

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

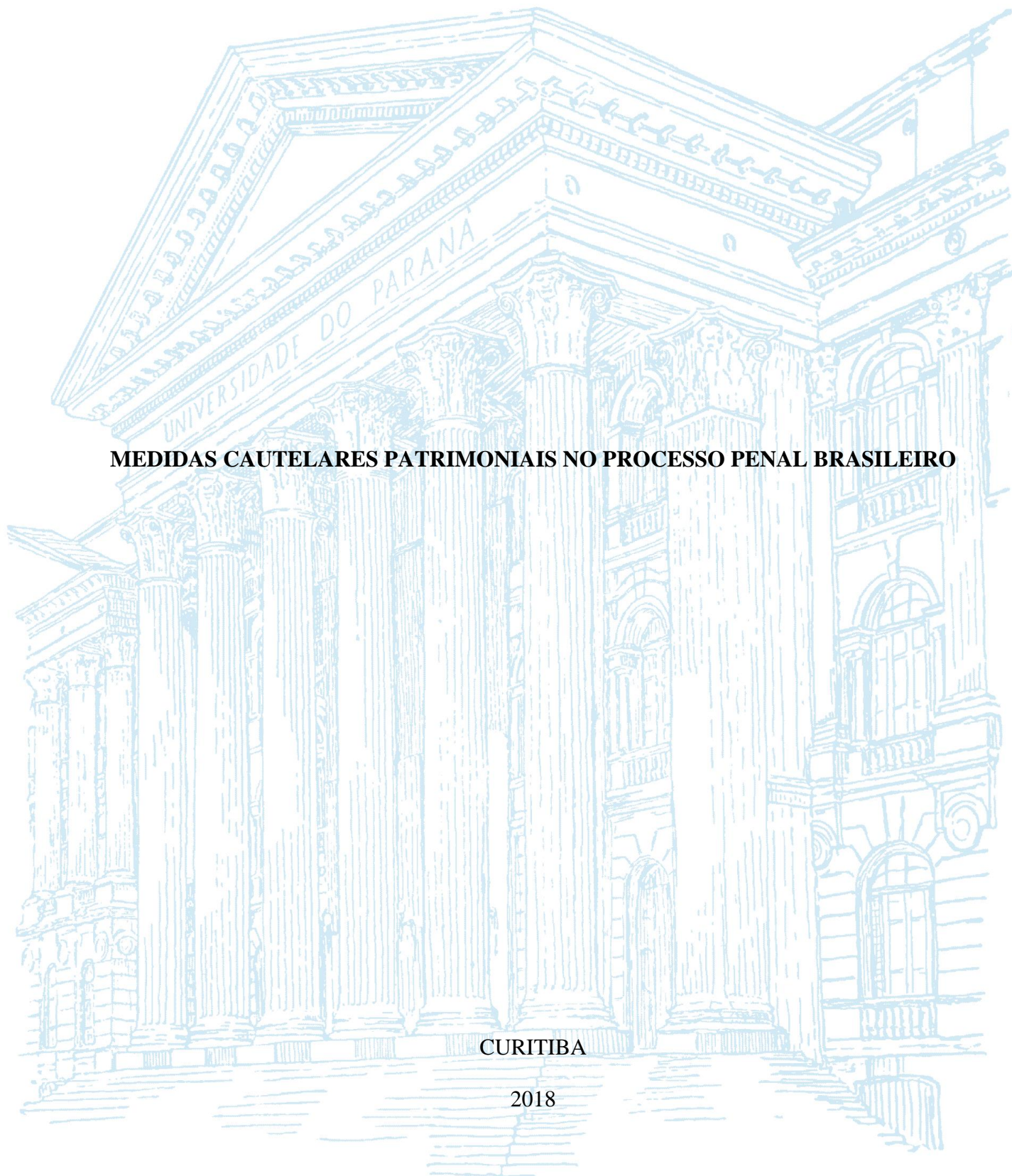
FACULDADE DE DIREITO

JEFFERSON ALEX PEREIRA

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA

2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

JEFFERSON ALEX PEREIRA

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. CLARA ROMAN BORGES

CURITIBA

2018

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as medidas cautelares patrimoniais no processo penal brasileiro. Foram analisadas as características das medidas cautelares, seu conceito e sua função. O sequestro, o arresto e a especialização e registro da hipoteca legal, medidas cautelares patrimoniais previstas no Código de Processo Penal, foram examinadas. As especificidades das medidas cautelares patrimoniais na Lei de Lavagem de Dinheiro e na Lei de Drogas também constituíram objeto de análise.

Palavras-Chave: Processo Penal. Medidas Cautelares Patrimoniais. Código de Processo Penal. Lei de Lavagem de Dinheiro. Lei de Drogas.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the patrimonial custody measures in the Brazilian Criminal Procedural Law. The seizure, the restraint and the specialization and registration of the legal hypothec, all foreseen on the Criminal Procedural Code, were examined. The specificities of the patrimonial custody measures on the Money Laundry Law and the Drug Act also were analysed.

Keywords: Criminal Procedural Law. Patrimonial Custody Measures. Criminal Procedural Code. Money Laundering Law. Drug Act.

LISTA DE FIGURAS E GRÁFICOS

FIGURA 1 - Fórmula “Teoria Econômica do Crime”.....	20
GRÁFICO 1 - Percentual de magistrados que exigem a presença de <i>periculum in mora</i> para aplicação de medidas assecuratórias.....	29
GRÁFICO 2 - Conceito de indícios veementes.....	36

LISTA DE ABREVIATURAS

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CP - Código Penal

FGV - Fundação Getúlio Vargas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - TEORIA GERAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11
1 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO CRIMINOSO: REPARAÇÃO DO DANO OCACIONADO PELA CONDUTA CRIMINOSA.....	11
1.1 A obrigação de reparar o dano: art. 91, I, do CP	13
1.2 Ação Civil <i>Ex Delicto</i>	14
1.3 Perda dos instrumentos e dos produtos dos crimes: art. 91, II, do CP.....	18
2 CONCEITO E FUNÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS	22
3 CARACTERÍSTICAS.....	23
3.1 Instrumentalidade	23
3.2 Acessoriedade.....	23
3.3 Urgência	24
3.4 Sumariedade	24
3.5 Temporariedade ou Provisoriedade.....	24
3.6 Referibilidade	25
3.7 Não Definitividade	25
4 PRESSUPOSTOS GERAIS	27
4.1 <i>Fumus Commis Delicti</i> ou <i>Fumus Boni Iuris</i>	27
4.2 <i>Periculum In Mora</i>	28
PARTE II - MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS EM ESPÉCIE	31
1 SEQUESTRO DE BENS	31
1.1 Origem.....	31
1.2 Conceito.....	31
1.3 Sequestro de bens imóveis.....	33
1.3.1 Objeto	33
1.3.2 Pressuposto específico: indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.....	34
1.3.3 Requerimento do sequestro: sujeitos legitimados	36
1.3.4 Procedimento	37

1.4 Sequestro de bens móveis.....	40
1.5 Sequestro subsidiário: art. 91, § 2º do código penal.....	41
2 ESPECIALIZAÇÃO E REGISTRO DA HIPOTECA LEGAL.....	42
2.1 Conceito.....	42
2.2 Objeto	43
2.3 Requerimento da especialização e registro da hipoteca legal: sujeitos legitimados.....	43
2.4 Procedimento	44
3 ARRESTO.....	46
3.1 Origem.....	46
3.2. Conceito.....	46
3.3 Arresto de bens imóveis prévio à especialização da hipoteca legal.....	46
3.4 Arresto subsidiário de bens móveis	47
3.5 Objeto	47
3.6 Requerimento do arresto: sujeitos legitimados.....	47
3.7 Procedimento	48
4 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL..	49
4.1 Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98).....	49
4.2 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se a partir do nosso contato com o tema na prática, o qual despertou curiosidade, dada a enorme confusão conceitual dos operadores do Direito ao utilizar as medidas cautelares patrimoniais previstas pela lei, em razão da ausência de tratamento sistemático da matéria. Daí porque a opção foi por tratar o tema em sentido amplo, obviamente que de forma aprofundada em alguns pontos, julgados mais relevantes que os outros.

As medidas cautelares patrimoniais são, talvez ao lado das nulidades, o tema menos estudado no âmbito do processo penal. Isso porque, sendo sua função assegurar o perdimento de bens em favor do Estado, bem como garantir a reparação do dano causado pelo delito e o pagamento de pena de multa e custas processuais, em um país no qual a esmagadora maioria dos condenados não possui patrimônio, ou se o possui, tem quantia irrisória, é natural que o estudo desse tema fosse relegado a um segundo plano, justamente em razão da sua inutilização na prática.

Contudo, atualmente o panorama supramencionado alterou-se, em virtude da expansão do denominado Direito Penal Econômico, o qual geralmente tem como objeto delitos e agentes criminosos que movimentam vultosas quantias, bem como usualmente possuem patrimônio elevado. Dessa forma, uma parte dos condenados passou a possuir patrimônio considerável, apto ao cumprimento dos efeitos decorrentes da sentença penal condenatória, ou seja, com capacidade para reparar o dano e realizar o pagamento da eventual pena de multa e das custas processuais, assim como ser objeto de perdimento, caso o patrimônio seja ilícito e extrapole o montante necessário ao cumprimento das duas obrigações anteriormente mencionadas (reparação do dano e pagamento da eventual pena de multa e das custas processuais).

Na primeira parte do trabalho, foi estudada a responsabilidade patrimonial do criminoso, especialmente a partir da perspectiva da vítima e do seu interesse no ressarcimento ou compensação pelo dano causado através do delito; o conceito e função das medidas cautelares patrimoniais; as características usualmente utilizadas pela doutrina para classificar uma medida como tutela cautelar, diferenciando-a das outras espécies de tutela; os pressupostos gerais das medidas cautelares patrimoniais, os quais advêm do campo do processo civil, averiguando-se o seu conteúdo e sua terminologia nesse campo, bem como sua (in)adequação ao campo processual penal.

No segundo bloco, analisamos as medidas cautelares patrimoniais previstas no Código de Processo Penal brasileiro, conceituando-as, investigando seu objeto, os sujeitos legitimados para a proposição da medida e o procedimento a ser adotado em cada uma, bem como realizamos breves considerações acerca das medidas cautelares patrimoniais previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98) e na Lei de Drogas (11.343/06), com a intenção de depreender as similitudes e diferenças que guardam em relação àquelas previstas no Código de Processo Penal.

Em que pese o termo tecnicamente correto seja medidas cautelares patrimoniais, porquanto assecuratórias também são as medidas cautelares pessoais, e não apenas as patrimoniais, como a lei utiliza o termo medidas assecuratórias, ambas foram utilizadas como sinônimos no presente trabalho.

PARTE I - TEORIA GERAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO CRIMINOSO: REPARAÇÃO DO DANO OCACIONADO PELA CONDUTA CRIMINOSA

A conduta delituosa, além de constituir a antítese do direito ou a negação da ordem jurídica vigente, também pode acarretar danos de ordem material ou moral. A violação da ordem jurídica é sancionada através das penas cominadas nos diversos tipos penais espriados pela legislação penal brasileira. Conforme FREITAS:

Na concepção clássica de crime, considerado como violação da lei do Estado, privilegiou-se o interesse público afetado com o crime, enfatizando o modelo retributivo de pena, buscando com a aplicação da justiça a restauração da ordem pública e da paz social. O criminoso, que infringiu a lei, lesando ou colocando em perigo um bem jurídico ideal, contrai responsabilidades em relação ao Estado e ao sistema legal e o Estado consolida a sua participação na situação gerada pelo crime acusando o infrator, processando-o judicialmente e, eventualmente, impondo uma pena, quando o mesmo é condenado¹.

Ao longo da história, por vezes a responsabilidade patrimonial do criminoso pelos delitos cometidos substituiu as penas corporais aplicadas como retribuição ao fato delitivo, como por exemplo a composição, conforme assinala René Ariel DOTTI:

A composição caracteriza, historicamente, um abrandamento das penas violentas que se dirigiam contra o corpo do condenado (morte, mutilação, etc) e a expressão de utilidade social que deve ser inerente a todas as sanções criminais. Consistia a *compositio* em um meio de conciliação entre o ofensor e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano (dinheiro da paz). Com aquela forma de pagamento, se punha fim à vingança coletiva entre as tribos e através dela o condenado à perda da paz recupera o direito de convivência comunitária. Na composição podem se distinguir: a) o pagamento em favor da tribo que ordenou a expulsão; b) o pagamento em favor da tribo ofendida para não exercer ou para cessar a vingança; c) o pagamento em favor da vítima ou seus familiares².

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Criminal do Império, datado de 1830, estabelecia nos arts. 21 a 32 a obrigação do delinquente em satisfazer o dano causado em

¹ FREITAS, Maria Helena D'arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado pelos Danos às Vítimas de Crimes*. Franca, 238p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. p. 161.

² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 215.

decorrência do delito. A satisfação do delito poderia ocorrer mediante a restituição dos bens (art. 23), bem como pelo pagamento do valor equivalente (art. 25). Contudo, embora a obrigação fosse precipuamente patrimonial, havia a previsão de responsabilidade pessoal do criminoso pela reparação do dano, conquanto o art. 32 estabelecia que “não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação”.

A vítima do delito, seja ela pessoa física, jurídica ou o próprio Estado, possui interesses que extrapolam a “solução do conflito gerado pela conduta delituosa” e “a aplicação da lei penal e à submissão do delinqüente a uma sanção penal”³. Ela possui interesses voltados à compensação dos danos resultantes da conduta criminosa; seja mediante a recomposição do patrimônio, isto é, retornar o patrimônio ao *status quo* anterior ao delito, aqui muito mais relacionado aos delitos que atentam contra o patrimônio; seja através de uma indenização em função dos danos morais ou psicológicos resultantes do crime.

O papel da vítima no processo penal e os interesses a ela relacionados variaram ao longo da história. No período compreendido entre a Antiguidade e o fim da Alta Idade Média, a vítima possuía função essencial no processo penal, inclusive comumente sendo titular da ação penal na qual pleiteava a condenação do acusado e a conseqüente reparação do dano. Contudo, na passagem para a Baixa Idade Média (século XII) em decorrência do “fortalecimento das monarquias e do Estado Moderno, o crime foi tomado como uma ofensa à ordem social e o direito penal, assim, uma matéria de ordem pública. A vítima é definitivamente relegada a um plano de inferioridade”⁴. Assim, “inicia seu caminho rumo ao ostracismo, sendo substituída, no conflito de natureza criminal, pelo soberano”⁵.

A construção dogmática do Direito Penal em torno das finalidades da pena, como retribuição ou inflição de um mal ao condenado em razão de um injusto praticado, afastou a

³ FREITAS, Maria Helena D’arbo Alves de. *Responsabilidade....*, p. 161.

⁴ DRESCH, Marcia Leardini. *A Reparação do Dano nos Delitos contra a Ordem Econômica e Meio Ambiente e as Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal Brasileiro*. Curitiba, 180p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2011. p. 16.

⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 51.

vítima do processo penal, reservando o tema da reparação do dano ao campo do Direito Civil⁶.

É somente a partir da segunda metade do século XX que o ofendido retorna ao debate acerca da política criminal e do processo penal, muito em função do Holocausto e dos estudos desenvolvidos no campo da criminologia, a qual deu origem a um ramo específico, denominado vitimologia.

É necessário enfatizar que “mesmo quando a vítima perdeu espaço para participação na persecução penal, a questão da reparação do dano por ela suportado no evento criminoso sempre esteve presente”⁷.

Mais recentemente, há um movimento, ainda que tímido, no sentido de reconhecer os interesses da vítima no processo penal, seja quanto à aplicação da pena, ou, quanto aos efeitos decorrentes da condenação, como a possível reparação do dano. Como exemplos, pode-se citar a previsão da composição dos danos civis, instituto previsto na Lei nº 9.099/95, o qual confere inegável protagonismo ao ofendido, bem como o disposto no art. 387, IV, do CPP, o qual traz a necessidade do magistrado fixar “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

1.1 A obrigação de reparar o dano: art. 91, I, do CP

Dispõe o art. 91, I, do CP que “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Assinala Miguel REALE JR. que “Ao tornar certa a obrigação, é porque a sentença condenatória transitada em julgado constitui título executório, indiscutida doravante a questão de mérito, pois já decidida no âmbito penal, cumprindo, tão só, verificar se houve dano, patrimonial e moral, e quantificar o valor da indenização”⁸. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil reconhece a sentença penal condenatória com trânsito em julgado como título executivo judicial, dispondo no art. 515, VI, que “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

⁶ PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis Machado. Questões Atuais acerca da Relação entre as Responsabilidades Penal e Civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7.ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I. tomo I. Não paginado.

⁷ DRESCH, Marcia Leardini. *A Reparação do Dano*, p. 17.

⁸ REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 473

O art. 91, I, do CP, em verdade, retoma o disposto no art. 186 do Código Civil, o qual determina que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, bem como o art. 927 do CC que assim dispõe “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A reparação do dano, *lato sensu*, compreende o ressarcimento, a restituição, a reparação (*stricto sensu*) e a indenização. O ressarcimento compreende o pagamento dos danos patrimoniais advindos do delito, abarcando tanto o dano emergente (prejuízo efetivamente sofrido) quanto os lucros cessantes (o que o agente deixou de ganhar em função do dano causado). Por sua vez, a reparação *stricto sensu* compreende o pagamento dos danos morais. A restituição ocorre mediante a devolução do bem ao legítimo proprietário. Por fim, a indenização compreende a compensação monetária por ato ilícito praticado pelo Estado. Contudo, é necessário esclarecer que o CPP emprega indistintamente as expressões aludidas acima, sem qualquer acuidade técnica.

A obrigação de reparar o dano não se confunde com a pena de prestação pecuniária, prevista no art. 43, I, do CP, porquanto essa última é a própria pena aplicada ao condenado, visto que trata-se de uma hipótese de pena restritiva de direitos. Por outro lado, a obrigação de reparar o dano é um efeito secundário automático de natureza extrapenal, advindo da condenação.

Dito de outra forma, o magistrado pode aplicar a pena de prestação pecuniária, o que não impede a propositura da ação civil *ex delicto* a fim de pleitear a reparação pelo dano causado pelo delito, não obstante o fato de que o valor pago a título de prestação pecuniária, se revertido em favor das vítimas do delito ou seus dependentes, deve ser abatido do montante da indenização pleiteada⁹, conforme prevê o art. 45, §1º, do CP.

1.2 Ação Civil *Ex Delicto*

⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. *Direito Penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 423.

A ocorrência de um mesmo fato delituoso acarreta duas pretensões distintas, quais sejam, a pretensão punitiva, isto é, a aplicação da pena cominada no tipo penal, a qual deve ser buscada por intermédio da ação penal, e, a reparação do dano causado pelo delito.¹⁰

No âmbito do processo penal comum, considerado como aquele que se desenvolve mediante o procedimento ordinário, o instrumento por intermédio do qual o ofendido deve buscar a reparação pelo dano causado é a denominada ação civil *ex delicto*, regulada nos arts. 63 a 68 do CPP. A ação civil *ex delicto* compreende o “procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime”¹¹.

Há quatro sistemas que regulamentam a relação entre a reparação do dano e a imposição da pena cominada no tipo penal, quais sejam, o sistema da confusão, o sistema da solidariedade e o sistema da independência¹².

O denominado sistema da confusão predominou durante a Antiguidade, período no qual o Estado ainda não detinha o monopólio da solução dos conflitos, devendo o ofendido, portanto, buscar a reparação do dano mediante ação direta sobre o criminoso. Logo, a mesma ação (física) visava tanto a punição quanto a reparação do dano causado. “A própria “reparação” não era vista como uma forma de recompor os danos sofridos, mas possuía um caráter penal, repressivo, de um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito”.¹³

O sistema da solidariedade compreende a existência de duas ações distintas, uma de natureza penal e outra de natureza civil, devendo ambas ser propostas no mesmo processo, cuja competência é do juízo criminal. Logo, há uma cumulação obrigatória de ambas as ações.

O sistema da livre escolha possibilita que a parte lesada promova a ação de reparação do dano na esfera civil. Contudo, o juízo cível deve determinar a suspensão do processo a fim de aguardar a decisão definitiva a ser proferida na esfera penal. Também é possível que a ação de reparação do dano seja proposta no próprio juízo criminal, razão pela qual se fala em uma cumulação facultativa.

Por fim, há o sistema da independência, o qual determina que as ações cível e penal devem ser propostas cada qual na respectiva instância, dadas as particularidades de cada uma.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 212.

¹¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 191.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 212.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 212.

O Código de Processo Penal consagrou um sistema de independência mitigado, porquanto a vítima pode aguardar a sentença penal condenatória a fim de executar o valor da indenização na esfera cível, segundo o art. 63, *caput*, do CPP; pode executar o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, conforme dispõe o art. 63, parágrafo único, do CPP; ou, tem a faculdade de promover ação de ressarcimento na esfera cível, consoante disposição do art. 64, do CPP. Entretanto, quanto à essa última possibilidade, pode o juiz cível suspender o curso da ação civil até a decisão proferida na esfera criminal, o que mitiga a independência do sistema de reparação do dano.

A Lei nº 11.719, de 2008, modificou a redação do art. 387, do CPP, acrescentando o inciso IV, o qual dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Trata-se de um requisito indispensável da sentença, devendo dela constar quando for possível estimar o dano acarretado pelo delito. No mesmo sentido afirma Paulo César BUSATO que:

É irrelevante que não teria havido pleito indenizatório no caso concreto. Isso porque a nova configuração do art. 487 do Código de Processo Penal estabelece uma exigência de ordem prática, um requisito da sentença condenatória e não uma *facultas agendi* do juiz.

Não se trata de julgar um pleito indenizatório, mas de fixar, ao reconhecer a presença de um delito, o correspondente piso da reparação de danos. E mais, ao ser uma disposição de ordem processual que compreende requisito da sentença condenatória, é elemento que compõe a prestação jurisdicional, não podendo, em nenhuma hipótese, ser sonogado aos destinatários da atividade judicante.¹⁴

Portanto, a partir da reforma do CPP, realizada em 2008, a condenação transitada em julgado pode gerar um título executivo líquido ou ilíquido. Será líquido quando o magistrado, consoante orientação do art. 387, IV, do CPP, fixar um valor mínimo para a reparação do dano causado pelo delito, tendo estimado a extensão do dano; por outro lado, será ilíquido quando não for possível, no curso do processo penal, estimar um valor para o dano ocasionado pela conduta criminosa.

Caso a sentença penal condenatória nada disponha acerca do *quantum* mínimo indenizatório, desde que seja possível vislumbrar um patamar mínimo, essa omissão deve ser sanada mediante a interposição de embargos de declaração.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, não é mais possível a discussão, em âmbito cível, a respeito do dever de indenizar, mas tão somente acerca do

¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 973.

quantum indenizatório, relativo à parte ilíquida do título. Há portanto, uma subordinação temática da esfera cível à esfera penal. Isso se deve à antijuridicidade, haja vista que se um fato é reputado como ilícito na esfera penal, certamente também constituirá um ilícito civil, dado que o grau de antijuridicidade exigido no âmbito penal é maior que em outras áreas do Direito¹⁵.

A absolvição na esfera penal acarreta efeitos no âmbito cível. Como regra geral, as jurisdições civil e penal são independentes em relação à apreciação da ocorrência ou não da ocorrência de um ato ilícito, consoante dicção dos arts. 66, primeira parte, do CPP, e, 935, primeira parte, do CC.

Conforme dispõe o art. 65 do CPP “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, o que obsta a proposição de ação civil visando à reparação do dano.

Não obstante a existência de sentença absolutória no juízo criminal, quando não tiver sido reconhecida, categoricamente, a inexistência material do fato, é possível a propositura da ação de reparação do dano em âmbito cível. Leciona Fauzi Hassan CHOUKR que “Nos termos do art. 386 deste Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de absolvição, apenas uma delas serve como óbice para a persecução civil: a que não reconhece a existência material do crime (inciso I). Nos demais casos, os fundamentos absolutórios não interferirão na demanda civil”¹⁶.

No entanto, há quem reconheça que na hipótese do que se convencionou denominar “negativa de autoria”, prevista no inciso IV, do art. 386 do CPP, seria possível vislumbrar que tais situações também obstam a propositura de ação cível visando à reparação do dano¹⁷. Nos parece ser essa posição a mais correta, dado que há situações, ainda que excepcionais, que realmente comprovam que o réu não praticou a infração ou que outra pessoa praticou o delito. Tal situação, entretanto, não confunde-se com aquela prevista no art. 386, V, do CPP, porquanto nessa última a absolvição decorre da ausência de provas, o que possibilita a

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 419

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

¹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal...*, p. 201; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 219.

reabertura e rediscussão do caso na esfera cível, desde que seja possível provar o ato ilícito mediante outros meios.

Questão polêmica diz respeito à responsabilidade civil por atos criminosos cometidos por terceiros. O Direito Civil atribuiu a terceiros a responsabilidade por atos ilícitos praticados, como por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade em razão de parentesco ou de relação empregatícia.

No caso da ação proposta na esfera cível discutir somente a execução da sentença penal condenatória, o título executivo somente produz efeitos contra o condenado. Por outro lado, em relação à ação de conhecimento, parte da doutrina argumenta que não seria possível a responsabilização de terceiro em razão de violação do contraditório e da ampla defesa.¹⁸ Tal posição merece acolhida com ressalvas. Quando inexistir ação penal em curso, ou caso exista, não houver sentença penal condenatória transitada em julgado, é possível admitir a responsabilidade civil de terceiros por ato criminoso desde que o fato seja discutido no âmbito civil, possibilitando ao terceiro responsável que impugne a existência do fato e/ou sua autoria.

Caso ocorra a rescisão da sentença penal condenatória, mediante proposição de revisão criminal, há três situações possíveis: (a) se a rescisão ocorrer antes do início do cumprimento da sentença, impede a formação do título executivo judicial na esfera cível; (b) se a rescisão ocorrer durante o cumprimento da sentença, impede a continuação da execução civil, extinguindo o título executivo; (c) caso a rescisão ocorra após o cumprimento da sentença, deve o beneficiado por tal decisão pleitear indenização pela quantia paga a título de reparação do dano, caso tenha efetuado tal pagamento¹⁹.

1.3 Perda dos instrumentos e dos produtos dos crimes: art. 91, II, do CP

Outro efeito extrapenal advindo da sentença condenatória é a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, (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.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 216.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 217.

Na primeira hipótese, a legislação foi extremamente tímida ao permitir apenas a perda dos instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Mais interessante é a disposição prevista no art. 62 da Lei nº 11.343/06, a qual determina que “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”.

Não há sentido, por exemplo, em, por um lado, determinar a perda de um veículo utilizado para o tráfico de drogas, e de outro, permitir que um veículo utilizado para a prática de um roubo ou furto continue na esfera patrimonial do agente, mesmo sobrevivendo sentença condenatória evidenciando que tal veículo foi utilizado como instrumento do crime. Ora, o uso de um veículo para o transporte de entorpecentes não constitui um fato ilícito em si mesmo, assim como o uso de um carro para efetuar um roubo. A decretação da perda dos instrumentos prevista no CP não deveria trazer tal exigência, visto que não há nada que a justifique, porquanto a *ratio legis* aqui é impedir que o agente se utilize do instrumento do crime para praticar novo delito.

O Código Criminal de 1890 continha um dispositivo mais coerente, dispondo no art. 69 que “ A condenação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes efeitos: a) perda, em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito á restituição”.

Quanto à segunda hipótese, perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, b, do CP), trata-se de uma modalidade especial de confisco, decorrente da ideia de que a ordem jurídica não pode tolerar que um agente criminoso obtenha vantagem patrimonial mediante violação da norma penal. Portanto, o fundamento da perda do produto ou proveito do crime é a vedação ao enriquecimento ilícito.

Desde os primórdios da civilização ocidental, a sociedade se preocupou em coibir aquilo que hodiernamente se convencionou denominar “enriquecimento ilícito”, ou seja, a obtenção de vantagem econômica em detrimento da observância às normas jurídicas. No Digesto, atribuído à Pomponius (Lib. L, Til. XVII, fra. 206), constava a seguinte proposição “*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*” (Por direito da natureza é justo que ninguém se enriqueça com prejuízo e injúria de outrem).

A ideia de enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa sempre teve forte conteúdo ético e moral.

Partindo das premissas fixadas pela teoria econômica do delito, é possível vislumbrar a importância fundamental que a perda do produto ou proveito da infração adquire na repressão e prevenção às infrações penais.

A teoria econômica do crime, formulada por Gary BECKER no clássico texto “*Crime and Punishment*”, “relaciona o número de crimes pelos custos da probabilidade de sua condenação, a probabilidade de apreensão e detenção. O indivíduo calcula os ganhos da atividade ilegal com os ganhos do mercado legal e a sua disposição para cometer o crime”.²⁰

Assinalam CERQUEIRA e LOBÃO que:

Basicamente, a decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização de utilidade esperada, em que o indivíduo confrontaria, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa, o valor da punição e as probabilidades de detenção e aprisionamento associadas e, de outro, o custo de oportunidade de cometer crime, traduzido pelo salário alternativo no mercado de trabalho²¹.

O modelo teórico proposto por BECKER pode ser sintetizado na fórmula constante na figura abaixo:

FIGURA 1 - Fórmula “Teoria Econômica do Crime”²²

$$NB_i = l_i - c_i - w_i - (pr * pu)$$

NB_i = benefício líquido do indivíduo “i”;

l_i = valor monetário do ganho com o crime;

c_i = custo de planejamento e execução do crime;

w_i = custo de oportunidade;

pr = probabilidade de captura e condenação;

pu = valor monetário do castigo.

²⁰ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade; uma avaliação crítica do modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 93-110, p. 96-97.

²¹ CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n.2, 2004, p. 233-269. p. 247.

²² CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade....p. 97.

Portanto, a perda do produto ou proveito da infração afeta diretamente a decisão do agente em delinquir, porquanto minimiza, ou mesmo anula, o fator “li” (valor monetário do ganho com o crime), ou seja, um dos fatores considerados pelo agente no momento prévio de planejamento do delito. Obviamente, essa análise aqui realizada encontra-se intimamente ligada aos crimes nos quais o criminoso almeja a obtenção de vantagem econômica. Para outros tipos de delito, como aqueles de natureza sexual, por exemplo, o fator “li” já é, a priori, nulo.

Por fim, o Código Penal também prevê a possibilidade de que seja “decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior” (art. 91, II, §1º), possibilitando que já no curso do processo penal as medidas assecuratórias possam “abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda” (art. 91, II, §2º). O objetivo dessas disposições é evitar a ocultação de bens e valores auferidos pelo agente mediante a prática criminosa, seja no Brasil ou no exterior, mormente a ocultação de valores nos denominados “paraísos fiscais”.

2 CONCEITO E FUNÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

As medidas cautelares, em sentido amplo, consistem em um “instrumento que visa assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional a ser proferido em “outro” processo, dito “processo principal”²³.

Quanto às medidas cautelares patrimoniais, sua finalidade precípua é assegurar a reparação ou o ressarcimento do dano ocasionado em decorrência do delito. Nesse sentido, “Não restam dúvidas de que a denominação emprestada pela doutrina dominante de cautelares patrimoniais é restrita às medidas cautelares destinadas a assegurar a reparação ou ressarcimento do dano resultante do delito”²⁴. No mesmo sentido escreve RAMOS que

As medidas patrimoniais, por fim, pretendem compensar ou ao menos minimizar os prejuízos econômicos causados pela infração penal ao ofendido, dando-lhe instrumentos com os quais poderá garantir o princípio da responsabilidade patrimonial. São medidas de urgência referentes ao ressarcimento do dano ou *medidas patrimoniais de urgência*²⁵.

O legislador que concebeu o Código de Processo Penal estava atento à necessidade de medidas específicas destinadas a assegurar a reparação do dano, resultado de eventual condenação proferida no provimento principal:

O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (sequestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano ex delicto não passa de uma promessa vã ou platônica da lei²⁶.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1111.

²⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. Atualizações de: Maria Elizabeth Queijo. p. 495.

²⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 40.

²⁶ SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva OAB*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 494.

3 CARACTERÍSTICAS

As medidas cautelares são identificadas e conceituadas a partir de suas características. São características das medidas cautelares, em sentido amplo – também aplicáveis às medidas cautelares patrimoniais: a instrumentalidade; a acessoriedade; a urgência; a cognição sumária; a temporariedade ou provisoriedade; a referibilidade; a não definitividade.

3.1 Instrumentalidade

A medida cautelar é um instrumento que visa assegurar o resultado de uma provável sentença condenatória. Essa probabilidade de eventual sentença condenatória advém da presença do *fumus comissi delicti* ou *fumus boni iuris*, ou seja, a existência de prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

É possível falar também em uma dupla instrumentalidade, instrumentalidade hipotética ou “instrumentalidade ao quadrado”, porquanto o processo é o instrumento do direito material e, por sua vez, a medida cautelar é o instrumento que visa assegurar a eficácia do resultado advindo ao fim do processo, sendo, portanto, instrumento desse último, baseada não em uma certeza, mas sim em uma probabilidade de um resultado favorável obtido no provimento jurisdicional principal²⁷.

3.2 Acessoriedade

As medidas cautelares são somente acessórias, ou seja, não possuem um fim em si mesmas, porquanto dependem de um provimento principal que declare a inocência ou culpa do acusado²⁸.

É necessário assinalar que embora a característica da acessoriedade gere a impressão de que há um processo principal e outro cautelar (autônomo), inexistente processo cautelar ou mesmo ação cautelar no âmbito do processo penal. A razão da inexistência de um processo penal cautelar é que boa parte das medidas cautelares são pleiteadas mediante simples

²⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 83.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*....., p. 989.

requerimento, muitas inclusive podem ser decretadas de ofício pelo magistrados, assim como não inauguram uma nova relação jurídica processual²⁹.

3.3 Urgência

A medida cautelar visa afastar uma situação que acarreta um perigo atual e concreto em relação a um direito tutelado³⁰.

A urgência advém do fato de que o decurso do tempo pode acarretar a ineficácia do resultado final do processo. Especificamente em relação às medidas cautelares patrimoniais, significa que a demora no provimento principal pode causar a alteração do estado de fato do patrimônio do imputado, eis que ele pode se desfazer, dissimular ou ocultar o patrimônio, antes do resultado final do processo.

3.4 Sumariedade

A sumariedade possui dois âmbitos: um formal e outro material.

Quanto ao âmbito formal, relaciona-se à simplificação do procedimento e a postergação do direito de defesa daquele que tem o patrimônio constricto³¹. Assim, o contraditório e a ampla defesa serão diferidos.

No âmbito material, significa que a medida cautelar patrimonial é deferida com base em cognição sumária, e não exauriente. Dessa forma, o juiz decide com base na aparência, e não na existência do direito.

3.5 Temporariedade ou Provisoriedade

A tutela cautelar é provisória, porquanto sobrevindo a decisão principal no processo de conhecimento ou outro motivo que a torne desnecessária, ela deixa de vigorar.

Há quem entenda que o termo temporariedade é o único correto, porquanto o conceito de temporário está relacionado a uma duração certa, no caso, à duração do processo,

²⁹ BADARÓ, Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Crimes Econômicos e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série GV Law. p. 148.

³⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 86.

³¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 88.

ao contrário do termo provisório, relacionado a uma situação que é alterada pela ocorrência de um evento superveniente. Nesse sentido:

Entende-se por *temporiedade* a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo – seja ao direito material que o processo visa garantir, seja ao próprio processo. Dessa maneira, nasce para durar um certo tempo, que é o tempo da tramitação do processo. Depois de cumprir essa sua função, é substituída por uma medida definitiva³².

Por outro lado, há aqueles que defendem o uso da terminologia provisoriedade como a única correta, visto que as medidas cautelares cessam em função da ocorrência de um evento sucessivo, e não do mero transcurso do tempo³³.

De qualquer forma, os dois termos apresentam significados gramaticais idênticos, no sentido da ausência do caráter permanente, razão pela qual nos parece correto o emprego das duas terminologias^{34 35}.

3.6 Referibilidade

A referibilidade no campo do Direito Processual Civil significa que a medida ou tutela cautelar deve sempre referir-se a um direito assegurado.

Para o campo processual penal essa característica adquire conteúdo próprio. A medida cautelar tutela o direito estatal de punir, e, no caso das medidas cautelares patrimoniais, o interesse no ressarcimento do dano, por parte do ofendido.

Ademais, no processo civil, a medida ou tutela cautelar pode ocorrer independente de um processo de conhecimento, como por exemplo, na hipótese de uma tutela cautelar deferida em sede de processo de execução. De outro lado, no processo penal a medida cautelar se refere sempre ao processo de conhecimento, ou seja, exclusivamente ao caso penal.

3.7 Não definitividade

³² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 91.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*....., p. 990-991.

³⁴TEMPORÁRIO. In: CALDAS AULETE: *Dicionário on-line*. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/tempor%C3%A1rio>> Acesso em: 20. agosto. 2018.

³⁵PROVISÓRIO. In: CALDAS AULETE: *Dicionário on-line*. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/provis%C3%B3rio>> Acesso em: 20. agosto. 2018.

No processo penal a tutela cautelar não tem aptidão para produzir coisa julgada material, somente a coisa julgada formal, conforme leciona João Gualberto Garcez RAMOS:

A incapacidade de gerar a coisa julgada material ocorre, de fato, porque ela não se estende à totalidade do conflito de interesses, mas *também ocorre* porque a finalidade da tutela cautelar é distinta da finalidade do processo de conhecimento [...] O fato é que uma das características da tutela cautelar é sua incapacidade de gerar a coisa julgada material, no sentido de que ela não define, no plano cognitivo, o caso a ser julgado no processo penal de conhecimento³⁶.

³⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 91-93.

4 PRESSUPOSTOS GERAIS

São dois os pressupostos gerais das medidas cautelares patrimoniais, quais sejam, o *fumus commissi delicti*, também denominado de *fumus boni iuris*, e o *periculum in mora*.

4.1 *Fumus Commissi Delicti* ou *Fumus Boni Iuris*

O pressuposto do *fumus boni iuris* está intrinsecamente relacionado à urgência da tutela cautelar, ou seja, à existência de um perigo de dano irreparável ao direito tutelado. Dado esse perigo, a medida cautelar é decretada com base “num juízo de simples verossimilhança”³⁷ ou de probabilidade. Dessa forma, o julgador decide com base na aparência do direito, e não na certeza de sua existência. Essa possibilidade decorre do fato de que, assumindo o Estado a função de solucionar os conflitos existentes, bem como de garantir os direitos por ele mesmo criados, assume ele a obrigação, ou mesmo o poder-dever de

[...] oferecer proteção imediata que seja capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente, cuja existência, porém, não fora ainda constatada pelo juiz, terá de oferecer proteção, contentando-se com a simples probabilidade de existência do direito protegido, dado que essa tutela, em virtude da *urgência circunstancial*, impedirá que o magistrado forme seu convencimento com base numa investigação probatória exauriente³⁸.

No processo penal, parte da doutrina entende que a terminologia *fumus boni iuris* não é adequada, visto que o delito é a antítese ou a negação do próprio direito. Dessa forma, seria mais adequado se utilizar a expressão *fumus commissi delicti*, em razão de que para a decretação da existência de uma medida cautelar, seja de qualquer ordem (pessoal, patrimonial) é necessária a “fumaça” da existência de um delito e não de um direito. A explicação é coerente, sendo possível adotar tal terminologia. Por outro lado, o termo *fumus boni iuris* não se mostra de todo inadequado, porquanto a “fumaça do bom direito” pode ser perfeitamente explicável como a possibilidade da existência do direito de aplicação da pena, por parte do Estado, bem como pelo direito, por parte do ofendido, ao ressarcimento ou compensação pelo dano causado pelo delito.

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3.ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar (tutela de urgência). p. 79.

³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*., p. 18.

Se, para o campo do processo civil, não é possível delimitar especificamente o conteúdo da aparência do direito, em razão de que os direitos tutelados são inúmeros e diversificados, no campo do processo penal é possível fazê-lo. Tendo o processo penal como objeto unicamente o delito, a aparência do direito de punir ou do direito à reparação do dano existe quando presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, eis que sem a comprovação da existência do fato criminoso e/ou ausente indícios que permitam a identificação de um autor determinado, inexistente a possibilidade de aplicação da sanção penal e, conseqüentemente, de reparação pelo dano causado.

Portanto, tanto a expressão *fumus boni iuris* quanto a terminologia *fumus commissi delicti* se mostram adequadas, podendo ambas serem utilizadas sem pena de incorrer em erro técnico.

4.2 *Periculum In Mora*

O pressuposto *periculum in mora* é um conceito advindo do processo civil, o qual significa que o tempo decorrido durante o processo poderia acarretar um perigo de dano irreparável ao direito tutelado.

No campo do processo penal, parte da doutrina tem afirmado que a expressão *periculum in mora* é inadequada ao processo penal, sendo mais correto se falar em *periculum libertatis*, porquanto não é a demora no curso do processo que acarreta um perigo de dano ao resultado útil do processo, mas sim, a liberdade do imputado, seja por risco à ordem pública, conveniência da instrução criminal, receio de fuga etc.

Reconhece Aury LOPES JR., entretanto, que “tal conceito se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Sem embargo, nas medidas coercitivas pessoais, o risco assume outro caráter”.³⁹

Certo é que o pressuposto do *periculum in mora* é uma construção doutrinária, sem previsão legal no CPP, o qual somente exige a presença do *fumus boni iuris* para a decretação das medidas assecuratórias. Pode ser a ausência de previsão legal que tem levado percentual significativo de magistrados a não considerarem esse requisito como necessário para a

³⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 584.

decretação de medidas cautelares patrimoniais, conforme demonstra pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas⁴⁰:

GRÁFICO 1 – Percentual de magistrados que exigem a presença de *periculum in mora* para aplicação de medidas assecuratórias⁴¹

PODER JUDIÁRIO - EXIGE PRESENÇA DE PERICULUM IN MORA?



Por outro lado, a doutrina e os tribunais superiores têm se posicionado favoravelmente à exigência do *periculum in mora* para a decretação das medidas assecuratórias.

Pensamos ser possível adotar uma posição intermediária, tomando como base a espécie de medida cautelar patrimonial pleiteada.

Quanto ao sequestro, é defensável que seja desnecessário a presença e comprovação do *periculum in mora*. Tal conclusão advém do fato de que essa medida recai sobre bens ilícitos. Assim, se o sujeito transformou o produto do crime em outro bem (provento ou proveito), há um forte indicativo (presunção) – não se diga que o processo penal não admite nenhuma forma de presunção, pois conforme será abordado em um dos itens infra, é admissível – de que, no curso do processo ou da investigação, o imputado buscará ocultar, dissimular ou dilapidar o patrimônio adquirido com a prática da infração penal, a fim de encobrir a origem espúria do bem.

⁴⁰ AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). *Medidas assecuratórias do processo penal*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 25). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 18. agosto. 2018. p. 22.

⁴¹ O gráfico considera os anos de 2008 e 2009, abrangendo dados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª regiões, Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal, Maranhão e Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao arresto e à hipoteca legal, como recaem sobre bens lícitos, inexistem qualquer presunção de que o réu irá dilapidar ou ocultar o patrimônio a fim de evitar o ressarcimento do dano ou o pagamento de multa e custas judiciais. Dessa forma é indispensável a comprovação do *periculum in mora*, ou seja, do risco que a demora do provimento jurisdicional acarretará ao resultado útil do processo.

É mister da acusação demonstrar que o imputado efetivamente tenha a intenção de dilapidar, ocultar ou dissimular seu patrimônio, como por exemplo, um anúncio de venda de bens, uma transferência a um familiar, dentro outros indicativos.

PARTE II - MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS EM ESPÉCIE

O Código de Processo Penal dispõe nos arts. 125 a 144-A sobre as denominadas “medidas assecuratórias”, as quais são, conforme exposto no início do trabalho, medidas cautelares de caráter patrimonial.

Dentre as medidas previstas, encontram-se: sequestro de bens imóveis (arts. 125 a 131); sequestro de bens móveis (art. 132); especialização e registro da hipoteca legal (arts. 134 e 135); arresto de bens imóveis prévio à especialização da hipoteca legal (art. 136); arresto subsidiário de bens móveis (art. 137)⁴².

1 SEQUESTRO DE BENS

1.1 Origem

O sequestro é um instituto jurídico que tem origem no Direito Romano⁴³. Nesse ordenamento jurídico, constituía o sequestro uma forma de depósito, ou seja, depositava-se a coisa, sobre a qual havia dúvida acerca da propriedade, em poder de terceiro, a fim de conservá-la, porquanto se ficasse em mãos de um dos litigantes haveria possibilidade de perda ou deterioração.

POLASTRI também identifica a origem do instituto no Direito Romano, assinalando o mesmo sentido do autor acima “A origem do instituto vem do Direito Romano, onde era forma de depósito, para fins judiciais, visando à conservação da coisa litigiosa até o fim da demanda”⁴⁴.

1.2 Conceito

A medida assecuratória de sequestro encontra-se regulamentada nos arts. 125 a 133 do Código de Processo Penal, subdividindo-se em sequestro de bens imóveis e móveis. O legislador que concebeu o CPP de 1941 operou verdadeira confusão conceitual quanto à utilização dos termos arresto e sequestro.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*..., p. 1112.

⁴³ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar* ..., p. 516-517.

⁴⁴ POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 139.

É certo que as medidas cautelares patrimoniais de sequestro e arresto têm origem no direito processual civil. Nesse campo, o arresto visa “assegurar a realização da futura penhora em execução por quantia certa, quando houver risco ao resultado útil do processo, isto é, quando exista fundado receio de que ocorra uma diminuição patrimonial daquele que será executado”⁴⁵. Assim, “Consistirá na apreensão dos bens do patrimônio da parte requerida necessários para assegurar a efetividade da futura execução judicial”⁴⁶.

Por outro lado, o sequestro “é uma medida cautelar que serve para assegurar a realização de futura execução para a entrega de coisa, incidindo sobre bem determinado, não sobre obrigação de pagar quantia em dinheiro”⁴⁷. Dessa forma, a distinção entre essas duas espécies de medida cautelar patrimonial reside no fato de que “enquanto no arresto cautelar basta assegurar um montante para futura execução, no sequestro pretende-se o bem em si ou a preservação de coisa certa, cuja entrega *in natura* é almejada pelo requerente”⁴⁸.

Além da distinção relativa à especificidade do bem objeto da constrição judicial, há uma outra, relacionada à controvérsia acerca da propriedade, posse ou domínio da coisa:

Em sentido amplo sequestro é a apreensão de coisas determinadas para assegurar o julgamento sobre o domínio ou a posse dessas coisas, colocando-as em depósito para que possam ser entregues ao vencedor da demanda, em bom estado de conservação. No entanto, no processo civil essa medida é mais assegurativa do processo de execução, uma vez que apreende-se a coisa com a finalidade de entregá-la ao seu legítimo dono, na conclusão do processo de conhecimento condenatório. Importa, assim, para o detentor da coisa num desapossamento, mas ficando garantida a intangibilidade dela até o fim do processo principal⁴⁹.

A partir dessa conceituação e diferenciação, fica claro que o art. 125 do CPP, o qual dispõe que “Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”, contém uma imprecisão tanto terminológica quanto conceitual. É que a medida aí prevista, embora recaia sobre bem determinado, na verdade trata-se de arresto; por um lado, a constrição judicial a ser decretada sobre o imóvel adquirido pelo imputado com os proventos (proveitos) da infração não visa assegurar uma futura execução de entrega de coisa; ou seja, não intenciona a futura entrega do bem imóvel ao ofendido ou ao Estado, mas sim, impossibilitar que o indiciado ou acusado

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de Processo Civil Completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Não paginado.

⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de Processo Civil Completo*...., não paginado.

⁴⁷ CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de Processo Civil Completo*...., não paginado.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de Processo Civil Completo*...., não paginado.

⁴⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*., p. 516.

desfrute de um bem adquirido em razão da prática criminosa (conforme art. 91, II, “b” do CP), bem como assegurar a indenização ou ressarcimento do dano causado pelo delito (conforme art. 91, I do CP e art. 133 do CPP); por outro, não há dúvida ou controvérsia acerca da propriedade do imóvel, aspecto essencial à caracterização do sequestro.

Não obstante essa imprecisão presente no CPP, para a sistemática do Código, o sequestro é a medida cautelar patrimonial “cabível quando demonstrado que os bens adquiridos são produtos do crime ou foram adquiridos com o proveito da prática delituosa”⁵⁰.

1.3 Sequestro de bens imóveis

A regra da medida cautelar patrimonial de sequestro é a incidência sobre bens imóveis. Dispõe o art. 125 do CPP que “Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

Caberá o sequestro do imóvel tanto se ele constituir o produto quanto o proveito da infração penal. É importante uma distinção entre o que seja produto ou proveito da infração.

O produto da infração compreende “o resultado útil imediato da operação delinqüencial: bens, ou bem, produzidos pela indústria do infrator. Aqueles, que por causa do delito, foram ter às mãos do delinqüente, como o veículo furtado e o dinheiro roubado”⁵¹. Assim, o produto do crime passa a integrar o patrimônio do imputado com a característica da ilicitude. Por outro lado, o provento ou proveito do crime “não entra no patrimônio do criminoso de forma típica, mas, ao contrário, de forma perfeitamente lícita; é a causa remota da aquisição que está viciada”⁵².

Se a coisa constitui o produto da infração, a regra é que seja objeto de busca e apreensão, medida prevista no art. 240 do CPP. Contudo, se o imóvel for o produto do crime, é logicamente impossível que seja realizada a busca e apreensão, razão pela qual a medida adequada é o sequestro.

1.3.1 Objeto

⁵⁰ POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*..., p. 140.

⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência* ..., p. 289.

⁵² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência* ..., p. 289.

O objeto da medida cautelar patrimonial de sequestro compreende os imóveis adquiridos em decorrência de vantagem econômica auferida com a prática de infração penal (*e.g.* agente pratica um delito de roubo e, com o montante roubado adquire um imóvel).

Como exposto anteriormente, embora um imóvel possa constituir o resultado direto do crime (*e.g.* agente, mediante o delito de estelionato, faz com que a vítima lhe transfira um imóvel), *a priori* não enquadrando-se na previsão legal do art. 125 do CPP, é plenamente possível que seja constrito judicialmente mediante o sequestro, porquanto é materialmente impossível realizar busca e apreensão quando o produto do crime compreender um imóvel.

Somente é possível que a medida de sequestro recaia sobre os bens que possuam estreita relação com o delito investigado ou processado no provimento jurisdicional principal, em razão do critério da referibilidade. Nesse sentido, afirma RAMOS que

[...] a medida cautelar penal é referível também no sentido de que se liga somente ao processo de conhecimento no bojo do qual é requerida. A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam exclusivamente ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato criminoso etc. Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar⁵³.

Assim, não é possível que o sequestro recaia sobre bens auferidos ilicitamente pelo agente caso o delito investigado ou processado não constitua a origem direta ou indireta do bem, ou seja, o delito objeto do provimento principal é X e o bem foi obtido mediante a prática do delito Y. É necessário sempre a referibilidade ao processo ou a investigação.

1.3.2 Pressuposto específico: indícios veementes da proveniência ilícita dos bens

A expressão utilizada pelo legislador no art. 126 do CPP é imprecisa, porquanto indícios veementes não contém um conteúdo preciso delimitado. Conforme assinala Fauzi Hassan CHOUKR “larga parte da estrutura do Código de Processo Penal, no que tange às medidas (*rectius*: ação) cautelares, funda-se em expressões “porosas”, completadas a critério do operador do direito no caso concreto. Mais uma vez isso se apresenta com a expressão

⁵³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*, p. 94.

“indícios veementes”.⁵⁴ Por indícios veementes, parte da doutrina entende que deve a acusação demonstrar a elevada probabilidade de uma sentença condenatória⁵⁵.

Não nos parece a interpretação mais adequada, porquanto a elevada probabilidade é na verdade o requisito da própria sentença condenatória; ainda que se fale em certeza para além de dúvida razoável, o que existe é uma elevada probabilidade de que o réu tenha cometido o delito, jamais certeza. Nesse sentido, os indícios veementes da proveniência do delito parecem referir-se ao nexos causal existente entre os bens passíveis de sequestro e a ocorrência do delito⁵⁶. Dessa forma, a ausência desse pressuposto obsta a incidência do sequestro em bens preexistentes, ou seja, adquiridos pelo imputado anteriormente à prática criminosa.

Há uma diferença de grau da exigência de “indícios suficientes de autoria” em relação a de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, essa última, prevista para medida a cautelar patrimonial de sequestro. A expressão indícios suficientes se relaciona a uma ordinária probabilidade, ao contrário da terminologia “indícios veementes” que parece indicar uma elevada probabilidade.

O problema que se apresenta é que a elevada probabilidade, em última análise, é o que se denomina certeza (ou ausência dela), obtida ao final do processo, porquanto não há realmente certeza. Tal problema merece maior estudo por parte da doutrina, refletindo-se acerca dos *standards* probatórios. De qualquer forma, “Do ponto de vista terminológico, parece claro que *indícios suficientes* indicam um *standard* probatório menor do que o de *indícios veementes*”⁵⁷.

Não obstante, a jurisprudência tem associado o conceito de indícios veementes à presença de denúncia ou de inquérito, majoritariamente, conforme demonstra o gráfico oriundo de pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas⁵⁸:

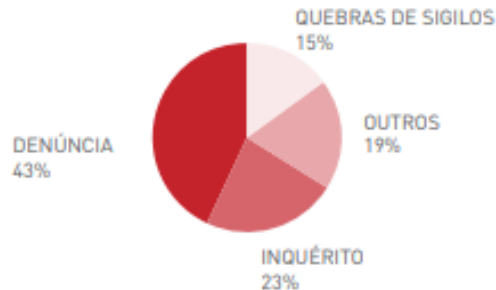
⁵⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários...*, p. 332.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1114.

⁵⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 708-709.

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 360.

⁵⁸ AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). *Medidas assecuratórias do processo penal*., p. 19.

GRÁFICO 2 – Conceito de indícios veementes⁵⁹**PODER JUDIÁRIO - CONCEITO DE INDÍCIOS VEEMENTES**

1.3.3 Requerimento do sequestro: sujeitos legitimados

Dispõe o art. 127 do CPP que “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”.

Não parece adequado que o juiz possa decretar a medida de ofício, sob risco de violação da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório. Trata-se de um raciocínio lógico, na medida em que, se o juiz decreta de ofício o sequestro, é indicativo de que ele vislumbrou a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, voltando toda a sua atuação no curso do processo a comprovar a origem ilícita dos bens constritos.

O aludido dispositivo legal também se refere à possibilidade da medida ser decretada em função de requerimento do ofendido. Embora o dispositivo não tenha previsto expressamente, a intervenção do ofendido se dá mediante a atuação do assistente da acusação, regulada nos arts. 268 a 273. Nesse sentido, a mudança trazida pela Lei nº 12.403/11 corrobora essa interpretação, porquanto realizou alteração no art. 311 do CPP, possibilitando ao assistente da acusação requerer a medida cautelar de prisão preventiva.

⁵⁹ O gráfico considera os anos de 2008 e 2009, abrangendo dados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª regiões, Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal, Maranhão e Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Portanto, se é permitido o requerimento, por parte do assistente, de prisão preventiva, a qual constitui uma medida que causa um gravame maior ao acusado, não há óbice ao requerimento de medida cautelar patrimonial formulado pelo assistente da acusação.

A representação da autoridade policial para a decretação da medida cautelar patrimonial de sequestro não se mostra compatível com o processo penal brasileiro, na medida em que converte o delegado de polícia em parte, contrariando o disposto no art. 129, I da CF, que determina a função privativa de promoção da ação penal pública por parte do Ministério Público. Também corrobora essa opinião ACCIOLY, afirmando que a autoridade policial “não pode requerer a providência, mas somente “fazer ver em exposição fundamentada (representação) a conveniência da cautela”, deixando a cargo do parquet o pedido, tendo em vista que sem a participação do MP estar-se-ia à frente de um possível deferimento de ofício pelo juiz, o que se traduz em medida inconstitucional”.⁶⁰

1.3.4 Procedimento

O sequestro poderá ser decretado durante qualquer fase da persecução penal, ou seja, tanto durante o curso da investigação preliminar quanto do processo, conforme determinação legal do art. 127 do CPP.

A medida cautelar de sequestro deve ser processada em autos apartados, nos termos do art. 129, a fim de não tumultuar a instrução processual principal. Nesse sentido, o sequestro é tratado pela doutrina como uma questão ou processo incidente, em razão de que não inaugura uma nova relação jurídica processual, mas tão somente constitui uma questão eventual surgida no decorrer do processo e que deve ser resolvida separadamente, no próprio juízo competente para o julgamento da causa penal. Por outro lado, BRITO, FABRETTI e LIMA assinalam que trata-se realmente de um processo:

Os processos incidentais – assim como todo processo – têm um objeto próprio a ser resolvido e, portanto, devem ser autuados à parte do processo principal. Enquanto este tem por objeto o fato e a autoria, os processos incidentais dizem respeito a objetos próprios – têm seu próprio mérito – e que por terem alguma relação com o fato criminoso acabam sendo discutidos pelo juiz criminal da causa. Por isso são chamados de incidentais (de incidir, cair em cima). E já que possuem objeto próprio,

⁶⁰ ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As Medidas Cautelares Patrimoniais na Lei de Lavagem de Dinheiro*. Curitiba, 142p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 65.

a denominação de processo está correta, já que não serão apenas meros procedimentos no processo principal⁶¹.

Após a decretação do sequestro, deve ocorrer a inscrição da medida cautelar no Registro de Imóveis competente do local onde se situa o imóvel, conforme disposto no art. 128 do CPP.

Não há previsão específica acerca do que deve ocorrer com o acusado possuidor do imóvel, se é necessário que seja ou não desapossado do bem imóvel. Segundo BADARÓ, “no caso de bens imóveis, adquiridos como o proveito da infração, se a finalidade da medida é a futura venda em leilão (CPP, art. 133, caput), para posterior ressarcimento do lesado ou terceiro de boa-fé (CPP, art. 133, parágrafo único), não há problema em que, durante a medida, o próprio acusado, titular do imóvel, fique na posse do bem”⁶². Essa interpretação é adequada, porquanto o imóvel, embora adquirido de forma ilícita, por conta de um vício na origem, não necessita ser restituído a um legítimo proprietário, mas tão somente levado a leilão no futuro a fim de ressarcir os danos ou ocorrer a perda em favor da União.

Contudo, no caso de o imóvel constituir o produto da infração penal (*e.g.* estelionatário faz com que a vítima lhe transfira o bem), é necessário que o acusado seja desapossado do bem, em razão de que nessa situação há obrigação de restituir o imóvel a um legítimo proprietário.

O meio de defesa adequado contra a medida cautelar patrimonial de sequestro são os embargos do acusado ou embargos de terceiro. Esse último se subdivide em embargos de terceiro de boa-fé e embargos de terceiro estranho ao processo.

Os embargos do acusado possuem fundamento no art. 130, I do CPP. O dispositivo legal, de forma equivocada, aduz que os embargos do acusado devem ser interpostos sob “o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração”. *A priori*, portanto, a defesa nesse procedimento seria destinada a demonstrar a inexistência de nexos causal entre a infração penal e o bem adquirido. Não é essa a interpretação adequada. A defesa nos embargos do acusado também admite que se demonstre a inexistência do próprio delito, a partir da ausência de provas da existência do fato típico, ou mesmo não ter sido o acusado o autor do delito (ausência de provas de autoria). Ademais, também é possível serem

⁶¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 331.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*., p. 1116.

alegadas “matérias processuais, como a incompetência do juiz que decretou a medida, a ilegitimidade de quem a requereu, ocorrência de litispendência, em face da existência de outro pedido já em curso etc”⁶³.

Os embargos do terceiro de boa-fé encontram-se previstos no art. 130, II do CPP. O fundamento desse meio de defesa deve ser a ausência de consciência acerca da proveniência ilícita do bem. A “alegação de boa-fé pressupõe a aquisição a título oneroso, uma vez quem em se tratando de doação, não se admitirá tal alegação”⁶⁴. Não obstante, a negligência durante a compra do imóvel não pode ser alegada para o fim de embargar a medida cautelar patrimonial de sequestro:

Se há negligência, tornando culposos o erro ou a ignorância, não se pode escusar o ato, sob pretexto de boa-fé. Assim, quem adquire os produtos da infração ou proventos do crime, ao infrator, que pede ou aceita preço vil, não age de boa-fé, pois não é acolhível a sua pretensão de não ter desconfiado da procedência ilícita dessas coisas. Não vinga, igualmente, a invocação de boa-fé, quando são adquiridos bens a um indivíduo, cuja situação financeira torne patente a impossibilidade de serem tais bens propriedade sua, oriunda de fonte legítima, ou quando esses bens sejam de um grande valor, incompatível com o estado precário das finanças do transmitente. Não basta a ignorância sobre a verdadeira situação deste último, é preciso também que não ocorram motivos para suspeitar da má procedência dos objetos⁶⁵.

Por fim, também há os embargos de terceiro estranho ao processo, os quais podem ser interpostos nas situações em que o bem de sua propriedade tenha sido constrito por erro (seja na proposição ou na efetivação do sequestro).

Como inexistente procedimento específico para os embargos do acusado e do terceiro de boa-fé, aplicam-se por analogia as disposições do Código de Processo Civil atinentes aos embargos de terceiro (arts. 674 a 681).

Caso sobrevenha sentença condenatória, deve ser realizado leilão no próprio juízo responsável pelo julgamento do provimento jurisdicional principal, conforme determinação legal do art. 133 do CPP, sem necessidade de remessa dos autos para o juízo cível.

Os valores obtidos com a venda dos bens de proveniência ilícita não podem ser empregados no pagamento de pena pecuniária e custas judiciais, porquanto, se o objetivo da medida é justamente evitar que o réu usufrua do proveito obtido em decorrência do delito, se fossem tais valores utilizados para pagamento de custas e multa, “estariam sendo pagas com o

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*..., p. 1121.

⁶⁴ POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*..., p. 145.

⁶⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*..., p. 522.

resultado do crime, e não com o patrimônio do condenado que, se existente, não seria alcançado pelo estado na execução da punição penal, já que o sequestro deve incidir sobre os bens adquiridos com os proventos da infração, e não sobre bens de origem lícita”⁶⁶.

Por fim, o art. 131 do Código de Processo Penal determina o levantamento do sequestro em três hipóteses: (I) se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência; (II) se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, b, segunda parte, do Código Penal (atual art. 91, II, “b” do CP); (III) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

Quanto ao último requisito, descuidou o legislador de compatibilizar tal dispositivo com a reforma introduzida pela Lei nº 11.690, de 2008, a qual modificou o art. 386 do CPP, dispondo no parágrafo único, inciso II que “Na sentença absolutória, o juiz: ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas”. Logo, a sentença absolutória proferida em primeiro grau já acarreta a necessidade de levantamento da medida cautelar patrimonial de sequestro, sem a obrigação de se aguardar o trânsito em julgado da sentença absolutória.

1.4 Sequestro de bens móveis

A medida cautelar patrimonial de sequestro, além da possibilidade de incidir sobre bens imóveis, forma mais típica dessa cautelar, também pode recair em bens móveis, conforme redação do art. 132 do CPP, que assim dispõe “Proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro”.

O regime é o mesmo daquele previsto para o sequestro de bens imóveis, havendo a necessidade de existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, porquanto o art. 132 faz referência ao art. 126 do CPP.

O sequestro de bens móveis tem “um requisito negativo de não ser cabível a busca e a apreensão da coisa sequestrada”⁶⁷. Dessa forma, caso o objeto compreenda o produto direto do delito, se deve buscar a busca e a apreensão do mesmo (regulado nos arts. 240 e seguintes

⁶⁶ CÂMARA, Luiz Antônio; LEARDINI, Márcia. Breves Considerações sobre o Sequestro no Processo Penal Brasileiro. In: *Revista Jurídica - UNICURITIBA*. v. 27. n.11. p. 92-118. 2011. p. 97.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*..., p. 1113.

do CPP), em razão de que, além do possível ressarcimento à vítima ou a perda em favor da União, ela constitui elemento integrante do corpo de delito do crime investigado ou processado. Dito de outra forma, “Só cabe sequestro quando não couber busca e apreensão e vice-versa, pois a primeira recai sobre o produto indireto (proventos do crime) e a segunda, sobre o produto direto (o próprio corpo de delito)”⁶⁸.

1.5 Sequestro subsidiário: art. 91, § 2º, do Código Penal

Como visto acima, o sequestro incide sobre os bens móveis e imóveis que compreendam o proveito da infração penal, ou seja, cuja origem é espúria. Contudo, com o advento da Lei nº 12.694, de 2012, introduziu-se uma nova modalidade de sequestro no sistema processual penal brasileiro.

Dispõe o art. 91, § 1º do CP, com a redação dada pela legislação acima mencionada “Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”. Ainda, previu a legislação, em seu § 2º, que “Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda”.

Há aqui um misto de sequestro e arresto, porquanto embora não se destine à reparação do dano, casos da especialização e registro da hipoteca legal e do arresto, incide sobre os bens lícitos do acusado, porquanto não foram encontrados os produtos ou proveitos do crime, conquanto o sequestro incide sobre bem de proveniência ilícita. Como a finalidade dessa medida assecuratória é garantir o perdimento, mais adequado é denominá-la sequestro subsidiário, esse último termo referindo-se ao fato de que somente é possível sequestrar bens equivalentes quando não forem encontrados ou se localizarem no exterior os produtos ou proventos do delito.

⁶⁸ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*...., p. 715.

2 ESPECIALIZAÇÃO E REGISTRO DA HIPOTECA LEGAL

2.1 Conceito

A hipoteca “consiste em direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal. Como todo direito real, tem ela um caráter absoluto, vigorando contra todos (*erga omnes*) e acompanhando a coisa pelas mutações por que passa. Sua significação exata é dar em garantia”⁶⁹. Compreende um gravame incidente sobre um bem imóvel, a fim de garantir o pagamento da dívida por parte do devedor. Dessa forma, o bem imóvel não pode ser alienado, porquanto visa garantir a satisfação da dívida contraída. Pode decorrer da vontade entre duas partes, caso da denominada hipoteca convencional; de ordem judicial, denominada hipoteca judicial; ou de disposição legal, caso da denominada hipoteca legal⁷⁰.

A hipoteca em favor do ofendido preexiste por força da lei, porquanto dispõe o art. 1.489, III, do Código Civil, que “A lei confere hipoteca: III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais”. Em razão de sua preexistência por conta de determinação legal, o conteúdo da medida cautelar patrimonial não é a hipoteca em si, mas sim, a especialização e o registro desse direito de garantia real⁷¹. Nesse sentido, a hipoteca somente surge no mundo jurídico a partir da inscrição:

A hipoteca penal existe *ex vi legis*. Contudo, para que nasça para o mundo do direito como um gravame aos bens do imputado – e, de consequência, como uma forma de garantia à posição jurídica do credor, é preciso que seja inscrita no registro de imóveis. Trata-se, aliás, de uma característica dos direitos reais cujo objeto seja um bem imóvel. *Pontes de Miranda* ensina que “a hipoteca somente existe, como direito real, a partir da inscrição”. Para depois acrescentar que “não há direito real de hipoteca antes da inscrição. Não se poderia dizer que a hipoteca legal é modo de aquisição da hipoteca. A inscrição da hipoteca legal é que o é”⁷².

Essa medida assecuratória possui uma dupla função; por um lado, assegurar a reparação do dano causado pelo delito (art. 91, I do CP); por outro, garantir o pagamento de eventual pena pecuniária e das custas judiciais (art. 140 do CPP).

⁶⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*..., p. 525-526.

⁷⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*..., p. 525.

⁷¹ BADARÓ, Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Crimes Econômicos e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série GV Law. p. 157.

⁷² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*..., p. 299.

A doutrina, de forma geral, utiliza as expressões “hipoteca legal”⁷³, “hipoteca penal”, ou a mais comum “especialização da hipoteca”⁷⁴. Essa última é a mais utilizada, sob o argumento de que no processo penal cuida-se apenas do procedimento de especialização da hipoteca legal, sendo a inscrição da mesma regulada pela Lei nº 6.015/73 (arts. 238 e seguintes)⁷⁵. Não é possível acatar tal argumento.

O Código de Processo Penal previu tanto a especialização (art. 135, § 1º ao § 3º) quanto o registro de imóveis (art. 135, § 4º). Embora não tenha pormenorizado o procedimento de registro, o qual é realmente regulado nos aspectos formais pela Lei nº 6.015/73, a ordem de registro é emitida pelo juiz penal, razão pela qual se pode dizer que a terminologia mais correta é especialização e registro da hipoteca legal.

2.2 Objeto

O objeto dessa medida assecuratória é totalmente distinto daquele anteriormente analisado, relacionado ao sequestro. Conquanto nesse somente podem ser constrictos os bens que constituam os proventos da infração, na especialização e registro da hipoteca legal pode ser realizada a constrição legal dos bens imóveis de origem lícita, tanto preexistentes quanto supervenientes ao fato criminoso.

A distinção de objeto advém da finalidade da medida. O sequestro está mais diretamente relacionado ao interesse público, sendo a finalidade principal “assegurar o perdimento ou confisco de bens como efeito da condenação”⁷⁶. Por outro lado, na especialização e registro da hipoteca legal, “o que se tutela é o interesse patrimonial da vítima que pretende, já no curso do processo criminal, garantir os efeitos patrimoniais da eventual sentença penal condenatória”⁷⁷, ou seja, garantir o resultado da ação civil *ex delicto*.

2.3 Requerimento da especialização e registro da hipoteca legal: sujeitos legitimados

⁷³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*..., p. 715

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*..., p. 191; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado; RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*..., p. 296.

⁷⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência*..., p. 299.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*..., não paginado.

⁷⁷ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*..., p. 715.

Dispõe o art. 134 do CPP “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”.

Embora não haja menção aos herdeiros do ofendido, como sujeitos legitimados para o requerimento da especialização e registro da hipoteca legal, a interpretação conjunta com o Código Civil permite a ampliação da capacidade ativa, porquanto esse diploma normativo dispõe, no art. 1.489, III, que a hipoteca legal será conferida “ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais”. Não se pode descuidar que há delitos em que o resultado acarreta justamente a impossibilidade do ofendido em requerer tal medida (*e.g.* homicídio).

Também embora não mencionado, é possível que o requerimento seja formulado pelo representante legal do ofendido, nos casos de crimes cometidos contra incapazes, a partir da interpretação do art. 1.490 do CC, que permite a atuação do representante legal.

O art. 142 do CPP aduz que “Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer”. Quanto à legitimidade do Ministério Público para requerer a medida em favor do ofendido pobre, há quem entenda que a possibilidade foi revogada com o advento da Constituição Federal de 1988, porquanto a atribuição seria da Defensoria Pública, conforme previsão do art. 134 desse diploma normativo⁷⁸. Tal interpretação desconsidera a realidade de que a Defensoria Pública ainda é insuficientemente estruturada nos Estados, impossibilitando o atendimento de tal demanda, sendo melhor considerar que “tal tarefa deve incumbir à Defensoria Pública e que, somente quando ela não estiver suficientemente estruturada naquela comarca, então justificada estaria a excepcional atuação do Ministério Público na tutela do interesse patrimonial do ofendido”⁷⁹.

Ante a ausência de previsão legal, não é possível a decretação *ex officio* pelo magistrado.

2.4 Procedimento

⁷⁸ POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*..., p. 155.

⁷⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal* ..., p. 716.

Há quem entenda que a especialização da hipoteca legal somente pode ocorrer na fase do processo, impossibilitando a especialização na fase do inquérito policial⁸⁰. Tal entendimento advém da interpretação da redação do art. 134 do CPP, a qual dispõe que “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”. Como o dispositivo legal menciona certeza da infração e indícios suficientes da autoria, interpretou-se que já estaria instaurada a ação penal, porquanto o instrumento de investigação preliminar do inquérito policial visa justamente propiciar certeza da infração e indícios suficientes de autoria.

Não nos parece que esse é o entendimento mais adequado, por duas razões. A uma, porque o mesmo artigo menciona a expressão “em qualquer fase do processo”. A expressão aqui parece ter o sentido de “qualquer fase do processo de persecução penal”, a qual compreende tanto o processo judicial quanto a fase de investigação, bem como porque o dispositivo menciona o “indiciado”, o que leva a crer que permite a medida na fase da investigação, porquanto se fosse restrita à fase processual, teria sido utilizada a expressão “acusado” ou “denunciado”. A duas, ligada a uma questão pragmática, em razão de que, se entendido que essa medida somente é cabível na fase processual “o instituto perderá sua natureza de direito real de garantia, podendo não resultar na devida garantia ao ofendido, pois, condicionando-se a medida ao início do Processo – excluída, portanto, a fase de investigação – os bens já poderão ter sido dilapidados”⁸¹.

O procedimento se divide em dois. Primeiro, deve ser realizada a especialização da hipoteca legal, na qual a parte requerente deve indicar o valor estimado da responsabilidade civil, bem como os bens imóveis sobre os quais pretende que recaia o registro da hipoteca legal, conforme dispõe o art. 135, *caput*, do CPP. A especialização da hipoteca legal consiste justamente “na escolha dos bens do patrimônio do imputado que hão de ser destinados à garantia da dívida gerada pelo crime”⁸². O juiz então indica um perito avaliador para realizar a avaliação do valor do imóvel (art. 135, § 2º). Em seguida, deve ouvir as partes no prazo de 02 (dois) dias (art. 135, § 3º). Segundo, determina-se o registro da hipoteca legal sobre os imóveis que correspondam ao valor apurado da estimativa do dano (art. 135, § 4º).

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*..., p. 1113.; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*..., não paginado.

⁸¹ POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*..., p. 157.

⁸² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de* ..., p. 299.

3 ARRESTO

O arresto é a medida cautelar patrimonial prevista nos arts. 136 e 137 do Código de Processo Penal.

3.1 Origem

A doutrina identifica a origem do arresto no Direito consuetudinário medieval, embora naquele período se destinava a impedir a fuga do devedor, recaindo sobre o próprio corpo, e não sobre o patrimônio⁸³. Assinala SILVA que o arresto “teve seu nascimento com o alvorecer da Idade Moderna, para atender às novas exigências da nascente civilização mercantil, formada a partir das cidades da Europa meridional”⁸⁴, acrescentando também a presença de “elementos romanos que indiscutivelmente contribuíram para a sua formação”⁸⁵.

Entretanto, é muito difícil reconhecer que aquele instituto guarda semelhança ou seja realmente a origem do instituto atual, porquanto no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, tem o instituto conotação evidentemente patrimonial, necessitando de ordem judicial para que seja executado, ao contrário do instituto medieval, de caráter predominantemente privado.

3.2. Conceito

O arresto é uma medida cautelar patrimonial que visa constranger o patrimônio móvel e imóvel de origem lícita pertencente ao imputado, a fim de assegurar a reparação do dano ao ofendido, bem como o pagamento a eventual pena de multa e custas impostas na sentença penal condenatória.

3.3 Arresto de bens imóveis prévio à especialização da hipoteca legal

O arresto de bens imóveis é uma medida cautelar patrimonial que antecede a especialização e o registro da hipoteca legal, incidindo assim sobre todos bens imóveis lícitos

⁸³ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar.....*, p. 529.

⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil.....*, p. 218-219.

⁸⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil.....*, p. 218.

do imputado, sendo indiferente o fato de adquiridos anterior ou posteriormente à prática do fato delituoso. Trata-se de uma “pré-cautela relativa à hipoteca legal, visto que é concedido mediante um limite temporal e desde que não se proceda à inscrição imobiliária, dentro do prazo de 15 dias, será a medida revogada”⁸⁶.

3.4 Arresto subsidiário de bens móveis

O arresto de bens móveis é uma medida assecuratória subsidiária, em razão de que causa um gravame maior ao imputado, porquanto ficará ele desapossado da coisa, ao contrário das cautelares patrimoniais que incidem sobre bem imóvel. Nos termos do art. 139 do CPP “O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”.

O processo civil regula essa questão nos art. 159 a 161, dispondo que “A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador”.

3.5 Objeto

O objeto compreende os bens imóveis adquiridos de forma lícita pelo imputado, quando se tratar do arresto que antecede à especialização e registro da hipoteca legal, bem como os bens móveis do imputado, quando for decretado em razão da ausência ou insuficiência dos bens móveis para assegurar a obrigação de reparar o dano e o pagamento das custas judiciais e eventual pena de multa imposta na sentença penal condenatória.

Quando a medida decretada for o arresto subsidiário de bens móveis, os objetos compreenderão os bens móveis penhoráveis, conforme determinação legal do *caput* do art. 137 do CPP. É necessário recorrer ao CPC para verificar quais são os bens passíveis de penhora.

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 833 do referido diploma legal, constata-se que é possível a incidência do arresto sobre todos os bens móveis não elencados naquele dispositivo legal.

3.6 Requerimento do arresto: sujeitos legitimados

⁸⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*...., p. 530.

Os sujeitos legitimados para requerer a medida cautelar de arresto são os mesmos legitimados para a especialização e registro da hipoteca legal, motivo pelo qual aludimos ao tópico 2.3.

3.7 Procedimento

O procedimento segue o mesmo regime jurídico determinado para a hipoteca legal, razão pela qual reportamos ao item 2.4.

4 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Esse segmento do trabalho é destinado à análise das medidas cautelares patrimoniais previstas na legislação penal especial, em particular aquelas que possuem aspectos peculiares, distinguindo-se do regime previsto no CPP. Serão verificadas as medidas assecuratórias previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) e na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

4.1 Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)

A Lei nº 12.683, de 2012, realizou expressivas alterações na Lei nº 9.613, de 1998, estabelecendo um regime com diferenças significativas em relação aquele previsto no capítulo das medidas assecuratórias no Código de Processo Penal. Dispõe o art. 4º da legislação mencionada:

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

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção

§ 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 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.

O legislador não cuidou de evitar os equívocos de atribuir-se ao juiz, de ofício, e à autoridade policial, a capacidade para, respectivamente, determinar e representar pela decretação das medidas assecuratórias. Insistimos que o pedido de decretação somente pode ser realizado pelo Ministério Público, porquanto o magistrado deve manter-se distante da

atividade probatória, bem como a autoridade policial não é parte no processo, assim como a conveniência ou não da medida cabe ao Ministério Público, em razão de que esse último é o titular da ação penal pública, conforme determina o art. 129, I, da Constituição Federal.

Admitida a possibilidade do delegado de polícia requerer a medida, poderia ocorrer a seguinte situação absurda: a autoridade policial representar pela medida, sendo ela decretada e, posteriormente, o órgão ministerial não oferecer a denúncia, por entender não caracterizada a justa causa para a ação penal, ocorrendo um gravame desnecessário ao imputado.

A lavagem de dinheiro é um delito que tem como objetivo “tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se lícito fosse”⁸⁷. Dessa forma, o delito de lavagem de capitais invariavelmente pressupõe um delito antecedente. Nesse último, pode ter ocorrido um dano a um ofendido determinado, o qual necessita que seja realizada a reparação pelo dano causado. É por essa razão que, embora a Lei de Lavagem de Dinheiro não tenha previsto o ofendido como sujeito legitimado para requerer a decretação de uma medida cautelar patrimonial, é plenamente admissível sua legitimidade para tanto.

Corroborando o entendimento acima o fato de que a própria lei dispõe, em seu art. 4º, § 4º, sobre a necessidade de reparação do dano, bem como a disposição contida no art. 17-A, a qual refere-se ao CPP como norma de aplicação subsidiária à Lei nº 9.613/98. Como já foi exposto no presente trabalho, o ofendido figura como parte legítima para requerer as medidas assecuratórias no âmbito previstas no CPP.

A inversão do ônus da prova, predisposta no § 2º do art. 4º, suscita alegações de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Existe quem entenda que a Lei de Lavagem de Dinheiro não realizou a inversão do ônus da prova, mas tão somente

O que se previu foi a possibilidade de concessão de medidas cautelares reais, desde que haja *indícios suficientes* de proveniência ilícita. [...] Por outro lado, para a liberação dos bens sujeitos à medida cautelar será necessário mais do que apenas afastar a fumaça do bom direito. O legislador exige a *comprovação* da licitude dos bens apreendidos. Assim, não basta demonstrar a inocorrência ou o desaparecimento do *fumus boni iuris*, isto é, o desfazimento do juízo de probabilidade – como seria normal em sede de revogação de medidas cautelares –, exigindo-se do acusado que requerer a liberação dos bens a prova – ou seja, juízo de certeza – da proveniência lícita dos bens⁸⁸.

⁸⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*....., p. 362.

Aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo legal, trabalham com o argumento de que não podem ser adotadas presunções desfavoráveis ao imputado no processo penal, bem como que a inversão do ônus da prova viola o princípio dispositivo e o princípio da presunção de inocência. Ademais, a partir da interpretação do art. 156 do CPP, seria possível concluir que o ônus de comprovar a ilicitude do bem seria integralmente da defesa⁸⁹.

Ora, tal argumentação é ilógica na medida em que há situações no processo penal em que há verdadeiras presunções, ainda que com um âmbito de abrangência reduzido. Pode-se citar, como exemplo, a previsão dos denominados flagrante “impróprio ou imperfeito” e o flagrante “presumido ou ficto”, ambos previstos, respectivamente, no art. 301, III e IV, do CPP. O que se tem ali é verdadeira presunção, porquanto mesmo em razão da ausência de certeza visual, ou seja, o sujeito não é visto praticando o ato criminoso, é possível chegar à conclusão de que o agente efetivamente cometeu o delito mediante uma “opinião mental esclarecedora, que leva a luz de uma circunstância provada a outra que permanecia obscura”⁹⁰.

Contudo, é necessário enfatizar que a “inversão do ônus referido pela lei aplica-se somente no que diz respeito à comprovação da licitude dos bens e não em relação à prova do(s) crime(s) de lavagem tipificado(s) na lei. Quanto a este, o ônus evidentemente permanece com a acusação”⁹¹.

A inversão do ônus da prova, assim, não se refere à incidência das medidas cautelares patrimoniais, mas tão somente se circunscreve à liberação dos bens constritos. Dessa forma, para a decretação da medida cautelar patrimonial, continua sendo necessária a presença de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. Somente para a liberação do bem constrito é que a defesa é incumbida do ônus de comprovar a licitude do bem.

A lei se refere aos bens, direitos e valores do acusado ou investigado, razão pela qual se admite a incidência das medidas cautelares patrimoniais nas duas fases da persecução penal. Há também uma evidente ampliação do objeto de incidência das medidas cautelares patrimoniais. Conquanto no CPP, somente os bens móveis e imóveis poderiam ser objeto de perdimento ou servir ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas, decorrentes da

⁸⁹ ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As Medidas Cautelares* ..., p. 116.

⁹⁰ ALMEIDA, Gustavo Bertin de. Os Limites da Presunção no Processo Penal. In: *Revista Liberdades*. São Paulo, nº 03, jan/abril, p. 112-127, 2010.p. 119.

⁹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas,2015. p. 155.

infração penal, no regime da Lei nº 9.613/98, também incluem-se valores ou direitos, em razão de que, considerado o delito de lavagem de direito como a conduta de ocultação ou dissimulação do patrimônio ou de sua origem, é, em muitos casos, mais fácil transformar o produto do crime antecedente em direitos e valores (ações, títulos, dentre outros) do que propriamente bens móveis ou imóveis.

4.2 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

A Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) traz em seu art. 60 a previsão de decretação de medidas assecuratórias, contendo um regime um pouco distinto daquele previsto no Código de Processo Penal. Assim prevê o dispositivo legal:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público 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.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

De plano, verifica-se que o legislador novamente incorreu no erro de possibilitar ao magistrado a decretação de medidas assecuratórias, em flagrante violação ao sistema acusatório ou adversarial, bem como dispôs sobre a possibilidade do delegado de polícia requerer a medida cautelar patrimonial, convertendo a autoridade policial em parte, com capacidade postulatória. De qualquer forma, como mencionado no dispositivo, a medida pode ser proposta tanto na fase da investigação preliminar quanto na fase do processo.

Houve uma ampliação do objeto das medidas cautelares patrimoniais, porquanto no CPP somente incidem sobre bens móveis e imóveis, trazendo o legislador da Lei nº 11.343/06

a possibilidade de incidência sobre valores. À primeira vista, não é possível a decretação sobre direitos do imputado, em razão da ausência de previsão expressa. Contudo, a interpretação sistemática do dispositivo indica tal possibilidade, porquanto os parágrafos terceiro e quarto mencionam a expressão “direitos”, assim como considerado o fato de que não há nenhuma razão de ordem lógica que justifique a possibilidade de medidas cautelares patrimoniais sobre bens e valores, restringindo a incidência sobre direitos. Tratou-se, na realidade, de um lapso ou descuido do legislador que concebeu a lei⁹².

Como a legislação não especifica quais medidas cautelares patrimoniais podem ser adotadas na persecução penal de delitos de tráfico ou conexos, somente enfatizando a apreensão e mencionando a expressão “medidas assecuratórias”, houve quem inferiu que estaria possibilitado aí um poder geral de cautela do juiz⁹³. Não é uma interpretação adequada. O dispositivo legal, embora não especifique quais cautelares patrimoniais poderiam ser adotadas, na verdade nem o precisa fazer, porquanto, por um lado, a expressão “medidas assecuratórias” é utilizada pelo legislador no âmbito do CPP (Título VI, Capítulo VI), e, por outro, a própria lei faz referência ao fato de que deve-se proceder “na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”.

Ademais, inexistente um poder geral de cautela do juiz no processo penal, em razão de que “Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade”⁹⁴, e também à privação do patrimônio.

A questão mais polêmica da lei é a inversão do ônus da prova, prevista nos §§ 1º e 2º. Parte da doutrina tem se manifestado no sentido de que o § 1º “é manifestamente inconstitucional, por transferir ao acusado ou interessado o ônus que pertence, exclusivamente, ao Ministério Público, qual seja: o de provar a ilicitude dos bens adquiridos com a prática do crime de tráfico de entorpecentes. O MP acusa, mas é o acusado quem tem que provar que o produto dito do crime é lícito”⁹⁵.

⁹² RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas Comentada*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 278.

⁹⁴ CAPEZ, Rodrigo. No processo penal não existe o poder geral de cautela. 2017. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>> Acesso em: 22. agosto. 2018.

⁹⁵ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas.....*, p. 225-226.

Não é possível acatar a justificativa acima exposta, porquanto a decretação da medida cautelar patrimonial exige a presença do *fumus commissi delicti*, expressamente mencionando a legislação a presença de “indícios suficientes”, no *caput* do art. 60, razão pela qual estaria presumida, ainda que minimamente, a procedência ilícita dos bens, direitos ou valores constritos. Ademais, mesmo no processo de conhecimento, o ônus da prova não fica totalmente ao encargo da acusação. Por exemplo, a alegação de excludente de responsabilidade criminal (excludentes de ilicitude e culpabilidade) deve ser comprovada pela defesa, incumbindo à acusação apenas a comprovação do fato e suas circunstâncias (art. 41 do CPP). É necessário frisar que a inversão do ônus da prova somente relaciona-se à comprovação do caráter lícito dos bens, direitos e valores, continuando a ser encargo da acusação a colheita e apresentação de provas aptas a comprovar a prática das condutas tipificadas na legislação.

Por fim, há quem entenda que o meio adequado de defesa é o mandado de segurança⁹⁶, o que não nos parece correto. A própria lei faz referência à aplicação dos arts. 125 a 144 do CPP, os quais tratam justamente das medidas assecuratórias. O art. 130, I do CPP prevê os embargos do acusado como instrumento de defesa do imputado. Ademais, a Lei nº 11.343/06 faz referência, nos §§ 1º e 2º, à comprovação da origem lícita do bem constrito, o que se coaduna perfeitamente à matéria delimitada na interposição dos embargos do acusado.

⁹⁶ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas.....*, p. 225.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, podem ser formuladas as seguintes proposições, as quais sintetizam os temas abordados ao longo do presente trabalho:

1. As medidas cautelares patrimoniais têm como fundamento a reparação do dano causado pelo delito, bem como a perda de bens em favor do Estado.

2. A medida cautelar patrimonial de sequestro incide sobre os bens de proveniência ilícita, mormente quanto aos proventos do crime. Em relação aos produtos, só é cabível o sequestro quando incabível a busca e apreensão. Há também a possibilidade de recair sobre bens lícitos, modalidade denominada sequestro subsidiário, prevista no art. 91, § 2º, quando não encontrado o produto ou proveito do delito ou se localizarem no exterior. O fundamento dessa medida é evitar que o agente usufrua das vantagens econômicas advindas da prática criminosa.

3. As medidas cautelares patrimoniais de arresto e especialização e registro da hipoteca legal recaem sobre todo o patrimônio do imputado, incluindo bens lícitos e ilícitos (esses últimos, que não sejam objeto do provimento principal, porquanto, caso sejam, a medida cabível é o sequestro), a fim de garantir a reparação do dano, mediante ressarcimento ou indenização.

4. São requisitos das medidas assecuratórias de especialização e registro da hipoteca legal e do arresto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em razão de que incidem sobre todo o patrimônio do imputado. No caso do sequestro, o qual incide sobre os bens de proveniência ilícita, somente é necessário o requisito do *fumus boni iuris*, porquanto o fato do imputado ter transformado o produto do crime em um proveito acarreta a presunção de que tentará se desfazer do bem no curso do processo ou investigação.

5. A Lei de Lavagem de Dinheiro e a Lei de Drogas trabalham com uma inversão do ônus da prova que é legítima. Para a constrição não existe inversão do ônus, porquanto necessário a presença de indícios suficientes da infração penal e da proveniência ilícita dos bens, somente invertendo-se o ônus para a liberação dos bens constritos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As Medidas Cautelares Patrimoniais na Lei de Lavagem de Dinheiro*. Curitiba, 142p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ALMEIDA, Gustavo Bertin de. Os Limites da Presunção no Processo Penal. In: *Revista Liberdades*. São Paulo, nº 03, jan/abril, p. 112-127, 2010.

AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). *Medidas assecuratórias do processo penal*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 25). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 18. agosto. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Org). *Crimes Econômicos e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série GV Law.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. 2.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. Atualizações de: Maria Elizabeth Queijo.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 331.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CALDAS AULETE: *Dicionário On-line*. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/index.php>> Acesso em: 20. agosto. 2018.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Luiz Antônio; LEARDINI, Márcia. Breves Considerações sobre o Sequestro no Processo Penal Brasileiro. In: *Revista Jurídica - UNICURITIBA*. v. 27. n.11. p. 92-118. 2011.

CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de Processo Civil Completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Não paginado.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade; uma avaliação crítica do modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 93-110.

CAPEZ, Rodrigo. No processo penal não existe o poder geral de cautela. 2017. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>> Acesso em: 22. agosto. 2018.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n.2, 2004, p. 233-269

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DRESCH, Marcia Leardini. *A Reparação do Dano nos Delitos contra a Ordem Econômica e Meio Ambiente e as Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal Brasileiro*. Curitiba, 180p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2011.

FREITAS, Maria Helena D'arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado pelos Danos às Vítimas de Crimes*. Franca, 238p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001.

GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas Comentada*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis Machado. Questões Atuais acerca da Relação entre as Responsabilidades Penal e Civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7.ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I. tomo I

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 473.

SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva OAB*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3.ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar (tutela de urgência).

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. *Direito Penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018.