utilizado para perpetrar o tráfico de drogas ou auferido com o proveito de tal atividade ilícita, torna-se, com algumas restrições, obrigatório.

Inviabilizar, na sua totalidade, o confisco significa concomitantemente, ferir de morte o ordenamento jurídico e o interesse público, fomentar o poderio econômico de organizações criminosas e, por via de consequência, resguardar toda a cadeia de graves ilícitos oriundos do tráfico de droga.

A celebração de contratos de alienação fiduciária por traficantes de droga, devidamente orientados para assim proceder, tem tornado-se corriqueira. Estão cientes das dificuldades e da aparente brecha jurídica que, a princípio, impossibilita o confisco. A não interpretação sistemática das normas jurídicas, na sua essência, tem permitido, equivocadamente, que bens e valores, durante toda a vigência do contrato, fiquem seguros de eventual confisco, e integrem, quando aquele é levado a termo, a esfera de domínio dos que se dedicam a retro citada atividade criminosa.

Todavia, não podemos esquecer que nos contratos firmados em fraude a lei, em que se viola uma proibição legal, não aberta e declaradamente, mas contornando-a e circunvindo-a, o direito pátrio adotou a teoria a concepção da conceituação das teorias objetiva e subjetiva.

Significa dizer, portanto, que se a parte ou terceira pessoa utiliza o contrato para, burlar a lei, e alcançar, por via oblíqua, fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, esse negócio jurídico é inválido, ou seja, já nasce eivado de nulidade absoluta e, por via de consequência, não produz efeitos. Ademais em relação ao Estado e quando se viola leis de cunho social e de ordem pública. Ressalte-se, porém, que seus efeitos permanecem em relação ao terceiro de boa-fé.

Com tais considerações, depreende-se, de plano, que nulo de pleno direito os contratos de alienação fiduciária, em que o bem, objeto desse contrato, é utilizado para perpetrar o comércio de drogas ou é proveniente da mercancia ilícita.

Destarte, acertada a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Mandado de Segurança Nº 1.0000.07457788-3, determinando a entrega do bem confiscado ao fiduciário, terceiro de boa-fé, nos termos em que foram propostos.

Temos que a restituição do bem, na sua integralidade, sem a ressalva do confisco do valor que exceder o crédito do fiduciário, em regra uma instituição financeira, implicaria evidente enriquecimento sem causa daquele em detrimento do Estado.

Lado outro, o não confisco do valor que sobejar em favor da União, deduzido o montante do crédito do fiduciário, significa desconsiderar, por completo, a teoria da validade dos negócios jurídicos e, por via de consequência, as normas de direito civil e penal aplicáveis à espécie.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Jose Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica. v. II. Facto jurídico, em especial negócio jurídico**, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Ltr, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente e PASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei 11.343/2006**, São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Abel Fernandes. et al, **Nova lei antidrogas: teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/2006**, Niterói: Impetus, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo**, São Paulo: Método, 2007.
- RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. 2ª.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- SILVA, Luiz Augusto Bek. **Alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas: manual prático**, Curitiba, Jurua, 2007.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. **A nova lei antidrogas – lei Nº 11.343/2006**, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.