

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À DECRETAÇÃO DE ARRESTO, HIPOTECA LEGAL E SEQUESTRO

MEANS OF REGULATORY TO THE DECRETATION OF ARREST, LEGAL MORTGAGE AND KIDNAPPING

Marcia Leardini

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania, com foco de pesquisa no processo penal. Especialista em Compliance. Advogada e professora adjunta de Processo Penal no Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba, na graduação e pós-graduação. Presidente da Comissão da Mulher Advogada da ABRACRIM. Ouvidora da Mulher Advogada da OAB/PR.

1. EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO PENAL: UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

Uma condenação penal transitada em julgado gera efeitos secundários (automáticos ou não), podendo atingir o sujeito ainda no âmbito penal. Fora deste, os efeitos podem alcançá-lo em seus direitos trabalhistas, direitos políticos, no âmbito administrativo e em seus direitos civis.

Em destaque, observamos os efeitos automáticos previstos no art. 91 do Código Penal, que se referem ao confisco, em favor da União, dos instrumentos, proveitos e proventos oriundos do crime e à reparação dos danos suportados pela vítima (englobando-se aqui os conceitos de indenização e restituição).

O confisco dos bens que tenham origem no crime é, ao lado da pena corporal, fator importante de contramotivação dos comportamentos proibidos. O crime não pode compensar, e apenas a aplicação da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos pode não surtir os efeitos que dela se espera.

Já a reparação dos danos atende a um dos interesses da vítima, e se pode observar que a política criminal se movimentou numa perspectiva de valorização dela, e a reparação se constitui num primeiro aspecto dessa valorização em tempos mais recentes.

Relembre-se que o prestígio vivido pela vítima na Antiguidade enfraqueceu significativamente na Idade Média, quando os senhores feudais, a igreja e os reis tomaram a legitimidade para a perseguição e punição, valendo a vítima conforme sua classe social ou posição religiosa. Com o fortalecimento das monarquias e do Estado Moderno, o crime foi tomado como uma ofensa à ordem social, e o direito penal passou a ser tratado como uma matéria de ordem pública. Com isso, relegou-se a vítima definitivamente a um plano de inferioridade, neutralizada em todos os modelos de sistemas processuais conhecidos. Seus interesses de ordem privada foram separados da administração da justiça penal.

No final da Idade Moderna, por influência do movimento Iluminista e dos estudos da Escola Clássica, as preocupações se voltaram para o acusado. Mas embora a Escola Positiva tenha desenvolvido os primeiros estudos sobre a pessoa do delinquente, também se passou a defender *a existência de um interesse público na reparação do dano produzido pelo crime como forma de se restabelecer por completo a ordem jurídica violada*, distinguindo-se, pois, a reparação dos danos decorrentes de ilícitos meramente civis da reparação dos danos decorrentes de ilícitos penais.

Foi por influência de tal teoria que o Ministério Público ganhou legitimidade para pleitear a reparação do dano à vítima, e, nesse contexto, para requerer a imposição de medidas cautelares patrimoniais tendentes a garantir a solvência do acusado no seu dever de reparação civil. No Século XX, a vítima voltou a ser tema de debate no cenário da política criminal, aparecendo nas discussões sobre prevenção do crime e tratamento dos infratores da lei penal.

Naturalmente que a reparação do dano como sanção penal, em razão do caráter público que teria, prescindiria da espontaneidade ou voluntariedade do autor do crime e da manifestação da vítima, aparecendo como efeito primário da condenação. Deixaria, portanto, de ser privada a pretensão de reparação, para se tornar pública, o que importaria, segundo Claus ROXIN, numa privatização do direito penal e numa penalização da pretensão ressarcitória privada. O processualista Julio B. MAIER também tece críticas à denominada privatização do direito penal, afirmando que, na “solução privada para o delito, parte do injusto penal queda sem solucionar, justamente aquela parte que o elevou à condição de injusto penal, não permanecendo exclusivamente da esfera do ilícito civil”, considerando ainda que a reparação do dano, quando imposta como única sanção penal, afasta desta a função de prevenção geral.

MAIER também rechaça a imposição da reparação como pena, sustentando que isso aumenta o poder do Estado, revelando autoritarismo estatal porque suprime da coerção a vontade da vítima. Destaca a necessidade de se manter a divisão entre o direito penal e o direito civil – ainda que uma matéria possa interferir na outra –, uma vez que, em se

estabelecendo a reparação como sanção penal, deve ficar submetida aos princípios penais tais como o da *nulla poena sine lege praevia*, do *non bis idem* e do *in dubio pro reo*, e isso em nada auxiliaria as vítimas, pelo contrário, lhes seria prejudicial.¹

Assim, nas palavras de BINDING, “a pena há de provocar uma ferida, e a reparação dos danos há de curar outra, quando seja possível, sem causar uma segunda ferida.”²

Por isso, além dos institutos jurídicos que dão protagonismo às vítimas no processo penal brasileiro, outras formas de relacionar a pena com a reparação do dano são possibilitadas por instrumentos que adicionam ingredientes privados na esfera do direito penal, de natureza pública.

A decisão judicial por meio da qual se reconhece a prática de comportamento penalmente proibido, além de declarar eventual enriquecimento ilícito, também declara a existência do pressuposto do dever legal de reparação civil do dano, quando existente (além do possível reconhecimento de que o agente obteve riqueza sem causa).

A responsabilidade civil decorrente da prática de ato delituoso é admitida em quase todas as legislações³, indicando a doutrina a Lei Aquília⁴, do direito romano, como aquela que esboçou, “afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano”, diferenciando a pena da reparação na distinção entre delitos públicos e delitos privados (aqueles com ofensas mais graves à ordem). Desse modo, “nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.”⁵

É no direito francês, contudo, que “se estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória”, e no qual:

aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa⁶, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil [perante a vítima] da responsabilidade penal [perante o Estado].⁷

Na legislação brasileira, o dever de reparação civil por *atos ilícitos*⁸ vem expresso no artigo 927, que remete aos artigos 186 e 187, 953 e 954, todos do Código Civil, e também no artigo 91, I, do Código Penal, que prevê como efeito da condenação tornar certa a obrigação de reparar do dano causado pelo crime.

A lei determina que apenas os atos ilícitos que produzam *danos patrimoniais* ou *morais* são passíveis do reconhecimento da responsabilidade civil correspondente. Noutras palavras, nem sempre a prática de um ato tipificado como infração penal gera o dever de reparação civil, porém, quando o dano se perfaz, o efeito automático da condenação penal é a responsabilidade civil. Também quando se reconhece que o crime gerou um acréscimo patrimonial ao acusado, a lei determina o perdimento de bens. Se forem encontrados os bens advindos do crime, serão estes confiscados. Se não forem encontrados, os bens de origem diversa do acusado serão confiscados por compensação.

¹ MAIER, Julio B. J. *¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 50, p. 38-56, setembro-outubro 2004.

² *Apud* SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003, p. 75.

³ Nesse sentido, especificamente: COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. 3ª ed. Vol. I. Tomo 2. São Paulo: Forense, 1991, p. 647.

⁴ A *Lex Aquilia* foi criada por volta do final do século III a.C., por meio da qual foi regulamentada a responsabilidade por atos ilícitos. Recebeu este nome porque foi proposta ao Conselho da Plebe por um de seus tribunos, de nome Aquilius. Em razão de sua origem, tinha natureza de plebiscito, e nasceu com a pretensão de proteger os plebeus dos prejuízos sofridos por atos dos patrícios. Tal regramento jurídico a Lei das XII Tábuas, que remonta ao ano 450 a.C.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 4-5.

⁶ Leia-se *culpa lato sensu*, porque inclui, naturalmente, atos dolosos.

⁷ *Ibid.*, p. 5-6.

⁸ De se notar que o legislador do Código Civil brasileiro preferiu, ao termo *culpa* – utilizado no direito francês –, a expressão “ato ilícito” decorrente de ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente para delimitar o pressuposto da reparação civil.

E tais consequências da condenação interferem no processo penal, justificando o cabimento de medidas cautelares de natureza real (medidas assecuratórias), daí a relevância de se regulamentar estes institutos.

2. A JUSTIFICATIVA PARA A TUTELA CAUTELAR PATRIMONIAL NO PROCESSO PENAL

Não se olvida que o “objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo”, lembrando Aury LOPES JR., com apoio em SARLET, que “a dignidade da pessoa humana é um ‘valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica [constitucional e infraconstitucional], razão pela qual, para muitos se justifica plenamente a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa’.” Não se discute, também, razão ao doutrinador que destaca que os interesses em jogo no processo penal superam a esfera do privado para se qualificarem como públicos, já que os direitos fundamentais do acusado, limitadores do poder do estado, a todos pertencem.⁹

Não por outra razão, PACELLI volta atenção à ideia de proteção dos princípios processuais fundamentais instituídos em favor do acusado, e identifica na Constituição a pretensão de “máxima efetividade dos direitos fundamentais” e a “proibição de excesso” como verdadeiros postulados de interpretação¹⁰ que definem o método de aplicação e articulação de (ou entre) regras e princípios.¹¹

Ao acusado se garante o respeito aos direitos e garantias¹² processuais assegurados na lei, notadamente porque na persecução penal a relação que se trava é vertical e com evidente desproporção de forças entre órgão de acusação, julgador e acusado. Os direitos e garantias do acusado, assim, reduzem a desigualdade material que evidentemente existe entre as partes do processo, limitando justificadamente a atuação estatal.¹³

Mas na tutela jurisdicional dos *direitos* do investigado o Estado pode lançar mão de instrumentos processuais que assegurem, *quando necessário for*, o devido cumprimento dos deveres impostos com a prolação de uma sentença penal condenatória. O comportamento do acusado em relação aos seus deveres, no curso da persecução penal, pode fazer nascer um conflito diverso daquele que se discute na ação penal de conhecimento, conflito este que se instala, na presente discussão, entre o direito à reparação do dano pela vítima e uma eventual tentativa do acusado de, visualizando a possibilidade de perdimento de bens como decorrência da condenação, se esquivar das obrigações judicialmente determinadas.

Uma verdade que tem encontrado fundamento nas constituições democráticas e sociais de direito é a de que os indivíduos não contam apenas com direitos. Douglas FISCHER, amparado na respeitada doutrina Konrad HESSE, se convenceu de que

se uma Constituição quiser preservar sua força normativa em sistema caracterizado por constantes mudanças político-sociais, não pode ter assento em uma estrutura apenas unilateral, devendo incorporar, mediante

⁹ LOPES JR., 2010, p. 12.

¹⁰ Vale dizer, *como normas não explicitadas, mas, antes, deduzidas logicamente do texto legal*.

¹¹ OLIVEIRA, 2020, p. 34-35.

¹² Jorge MIRANDA diferencia *direitos* de *garantias*, lecionando que “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexa que possuem com os direitos; na acepção jusnaturalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.” *Apud* BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 70-71.

¹³ A igualdade processual surge como uma garantia integrante do *devido processo penal*, sendo requisito para a descoberta da verdade a fim de que se pratique justiça penal num estado de direito. Impõe, em sua observação, o respeito à garantia do juiz natural e imparcial, que se posiciona em relação às partes com *igualdade* de tratamento. As partes, de seu turno, fazem uso do contraditório para promover debate e produzir prova em *igualdade* de condições, tendo as mesmas possibilidades de obtenção de tutela de suas razões, observando-se os mesmos prazos para a realização dos atos processuais. O acusado não tem apenas o direito à defesa, mas à defesa ampla, com a garantia de ser acompanhado por defensor técnico apto, de modo a *equiparar* a atuação da defesa em relação ao órgão de acusação, sempre formado por profissional conhecedor da lei. Com isso, se explica e se justifica que a igualdade não é representada tão somente com uma igualdade perante a lei – o que se vincula ao princípio da legalidade –, mas com a igualdade *na* aplicação da lei, ou igualdade por meio da lei.

ponderação muito meticulosa, parte de uma estrutura contrária. De seu entendimento aflora que direitos fundamentais não podem existir sem correlatos deveres.¹⁴

Com Gustavo ZAGREBELSKI, reforça que “son los deberes de todos hacia los demás los que estan destinados a asertarse de una manera estable, como situación empírica permanente”, e que “en las sociedades justas la categoria dominante es la de dos deberes, no la de los derechos”¹⁵. Destaque merecido se confere à doutrina do lusitano José Casalta NABAIS, para quem inexistente garantia jurídica ou fática dos direitos fundamentais sem o cumprimento de deveres por parte do homem e do cidadão. Partindo da fórmula que constituiu o objetivo e a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático, nega o autor lusitano a possibilidade da instituição de um regime unilateral de deveres, afirmando que, dentro de critérios de justiça e respeito aos direitos humanos, também não pode haver deveres sem direitos.¹⁶

Sem destoar da conclusão antes assentada, de que os deveres têm sede na mesma Constituição que consagra direitos individuais fundamentais, FISCHER apresenta o entendimento lógico de que

Tais como os direitos, os deveres fundamentais encontram seus suportes e suas justificativas nos princípios norteadores do sistema constitucional – expressões dos valores da sociedade -, podendo-se reconhecer ora de forma mais marcante, sem excluir quaisquer outros que venham a ser declinados, o Princípio Democrático, o Princípio do Estado Social, o Princípio Republicano, o Princípio da Igualdade, o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proporcionalidade.¹⁷

De fato, na nova ordem constitucional o indivíduo cede espaço para a pessoa que “não é apenas titular de direitos, mas também, por viver em comunidade, tem deveres para os seus consorciados, bem como para a sociedade, titular de seus próprios direitos, de natureza transindividual e coletiva.”¹⁸

Neste cenário constitucional, a persecução penal que se equilibra nos postulados constitucionais antes referidos tem o seu tempo para chegar a termo. Os atos processuais se desenvolvem e se concatenam para a construção justa da verdade processual, retardando o momento da reação estatal para que esta seja justificada na ética e na correta aplicação da lei. Abstraindo a possibilidade de a demora na prestação jurisdicional ser prejudicial ao acusado, o tempo do processo é definido em seu favor, caracterizando, assim, um *direito* ao debate contraditório e amparado pela ampla defesa na produção probatória.

Das considerações doutrinárias feitas, resta evidente que a função jurisdicional está na essência do estado contemporâneo, aparecendo como uma consequência natural do dever estatal de proteger *direitos*, sejam os direitos do réu no processo penal, sejam os direitos daqueles que, por ele, se dizem lesados, e que também podem ter – e não raro têm – sede na Constituição. Assim, os direitos consagrados saem do plano da promessa formalizada e das proclamações teóricas para se fazerem presentes na realidade social.

2.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

A respeitada doutrina de Luiz Antônio CÂMARA, negando a existência de uma teoria geral do processo “tanto no que concerne à unidade legislativa quanto à unidade doutrinária”, afirma que “em relação às medidas cautelares de natureza real a aproximação entre um e outro ramos do direito processual talvez não pareça tão difícil.”¹⁹

No mesmo sentido é a doutrina de Aury LOPES JR., que rejeita a existência de uma teoria geral do processo mas aceita a transmissão de categorias do processo civil para o processo penal na matéria de medidas cautelares reais, isso em razão da “estreita vinculação com o interesse patrimonial a ser satisfeito na esfera cível, em sede de ação de

¹⁴ FISCHER, FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 43.

¹⁵ *Apud* FISCHER, loc cit.

¹⁶ *Apud* FISCHER, 2008, p. 45.

¹⁷ FISCHER, 2008, p. 44.

¹⁸ Luiz LUISI, *apud* FISCHER, 2008, p. 43.

¹⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93-94.

indenização”. Disso, aplicáveis os conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, vendo neste último as “possibilidades de deterioração dos bens móveis ou imóveis, alienações fraudulentas etc.”²⁰

Quando nos referimos a “medidas” cautelares não estamos afirmando que inexistente um processo penal cautelar, porquanto há autonomia entre as formas de provocação da jurisdição. O vocábulo utilizado diz apenas que as formas de tutela cautelar previstas na lei são as *medidas* ou meios à disposição das partes e do magistrado para que se possa garantir a efetividade da decisão judicial por meio da qual o direito é reconhecido e declarado.

O direito à tutela cautelar se situa no plano do direito material, tutelando o direito à tutela do direito. Configura um direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito (material).²¹ Não se situa a tutela cautelar no plano de uma tutela preventiva, pois não se destina a inibir atos ilícitos. O ilícito, no caso específico da responsabilidade civil, já deve ter ocorrido – o que, aliás, configura o pressuposto probatório da tutela cautelar.

O perdimento de bens (e a conseqüente entrega deles à União) e o dever de reparação dos danos decorrentes de crime entram na categoria dos deveres de todo cidadão submetido ao regime constitucional brasileiro.

Partindo dessa afirmação, com o aporte teórico da doutrina de MARINONI e ARENHART, define-se a tutela cautelar patrimonial como um direito de proteção do próprio direito à tutela jurisdicional de um direito material violado, sempre que este corra o risco de não ser efetivo se, diante uma situação de perigo capaz de lhe criar um óbice à concretização, não for assegurado por meio da cautela. Em suma, assegura o exercício dinâmico do direito material prometido na esfera abstrata da lei, porquanto tutela a segurança da tutela jurisdicional do direito material violado. Não tutela o direito de ação, nem se limita a ser uma técnica processual. Vai além disso, pois se configura numa tutela relacionada ao próprio *direito fundamental* de uma tutela jurisdicional efetiva.

A decisão que concede a tutela cautelar apenas assegura a efetividade da tutela prometida pelo direito material, não sendo, pois, satisfativa. Porque deferida em razão de um perigo à irreparabilidade do direito, não seria provisória, mas temporária, durando o mesmo tempo de duração do perigo.

Melhor explicando: se a tutela cautelar servisse para assegurar a efetividade apenas do processo, e não do direito à tutela do direito material, estaria fadada a desaparecer na prolação da sentença que decidisse o litígio, pondo fim ao processo. Afastando-se da já comentada doutrina clássica, MARINONI e ARENHART sustentam que:

a falta de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não sendo, portanto, uma simples decisão marcada pela cognição sumária [provisoriamente], levou a doutrina a incidir no grave equívoco de subordinar o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.²²

Ovídio Baptista da SILVA, negando razão a CALAMANDREI quando afirmou que a tutela cautelar seria “o instrumento do instrumento” (vale dizer, o instrumento de proteção do processo principal), se vale de um exemplo para reafirmar o caráter temporário, e não provisória, da tutela cautelar.

A duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à emanção da sentença que venha a julgar procedente a ação condenatória. Ao contrário, se a sentença acolher a pretensão do autor que obtivera o arresto, esta medida será, a partir da sentença, mais justificada do que fora antes do julgamento, pois entre o trânsito em julgado da sentença e a penhora que substituirá o arresto pode intercorrer um lapso de tempo considerável. Pense-se no caso de uma sentença que necessite de prévia liquidação, para ensejar o procedimento executivo com efetivação da penhora. O arresto, diversamente do que supõe a doutrina de Calamandrei, não antecipa, absolutamente, nada que a sentença condenatória poderia conter, como eficácia que lhe seja peculiar. Nem se tornará dispensável uma vez proferida a sentença definitiva, pois o arresto, não havendo antecipado nenhum efeito que lhe seja inerente, não será substituído por essa sentença.²³

No que toca à instrumentalidade, Ovídio BATISTA DA SILVA, também negando a função de proteção do processo à tutela cautelar, afasta o sentido de instrumentalidade que se lhe atribui *como traço essencial*. Ressalte-se, contudo, que mesmo afastando a instrumentalidade como uma característica *essencial* da tutela cautelar, esta característica – da

²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

²¹ Nesse sentido: MARINONI; ARENHART, 2010, p. 23.

²² MARINONI; ARENHART, 2010, p. 24.

²³ *Apud* MARINONI, ARENHART, 2010, p. 24-25.

instrumentalidade – não deixa de existir quando se diz que a tutela cautelar visa garantir a eficácia da decisão de mérito. Até porque, diga-se, o próprio Ovídio BATISTA DA SILVA não nega que o “direito é composto de infindáveis instrumentos”, donde a tutela cautelar, com vistas a garantir a eficácia da decisão final, também é um instrumento de proteção do direito, aparecendo, portanto, como uma técnica processual necessária para a efetividade do direito material.

A tutela cautelar tem a característica da referibilidade porque está referida a uma tutela de direito material ou, nas palavras de MARINONI e ARENHART, a “uma situação substancial tutelável”²⁴. Assim, pode se referir a uma tutela de direito material já proposta ou a ser proposta, que, no processo penal, caracteriza o caso penal da ação de conhecimento. No aspecto processual, a referibilidade pode ser indicada como a causa de pedir remota (composta pelo fato fundante do pedido e do fato que a ele é contrário, por ação do réu), e está, pois, relacionada com a característica da urgência.

A urgência, de seu turno, se relaciona com necessidade de se valer da tutela cautelar para afastar uma situação de perigo atual à tutela do direito violado. Tal característica é compreendida como requisito da tutela cautelar, consistente no *periculum in mora*.

A tutela cautelar, em razão da urgência e da função que lhe é atribuída, é realizada por meio de procedimento sumário. A sumariedade material do procedimento cautelar implica numa redução do exercício do direito de defesa e do contraditório, que quase sempre são postergados para momento posterior à imposição da medida excepcional, em meios de impugnação.

No compasso destas características, pode-se concluir – como fez CALAMANDREI – que a decisão concessiva da tutela cautelar, porque proferida por meio de cognição sumária com o fim único de assegurar o direito à tutela de um direito material e baseada num juízo de verossimilhança, não é dotada de estabilidade ou imutabilidade, não tendo, portanto, capacidade para gerar coisa julgada material. Indica-se, nisso, mais uma característica da tutela cautelar: a fungibilidade.

A sumariedade da tutela cautelar não pode afastar a aplicação do *devido processo legal*, impedindo que os direitos do investigado sejam assegurados pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ou, como se queira, pelo tratamento isonômico na proteção de direitos fundamentais do acusado e da vítima. Nesse toar, o princípio da proporcionalidade também se preocupa com a probabilidade da condenação, pois, ausente esta, a própria existência de interesses em conflito seria duvidosa, de modo que a imposição da cautela seria temerária aos direitos daquele que sofre os efeitos do acautelamento.

O conteúdo da proporcionalidade sempre esteve presente no direito, sendo relacionado com a igualdade de tratamento como um critério de justiça²⁵. Assim, em um sentido amplo, seria um princípio que obrigaria o “operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito”, de tal modo que a lei somente pode permitir a restrição de direito individual se “tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional” (justificação teleológica de atuação do princípio da proporcionalidade).²⁶

Na aplicação do princípio, quando a restrição a um direito patrimonial for adequada e necessária, deve ser aplicada na justa medida, ou seja, proporcional ao limite das obrigações às quais o acusado ou investigado, se condenado, se sujeitará. A proporcionalidade é, portanto, qualitativa e quantitativa.

Nesse sentido segue a lição de Luiz Antonio CÂMARA, para quem “a imposição de cautela se limitará a restringir bens do acusado em conformidade com a projeção que se pode fazer para a sentença a ser proferida no processo de conhecimento.” Ciente da jurisprudência que admite a hipoteca e o arresto para o pagamento da multa penal e das custas processuais, prossegue sustentando que “é certamente desproporcional a imposição de cautela real – especialmente o arresto prévio e a hipoteca legal – onde o deferimento relacionado à restrição de bens do processado

²⁴ MARINONI e ARENHART, 2010, p. 37.

²⁵ Scarance FERNANDES reconhece uma “íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia”, pois ambos se assemelham na pretensão de superar desigualdades entre indivíduos e definir os critérios para determinar as medidas de sua admissão. *Op. cit.*, p. 54.

²⁶ FERNANDES, 2007, p. 54-61.

tem como marco o apenamento máximo previsto em lei”, notadamente nos “casos em que o investigado ou acusado ostenta referenciais favoráveis para a fixação da pena-base”.²⁷

Mas, como já destacado, ao mesmo tempo que projetar a quantidade de pena no máximo abstratamente cominado já é problemático, também muitos desafios são enfrentados para estimar a quantidade do dano patrimonial sofrido pela vítima.

Os danos passíveis de reparação são de natureza moral e material. Considerando que o dano moral é definido por arbitramento, a sua quantificação na fase processual, para delimitação de medidas cautelares, não oferece maiores problemas.

O dano material não alcança apenas a perda ou imediata diminuição do patrimônio da vítima (danos emergentes, compostos pelo prejuízo imediatamente sofrido e pelos prejuízos que a vítima tiver que suportar para impedir, ou tentar impedir, o agravamento da lesão - o que pode ser tomado como sinônimo de *perdas e danos*), mas também os lucros cessantes, representados pela perda do ganho esperável ou pela frustração da expectativa de lucro que a vítima tinha antes de sofrer os efeitos do ato ilícito gerador da relação jurídica obrigacional. Leva-se em conta, aqui, uma situação jurídica devidamente comprovada, cuja estabilidade permita deduzir para a vítima um ganho futuro frustrado pela ação ou atividade lesiva de alguém²⁸. Neste caso, não se fala em *perdas e danos*, mas em *danos e interesses*, porque estes últimos representam “subtração de um aumento patrimonial e extrapatrimonial.”²⁹ Importante registrar que tal ganho futuro não pode ser meramente eventual, possível ou hipotético, mas um ganho provável e razoável a partir da situação jurídica devidamente comprovada da vítima.

Assim sendo, conclui-se que dano material não precisa ser concomitante à ação ou atividade ilícita, mas destas deve decorrer como consequência necessária; o prejuízo da vítima pode ser, pois, atual ou futuro³⁰, e para ser reparado sem configurar um locupletamento ilícito – enriquecimento sem causa –, o dano emergente e o lucro cessante devem ser comprovados.³¹

A comprovação do dano patrimonial – seja emergente ou lucro cessante – exige a demonstração de nexo de causalidade entre este e o ato ilícito. Há casos nos quais o dano patrimonial pode ser identificado na discussão do mérito da ação penal, ou seja, na comprovação da materialidade do crime o dano material já pode ser reconhecido e ter seu valor deduzido por mera soma aritmética.

No entanto, há hipóteses nas quais o dano suportado pela vítima, seja atual ou futuro, divide cena com outras circunstâncias. A questão, na doutrina especializada, é polêmica. A pergunta que se faz é: “qual o critério que podemos utilizar para chegar à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, uma dentre elas é que foi o fator determinante do prejuízo?”. E a resposta prontamente ofertada é indicada como “um dos problemas mais debatidos em direito, pelo menos desde há um século, pois só nos meados do século XIX é que ele passou a tomar uma fórmula definida.”³²

A teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de um causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que a responsabilidade é solidária neste caso [Cf. Art. 942, parágrafo único].³³

²⁷ CÂMARA, 2009, p. 260.

²⁸ Art. 402, CC: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar

²⁹ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

³⁰ Art. 403, CC: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³¹ Código Civil, art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

³² GONÇALVES, 2008, p. 579.

³³ GONÇALVES, loc cit.

GONÇALVES discorre sobre as teorias adotadas para a pesquisa do nexos de causa, indicando-as com as críticas que lhe sucedem. Nesse toar, aponta para a teoria da equivalência dos antecedentes causais e as dificuldades de sua adoção (percebidas no fato de que toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa, e a exclusão de alguma, em razão da equivalência, afasta todas as outras); a teoria da causalidade adequada (considera-se a causa do dano a circunstância por si só apta a produzi-lo); e a teoria dos danos diretos e imediatos, que se caracteriza por ser uma “amalgama das anteriores.”³⁴

Diz o mencionado autor que teoria dos danos diretos e imediatos é a mais adotada, e das variantes que possui³⁵, é aceita no Brasil aquela que se reporta à necessidade da causa, de modo a ser “indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.”³⁶ Cita Agostinho Alvim, para quem “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”³⁷

Se alguém, por exemplo, sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. Mas não poderá cobrar os danos remotos, atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido, se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente. Como ensina Hans Albrecht Fischer, citado por Washington de Barros Monteiro [...], ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava Demburg, da verdadeira ideia de dano. *Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos.*³⁸

Discorrer longamente sobre todas as teorias e levantar as hipóteses mais controvertidas na doutrina escapam aos limites deste artigo, mas a indicação da complexidade de comprovação da extensão do prejuízo material suportado pela vítima e da comprovação e delimitação da relação de causalidade desse dano com o ilícito penalmente tipificado tem significativa relevância. A despeito de haver previsão legal autorizando o juiz a determinar a constrição cautelar do patrimônio do acusado para garantir a eficácia dos efeitos secundários da sentença penal condenatória, essa investigação, não raro, extrapola aos fins do processo penal.

Ou seja, subsiste o desafio de se atender à proporcionalidade quando a vítima ou quem a represente apresentar ao juiz penal pedido de hipoteca ou arresto de bens para garantir a reparação do dano, porque *para se quantificar o dano, é preciso identificar o nexos de causalidade, e essa identificação não deve ser objeto de investigação no processo penal.*

Não obstante, o legislador processual penal não foi e permanece não sendo profícuo na regulamentação e nos limites dos institutos da hipoteca e do arresto, impactando a segurança jurídica e direitos fundamentais de quem é penalmente investigado.

Em nosso entendimento, o princípio da proporcionalidade poderá ser atingido quando, para a imposição da cautela, a partir das alegações da vítima, o magistrado determinar uma constrição que pode ir além dos prejuízos efetivamente produzidos pelo acusado, onerando-lhe desproporcionalmente, ou pode ficar aquém deles, causando dano agora ao direito de tutela da vítima.

E provavelmente foi a dificuldade de se quantificar um dano material que levou os autores do Projeto de Lei 8.045/2010 (novo CPP) a permitir a hipoteca legal e arresto de bens tão somente para fazer frente à responsabilidade civil por dano moral, cujo arbitramento, em valor mínimo na sentença penal condenatória, não exige a produção de provas alheias à finalidade do processo penal de conhecimento.³⁹

³⁴ GONÇALVES, 2088, p. 581.

³⁵ Indicados como teoria da interrupção no nexos causal, teoria da relação causal imediata. *Ibid*, p. 581-582.

³⁶ A jurisprudência do STJ segue nesse sentido: Resp. 1113804 / RS – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJe 24/06/2010 e RSTJ vol. 219 p. 424.

³⁷ GONÇALVES, 2005, p. 582-583.

³⁸ GONÇALVES, op. cit. p. 584.

³⁹ Consta do projeto: *Art. 644*. A hipoteca legal sobre os imóveis do réu poderá ser requerida pela vítima habilitada como parte civil, nos termos dos arts. 81 e seguintes, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria e de que o requerido tenta alienar seus bens com o fim de

E na necessária visualização de probabilidade de condenação e necessidade proporcional das medidas cautelares patrimoniais, aparecem os requisitos para sua imposição: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*.

LOPES JR. explica a expressão *fumus comissi delicti* “enquanto probabilidade da ocorrência de um delito [e não de um direito], ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. O *periculum in mora* é indicado pelo autor como um *fundamento* do pedido de cautela. Assim, certamente porque nega a existência de um processo penal cautelar autônomo, não se refere aos elementos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora* como pressupostos ou condições da ação cautelar, indicando-os respectivamente como requisito e fundamento de um pedido incidental ao processo de conhecimento⁴⁰.

Embora não haja referência expressa na legislação processual penal brasileira que disciplina a tutela cautelar patrimonial, a demonstração do *periculum in mora* é uma exigência que se deduz da própria finalidade da imposição da cautela: ou seja, não havendo perigo de dano à tutela do direito material, não se justifica cautela alguma. O *periculum in mora* não se revela tão somente pela demora na conclusão do processo principal. O tempo do processo é uma exigência para a formação de um juízo de certeza, e, por si só, não gera perigo de dano à tutela do direito que, por meio do processo, poderá ser reconhecido e declarado. Não havendo perigo de dano, a necessidade da tutela cautelar desaparece⁴¹.

Claro que em tema de medidas protetivas de urgência – e até mesmo em razão delas, porquanto o excesso de formalidades seria prejudicial ao direito – o legislador confere uma margem de discricionariedade ao julgador na análise do perigo de dano que serve de fundamento à necessidade da restrição. Mas margem de discricionariedade não afasta o juiz de identificar e justificar a necessidade da cautela a partir de elementos *objetivos* e racionalmente expostos.

3. A NECESSIDADE DE UMA MELHOR REGULAMENTAÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Ainda que tenhamos feito uma análise breve das características das medidas cautelares patrimoniais e de alguns dos princípios que as regem, já é possível perceber a necessidade de uma profícua regulamentação de cabimento e imposição.

Contudo, não é o que se vê na legislação processual.

As medidas cautelares patrimoniais estão normatizadas no CPP, a saber: sequestro de bens (art. 125 até 132 do CPP); hipoteca legal (art. 134 e 135 do CPP); arresto prévio de bens imóveis (art. 136 do CPP) e arresto definitivo (art. 137 do CPP).

Na legislação especial, também há previsão de medidas acatuelatórias na Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); na Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa); Lei 11.343/06 (Lei de Drogas); Lei 13.260/16 (Terrorismo); Lei 13.344/16 (Tráfico de Pessoas) e no Dec-Lei 3.240/41, que ainda vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional.

Ainda que incorrendo em tautologia, lembremos que o sequestro é a medida cabível sobre os produtos ou proventos do crime investigado (à exceção do sequestro subsidiário previsto no §2º, do art. 91, do CP), e pretende garantir, em primeiro lugar, a reparação do dano da vítima e, sem segundo, o confisco de bens para evitar o enriquecimento ilícito. Subsiste no sequestro, portanto, um interesse público quando se trata de garantir o confisco, e um interesse primordialmente privado quando se trata de garantir a reparação do dano. Ou seja, se não houver vítima identificável,

frustrar o pagamento da indenização. Parágrafo único. A hipoteca legal poderá ser requerida até a designação da audiência de instrução a que se refere o art. 276. *Art. 645.* Pedida a especialização mediante requerimento, em que *a parte estimará o valor da responsabilidade civil pelo dano moral* e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder à avaliação do imóvel ou imóveis.

⁴⁰ LOPES JR., 2010, vol. II, p. 55-56.

⁴¹ Nesse exato sentido são as lições de MARINONI e ARENHART: “O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isso mesmo, para se evidenciar a necessidade de tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência de uma causa, ou seja, o perigo de dano”. *Op. cit.*, p. 28.

se esta não buscar a reparação ou não houver terceiro lesado de boa-fé, o confisco é a medida necessária e automática da condenação penal.

As medidas de hipoteca legal e arresto definitivo têm a finalidade única de garantir a reparação dos danos à vítima, sendo de interesse privado, portanto.

Como antes destacado, a imposição de medidas cautelares patrimoniais deve se submeter ao princípio da legalidade. Porém, é reconhecida na doutrina a precariedade do tratamento legislativo ao tema, gerando insegurança jurídica e violação de direitos.

Surgem importantes problemas para a imposição do sequestro, pois a sua característica da referibilidade exige que recaia sobre o produto e os proventos da infração. Não há maiores dificuldades quando se trata de sequestro sobre o produto do crime, porque este é identificável facilmente na investigação. Não raro, incide sobre bens apreendidos pela própria autoridade policial. Mas o sequestro dos proventos do crime demanda investigação sobre a origem do patrimônio do investigado, e essa investigação, não raro, refoge ao objeto do caso penal, que está focado na autoria e materialidade do crime.

Quando se trata de hipoteca legal⁴² de bens imóveis e o arresto de bens móveis, prescinde-se que tenham origem no crime investigado no processo. De qualquer forma, os desafios aqui residem no procedimento de especialização da hipoteca e do arresto que lhe é subsidiário.

O art. 1.487 do Código Civil foi chamado para garantir o cumprimento, pelo acusado, da responsabilidade decorrente do ilícito penal que lhe foi atribuído, sendo a hipoteca legal a garantia de uma dívida futura ou condicionada, com valor de crédito determinado, cuja execução depende de “*prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou montante da dívida*”. Assim, não ocorrendo a condenação – por absolvição ou extinção da punibilidade –, não se revela a obrigação do pagamento de uma dívida, não se permitindo a excussão do bem hipotecado.

Ou seja, na letra da lei civil, a constituição da hipoteca depende de uma decisão proferida depois de se ter permitido ao devedor “*a verificação da condição, ou ao montante da dívida*”, e que, tendo havido “divergência entre o credor e o devedor” (vítima e provável autor do crime), aquele possa “fazer a prova de crédito”. Nesse sentido, as regras previstas nos artigos 134 e 135 do CPP se referem ao necessário procedimento de especialização do crédito da hipoteca, que, quando efetivada, passa a constituir no direito real de crédito da vítima na execução da obrigação civil que, a partir da sentença penal condenatória, fica sacramentada.

Acresce anotar que o Código Civil de 2002, na disciplina da hipoteca, excluiu das hipóteses de cabimento a garantia para o pagamento da pena pecuniária e das custas do processo, que que tinha previsão no art. 827, VII, do revogado Código Civil de 1916. Na nova legislação civil codificada, remanesce a hipoteca para garantir à vítima de um crime e aos seus herdeiros a satisfação do dever de reparação dos danos suportados em razão do ilícito. Atendendo a legalidade estrita no processo penal, resta a impossibilidade da promoção de pedido de especialização e inscrição de hipoteca legal sobre os bens do acusado visando fazer frente ao pagamento de pena pecuniária e custas processuais.

Embora Aury LOPES JR e Guarcez RAMOS indiquem a possibilidade de a hipoteca incidir sobre bem de família, entendendo afastada a regra da impenhorabilidade pelo contido no art. 3º, VI, da Lei 8.009/90, Luiz Antônio CÂMARA discorda e alerta que tanto a hipoteca legal como o arresto definitivo somente podem incidir sobre bens passíveis de penhora na fase executória, e, por força do art. 1º, da Lei 8.009/90, o imóvel único que constitui a habitação da família não pode ser objeto de penhora.

Nesse sentido, refuta que se tenha no aludido art. 3º, VI, uma exceção, só aceita dentro do tema de cautelares processuais penais de natureza real para o sequestro, posto que este se destina a bens adquiridos com proventos da infração. Quanto à primeira parte na regra em comento – que trata da penhora de bem de família para a execução de sentença penal condenatória –, destaca que o “legislador, traçando os limites do regime excepcional, referenciou especialmente a existência de um *processo de execução*”, não aludindo, em momento algum, a extensão do regime

⁴² A hipoteca prevista no CPP é a legal, sendo a mesma disciplinada no art. 1.487 do Código Civil.

“aos casos de providências cautelares reais garantidoras de um possível processo de execução”.⁴³ O STJ, em recente decisão, adotou entendimento semelhante ao do professor CÂMARA.⁴⁴

O art. 135 do CPP contempla o procedimento do pedido de especialização da hipoteca legal, por meio do qual deve ser possível cumprir a previsão do art. 1.487 do Código Civil, de “*prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou montante da dívida*”. E lembrando que o arresto de bens móveis é subsidiário da hipoteca, quando o investigado não tiver bens imóveis ou os tiver em valor insuficiente para a reparação do dano, então o procedimento de especialização de hipoteca deve ser seguido para determinar, também, o arresto de bens móveis do acusado.

Autuado em apartado o pedido de especialização, a despeito da sumariada do procedimento, ele também é complexo e demanda tempo, porquanto além de permitir o exercício de defesa do acusado ou investigado, exige a realização de perícia para a avaliação dos bens imóveis (e móveis, no arresto) que devem sofrer a constrição cautelar. Pacelli de OLIVEIRA e Douglas FISCHER, nesta medida, afirmam se tratar mesmo de um *processo cautelar*, e não de procedimento incidental.⁴⁵

E porque é próprio do instituto da hipoteca que o valor da dívida que se garante seja determinado, o legislador determina que a parte que a requer indique o valor estimado da responsabilidade civil, com provas ou indicação de provas que sirvam para fundamentar esta estimativa. No caso de dano patrimonial, as provas anexadas ou produzidas durante o procedimento deverão servir para demonstrar não apenas do dano imediatamente sofrido, mas também os emergentes e os lucros cessantes, demonstrando o requerente a relação de causalidade entre a conduta penalmente perseguida e tais danos (o que é, como se disse, complexo).

Se a estimativa for maior do que o dano efetivamente sofrido, certamente haverá violação ao princípio da proporcionalidade previsto no §4º do art. 135. Se os danos forem maiores do que a estimativa, a garantia real não servirá para a completa reparação. E se o juiz arbitrar o dano em valores maiores ou menores do que foi pedido, o problema consistirá em violação à correlação entre a decisão e o pedido (julgamento *ultra* ou *citra petita*).³³⁴ Não por outra razão, conforme previsão do §5º do art. 135, quando os autos da hipoteca ou do arresto forem remetidos ao Juízo cível para execução, poderá a vítima postular lá a imposição de outras medidas de cautela, se e quando o valor do bem assegurado pela hipoteca for menor do que o valor atribuído ao dano.⁴⁶

A especificação dos valores de bens imóveis, num primeiro momento, não se revela dispendiosa ou de difícil conclusão, porquanto pode ser alcançada por meio de consulta a profissionais do meio imobiliário. Já a avaliação exigida pelo §2º do artigo 135, realizada por perito judicial ou nomeado pelo juiz, guarda maior complexidade porque não se limita ao valor dos bens imóveis indicados pela parte, mas também do valor arbitrado para a reparação do dano.

Logo, em última análise, caberá ao perito verificar se há nexos de causalidade entre o dano que se pretende reparar e a conduta delitativa atribuída ao acusado ou investigado, sendo verdade que “os cuidados relativos à especialização da hipoteca devem se balizar pela maior ou menor necessidade de gravame do patrimônio alheio, considerando as condições pessoais e econômico-financeiras dos envolvidos”.⁴⁷

⁴³ CÂMARA, 2009, p. 276-278.

⁴⁴ CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EMPRÉSTIMO. PENHORA DO IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo de instrumento interposto em 03/08/2018, recurso especial interposto em 16/04/2019 e atribuído a este gabinete em 24/09/2019. 2. O propósito recursal consiste em determinar pela legalidade da aplicação na hipótese da exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990, considerando a ausência de condenação penal em definitivo. 3. A lei estabelece, de forma expressa, as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família. 4. O art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990 expressamente afastou a impenhorabilidade e quando o bem imóvel é adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. 5. Na hipótese, não há sentença penal condenatória e, mesmo que seja em função da prescrição, é impossível presumir sua existência para fins de aplicação da exceção contida no art. 3º, VI, da Lei 8.009/90. 6. Recurso especial provido. [STJ. REsp. 1.823.159/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg. 13 de outubro de 2020].

⁴⁵ OLIVEIRA; FISCHER, 2010, p. 283.

⁴⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA; FISCHER, 2010, p.284.

⁴⁷ Nesse sentido: OLIVEIRA; FISCHER, 2010, p.284.

Arbitrados os valores, o juiz, a par da defesa promovida pelo investigado, com esteio no §3º do art. 135, poderá corrigi-los para maior ou para menor, considerando que, na defesa, pode-se ter alegado a existência de concausas ao dano, aptas a diminuir ou até excluir a responsabilidade civil do requerido (*v.g.*, pode alegar que a despeito da conduta delitiva, não teria ela provocado o dano patrimonial sustentado pela vítima, atribuindo sua causa a fatores diversos, preexistentes, concomitantes ou supervenientes à ação).

Autorizada a inscrição da hipoteca pelo juiz, deve ser expedido mandado judicial para que, no órgão de Registro de Imóveis, seja a medida efetivada. Somente a publicidade por meio da inscrição assegura o bem contra alienação, valendo contra terceiros. Por isso, mesmo enquanto tramita o procedimento de especialização da hipoteca, a vítima ou quem a represente poderá pedir o arresto prévio dos bens hipotecáveis (previsto no art. 136 do CPP), como medida preparatória e protetiva da hipoteca.

Já o arresto de que trata o art. 137 do CPP é denominado pela doutrina como arresto definitivo ou subsidiário porque é a medida que recai sobre bens móveis, quando os bens imóveis de propriedade do acusado não forem suficientes para fazer frente ao dano suportado pela vítima. Se na lei civil se excluiu da incidência de hipoteca legal a garantia de pagamento da pena pecuniária e das custas processuais, o mesmo não se pode dizer da medida do arresto. Remanesce, neste caso, apenas a questão da legitimidade ativa para a postulação pela cautela, já que a pena pecuniária não paga é inscrita em dívida ativa, detendo legitimidade para a cobrança a Fazenda Pública.

Na identificação da finalidade pela doutrina, o arresto serve para “proteger pretensões monetárias, que sejam, ou que venham a ser, objeto de demanda judicial própria”. O objeto do arresto são bens móveis, pouco importando quais sejam, “bastando que se prestem eles a serem executados em futura execução”, concluindo MARINONI e ARENHART que a “finalidade do arresto é proteger a futura penhora” que deverá incidir sobre os bens na “execução do crédito, depois de reconhecidos ou depois de eficaz”.⁴⁸ Não por outra razão, o art. 137 do CPP prevê que escapam do arresto todos os bens sobre os quais não possa incidir a penhora.

4. AS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

Sendo medidas restritivas de direitos fundamentais, vinculada a sua validade ao devido processo legal no qual sejam garantidas a ampla defesa e o contraditório (ainda que diferido), seria curial uma regulamentação infraconstitucional mais adequada aos princípios constitucionais no tocante às medidas cautelares patrimoniais. As deficiências da legislação, nesse toar, são significativas.

A Lei de Drogas, em alteração promovida pela Lei 14.322/22, tem elaboração mais democrática porque, em seu artigo 60, §§ 5º e 6º, prevê que “decretadas quaisquer das medidas previstas no *caput* deste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente provas, ou requeira a produção delas, acerca da origem lícita do bem ou do valor objeto da decisão, exceto no caso de veículo apreendido em transporte de droga ilícita”, e que “provada a origem lícita do bem ou do valor, o juiz decidirá por sua liberação, exceto no caso de veículo apreendido em transporte de droga ilícita, cuja destinação observará o disposto nos arts. 61 e 62 desta Lei, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.”

A Lei de Lavagem de Dinheiro, que na redação original silenciava sobre o exercício da ampla defesa e contraditório nas medidas assecuratórias, também ganhou nova redação pela Lei 12.683/12. Porém, além de autorizar a constrição de bens de origem lícita ou ilícita, adquiridos antes ou depois da infração, inclusive em nome de pessoa jurídica ou familiar não denunciado⁴⁹, exigindo apenas “*indícios suficientes de infração*”, e de autorizar a alienação antecipada dos bens, também passou a exigir o comparecimento do investigado ou de interposta pessoa para que seja conhecido qualquer pedido de liberação de bens, direitos ou valores.⁵⁰

⁴⁸ MARINONI; ARENHART, 2010, p. 203.

⁴⁹ Ag.Rg no Inquérito 1.190. STJ. Corte Especial. Julg. 06.11.2019.

⁵⁰ Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. [...] § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. § 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à

No CPP, por outro lado, não se prevê sequer a intimação do investigado sobre a imposição do sequestro, prevendo de forma expressa apenas o cabimento, nos arts. 129 e 130, de embargos contra a decisão. Os embargos pelo investigado servem para demonstrar que os bens não tiveram origem no crime, numa inversão do ônus da prova. E assim, se condenado, poderia ter o sequestro revogado, liberados os bens do confisco, dado que estes somente poderiam recair sobre os produtos ou proventos da infração.

Porém, com a inclusão dos §§ 1º e 2º do art. 91 do CP pela Lei 12.694/12, o confisco pode recair sobre bens de origem lícita, em compensação pela não localização dos bens de origem ilícita, cabendo, portanto, o sequestro subsidiário de bens de origem diversa do crime investigado.

A legitimidade prevista na parte final do art. 129 para o manejo de embargos se refere ao “terceiro senhor e possuidor, por exemplo, daquele cujo domínio foi equivocadamente restringido não tendo qualquer relação com os ilícitos penais perpetrados”.⁵¹

Tais embargos são julgados desde logo, revogando-se a medida, diferente do que ocorre com os embargos do art. 130 do CPP.

A decisão dos embargos proposto com esteio no art. 130 aludido somente será proferida depois de transitado em julgado a sentença condenatória. Todavia, quando o fundamento legal é o do art. 129, parte final, “os embargos podem ser julgados prontamente, sem necessidade de que transite em julgado a decisão a ser proferida no processo cognitivo”.⁵²

O terceiro a que se refere o art. 130 é o terceiro de boa-fé, sendo reconhecido como aquele que adquiriu o bem que tinha origem criminosa, mas o fez de forma onerosa, pelo valor de mercado e sem conhecimento dessa origem. O terceiro que detém bem auferido com proventos de um crime em doação, ou onerosamente, de má-fé, não poderá se valer dos embargos de terceiros para garantir a manutenção da posse. A transferência não-onerosa permite a presunção da ausência de boa-fé, e, havendo conhecimento por parte do terceiro da origem do bem, a má-fé fica evidenciada. Neste caso, aliás, seria um despropósito a lei permitir a oposição de embargos pelo terceiro, que estaria visando em suma o aproveitamento do resultado auferido com prática criminosa.

Mas não era assim que pensava o respeitado processualista Hélio TORNAGHI, que se apegou à diferenciação entre ato nulo e ato anulável da legislação civil para sustentar que:

o Código dispôs com demasiado rigor ao só dar embargos ao terceiro de boa-fé e a título oneroso. O dolo e a fraude contra credores não tornam nulo, mas apenas anulável, o ato de aquisição da propriedade [...]. E só a sentença de anulação extinguirá o direito de propriedade do terceiro adquirente de má-fé ou a título gratuito. Além disso, somente interessados na anulação poderiam invocar os vícios referidos, não consideráveis do ofício pelo Juiz.⁵³

O CPP não prevê prazo para a oposição dos embargos, e por isso devem ser admitidos antes do trânsito em julgado, na forma prevista, inclusive, no art. 675 do CPC. E note-se que os terceiros somente contam com essa forma de impugnação do sequestro, que também tem previsão nos arts. 674 a 681 do CPC, não lhes sendo admitido outros recursos, pois não fazem parte da relação processual e não constam como legitimados ativos para recursos no art. 577 do CPP.

Os embargos previstos no art. 130 somente serão julgados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, até porque, se a sentença for absolutória, todas as medidas cautelares impostas devem ser revogadas, por força do parágrafo único do art. 386 do CPP. Desse modo, o terceiro de boa-fé efetivamente suportará um prejuízo que, se não quiser aguardar o julgamento do caso penal, deverá ser resolvido na esfera cível, em demanda contra quem lhe vendeu o bem.

conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º. § 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

⁵¹ CÂMARA, 2009, p. 266.

⁵² PITOMBO, Sergio M. de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 20-21.

⁵³ *Apud* LEITE, 2011, p. 25.

Já o investigado, por ser parte no processo, poderá se valer da apelação para impugnar o sequestro, a hipoteca ou o arresto, e nesse sentido terá a probabilidade de ver julgada sua alegação de descabimento da medida cautelar, no todo ou em parte, pela Corte recursal.

A doutrina tece justificadas críticas à ausência de ampla defesa e contraditório eficaz para imposição do sequestro no processo penal (diferenciando-se da hipoteca e do arresto que, mesmo com deficiências normativas, se submetem ao procedimento de especialização). Mas o cabimento da apelação contra a decisão de imposição de medida cautelar patrimonial está sacramentando na jurisprudência, encontrando pouca resistência na doutrina.⁵⁴

De fato, o posicionamento doutrinário tem eco na jurisprudência, de sorte que, acolhendo-se a tese de cabimento da apelação com esteio no art. 593, II, do CPP (reconhecendo-se a decisão de mérito sobre questão incidental como aquela que tem “força de definitiva”), deve ser levado em conta que se trata de um recurso de fundamentação livre. Assim, as restrições que a lei impõe à matéria que se pode discutir nos embargos oponíveis ao sequestro de bens podem ser superadas. Neste caso, poderia o acusado, por exemplo, afastar a alegação ou fundamentação da existência do *periculum in mora* ou *do fumus comissi delicti*, não ficando restrito à matéria relativa à origem do bem.

A jurisprudência das Cortes Superiores há muito tempo alterou seu entendimento⁵⁵ para afastar a possibilidade de cabimento do mandado de segurança para impugnação de medida cautelar patrimonial. Reconhece-se atualmente que a ação constitucional só tem cabimento quando não existe recurso previsto contra a decisão havida como ilegal, e porque o mandado de segurança traz o inconveniente de não permitir incursão aprofundada nas provas anexadas, as quais serviriam, em tese, para comprovar a origem lícita do bem constricto ou a ausência de outros requisitos legais, causando prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Mas, confirmando a insegurança jurídica que assola a matéria, em recente e surpreendente decisão, a Sexta Turma do STJ, por maioria de votos, concedeu ordem de *habeas corpus* para reconhecer excesso de prazo para a persecução penal e liberar bens constrictos em ação judicial em trâmite na Justiça Federal.⁵⁶ A decisão, porém, deve ser caso isolado, porque contraria a lei e toda a jurisprudência da Corte sobre o cabimento do *habeas corpus*.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo - hacia una nueva modernidad**. Tradução de Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁵⁴ GRECO FILHO, que discorda do posicionamento, entende que “da decisão que determina o sequestro, ou dele indefere o pedido, não cabe recurso, porque não está no rol do art. 581 e também não é definitiva nem tem força de definitiva, o que permitiria que se interpusse apelação [art. 593, II]. A legalidade da decisão pode, todavia, ser conferida mediante mandado de segurança. Da decisão que declara o seu cancelamento cabe apelação, porque ela tem força de definitiva. P. 177-178.

⁵⁵ TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - Processo: 200204010113432 UF: OITAVA TURMA Data da decisão: 11/11/2002 Relator(a) LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO Decisão unânime. **MANDADO DE SEGURANÇA. ADMISSIBILIDADE. PROCESSO PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO. DEPRECIÇÃO DOS VEICULOS. DEPÓSITO PÚBLICO. NOTÓRIA DEPRECIÇÃO**. 1. Na linha de precedentes do e. STJ, aos quais têm-se ajustado as decisões dessa Turma, não obstante restrito o uso do mandado de segurança na esfera penal, cumpre admiti-lo em face de decisão não arrolada no art. 581 do CPP e desprovida de cunho terminativo, referentemente à relação processual, cuja natureza, de outra parte, afasta eventual modificação pela via correicional. 2. Apenas na hipótese de flagrante ilegalidade, contra direito líquido e certo, verificável de pronto, é cabível, em tese, a busca da reparação na via mandamental. 3. Inexistindo elementos concretos para aferir, em sede de cognição sumária, a exata correspondência entre os débitos satisfeitos por conta de parcelamento operado junto ao REFIS e aqueles pelos quais os réus estão respondendo à ação penal, descabe proceder ao levantamento de sequestro efetivado, em sede cautelar, em garantia dos cofres públicos. 4. Objetivando resguardar a garantia visada pela medida cautelar de sequestro, mostra-se devida a liberação de bens constrictos em depósito público, sujeitos à notória depreciação, depositando-os em nome dos respectivos proprietários.

⁵⁶ RHC 147.043, julgado em abril de 2022.

CÂMARA, Luiz Antonio. Considerações sobre as medidas cautelares reais patrimoniais nos crimes contra a ordem econômica. In CÂMARA, Luiz Antonio (org.). **Crimes contra a ordem econômica e a tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____ **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência: análise teórica e dogmática**. São Paulo: RT, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GRECO FILHO, Vicente. **Processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas**. São Paulo: Renovar, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAIER, Julio B. J. *¿Es la reparación una tercera vía del derecho pena?* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 50, p. 38-56, setembro-outubro 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 2. 8ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. **In Temas de Direito Processual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Do sequestro no processo penal brasileiro**. São Paulo: José Bushtsky, 1973.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: RT, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.