

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO
EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

LARISSA LEITE

**SOCIEDADE DE RISCO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
ANÁLISE DAS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2008**

LARISSA LEITE

**SOCIEDADE DE RISCO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
ANÁLISE DAS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Sánchez Ríos.

**CURITIBA
2008**

LARISSA LEITE

**SOCIEDADE DE RISCO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
ANÁLISE DAS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Sánchez Ríos.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rodrigo Sánchez Ríos
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Professor Doutor Jacinto Nelson Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Professor Doutor Luiz Antônio Câmara
Centro Universitário - UNICURITIBA

Curitiba, 27 de fevereiro de 2008.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao Professor Doutor Rodrigo Sánchez Ríos, pela orientação generosa, pela confiança e pela aposta às escuras feita neste trabalho.

Aos Professores Doutores Flávia Cristina Piovesan, Francisco Carlos Duarte, Luiz Alberto Balnchet e Vladimir Passos de Freitas, pelas inspiradoras reflexões.

A Jefferson H. A., pelas horas de digitação e pelo amável companheirismo.

A Dorival L., pelo apoio técnico e pelo entusiasmo pela vida.

A Cidaléia M. G. L., pelas roupas passadas e pelo amor.

A Fábria L., pelas cópias e pela sangüínea amizade.

A Roberto B. N., pela compreensão e pelo diálogo profissional.

A Alessi B., por assegurar com valentia a retaguarda no exercício da advocacia.

A Flávio, Suzana, Sérgio, Luiz Gustavo, Robson e demais colegas de pesquisa, pelos desabafos e pela troca científica.

A Leopoldo C. N., pela amizade e pela salvadora indicação legislativa.

A Eva, por indicar os caminhos formais com eterna presteza e bom humor.

A Beno, Alexandre, Haroldo, Fábio, Cristiano e Flávia, pela amizade nascida do trabalho com o Direito.

“VOZ GIOSUÈ: Papai, estou com sono!

Reaparecem perto de uma espécie de canteiro de obras. Mas a neblina não permite ver nada. Giosuè dorme nos braços do pai.

GUIDO: Mas onde estamos: Tomei o caminho errado Giosuè. Muito bem, durma, sonhe com os anjos. Talvez tudo isso seja um sonho. Sonhe, sonhe, Giosuè...

Caminha a esmo. O rosto de Giosuè está encostado em seu ombro.

GUIDO: Amanhã a mamãe vem nos despertar com duas xícaras de café com leite e biscoitos. Primeiro comemos, e depois fazemos amor duas ou três vezes...

Mergulha na neblina.

VOZ DE GUIDO: Ah como não faríamos...

Pára de repente quando a neblina se desfaz um pouco. Está petrificado: uma montanha de cadáveres ergue-se à sua frente. Ergue-se o braço de um guindaste que remove os corpos. Guido retrocede e é engolido pela brancura da neblina”.

(Roberto Benigni e Vincenzo Cerami, no roteiro do filme “A Vida é Bela”).

RESUMO:

O estudo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal frente às características da Sociedade de Risco e do Estado Democrático de Direito suscita reflexões de cunho sociológico, penal, processual e constitucional, além de discussões político-criminais das mais relevantes para a atualidade. Sob um primeiro enfoque, a significativa demanda pelo estudo de tais medidas e sua aplicação prática representa um importante reflexo dos efeitos da Sociedade de Risco no Direito que, em sua esfera penal (material e processual), tem sido intensamente requisitado. Num momento histórico em que a insegurança e a emergência instalam-se como sentimentos profundos e generalizados, a força atribuída ao Direito e ao Processo Penal os coloca em evidência, como instrumentos centrais da atuação estatal. De outro lado, como consequência desta busca por uma segurança (ao menos sentida), identifica-se um processo de rejeição das garantias inerentes ao Estado Democrático – compreendidas como entraves para a punição dos responsáveis pela instabilidade social, econômico-financeira e ambiental. Neste contexto, as medidas patrimoniais de urgência previstas pelo Direito Processual Penal brasileiro representam uma resposta bastante pertinente para os anseios da Sociedade de Risco, por consistirem em restrições de direitos que se antecipam à sentença penal condenatória e, com isso, apresentarem respostas rápidas aos anseios punitivos. A generalização de sua utilização pelo Poder Judiciário, no entanto, provoca violações importantes a garantias como o Contraditório, a Ampla Defesa, a Publicidade e a Presunção de Inocência. Sob esta tensão, ainda, observa-se que as medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal não encontram tratamento profundo e detalhado pela doutrina nacional, em razão do que a análise de sua natureza, processualística e constitucionalidade provoca uma série de questionamentos, que são debatidos no curso do presente trabalho, mediante inspiração claramente garantista.

PALAVRAS-CHAVE:

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SOCIEDADE DE RISCO. DIREITO E

PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO. MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA

NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

ABSTRACT:

The study of urgent asset measures in criminal proceedings in relation to the traits of at risk society and Democratic State and the Rule of Law fosters sociological, criminal, proceeding, and constitutional reflections, as well as the most relevant political and criminal arguments in current events. Under the analysis of the first spotlight, the foremost demand for the study of such measures, and application in practice play an important response to the effects of the society at risk in Law, which in criminal area – both material fact and proceeding – has been systematically required. Therefore, in a historical time when insecurity and urgency are an ultimate and general feeling, modern Law and Criminal Procedure are empowered and highlighted as the main instruments to State Act. On the other hand, as a consequence of this pursuit of safety, it is observable a process of rejection of the guarantees attributed to the Democratic State, which foils the punishment of criminals who are responsible for social, economical, financial, and environmental instability. Hereby, the urgent asset measures established in Brazilian criminal procedure represent a pertinent and hastened response to the society at risk's eagerness for justice, once they consist of rights restrictions before the judgment of conviction.

Nevertheless, the generalization of such measure by the judiciary provokes relevant violations to the guarantees such as adversary system, full defense, publicity and presumption of innocence. Yet, it is observed that the urgent asset measures in the Criminal Procedure do not evoke a diligent and deep treatment in Brazilian doctrine, for the argumentation of the analysis of this proceeding and constitutional nature promotes a series of questionings, which are debated along the present study.

KEY WORDS:

DEMOCRATIC STATE AND THE RULE OF LAW, AT RISK SOCIETY, MODERN LAW AND CRIMINAL PROCEDURE, URGENT ASSET MEASURES IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	-	Código Civil
CF	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	-	Código de Processo Civil
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	-	Tribunal de Justiça do Paraná
TRF – 1. ^a Região	-	Tribunal Regional Federal da 1. ^a Região
TRF – 2. ^a Região	-	Tribunal Regional Federal da 2. ^a Região
TRF – 3. ^a Região	-	Tribunal Regional Federal da 3. ^a Região
TRF – 4. ^a Região	-	Tribunal Regional Federal da 4. ^a Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PRIMEIRA PARTE: A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NAS INSTÂNCIAS PENAIS DE ATUAÇÃO	21
1. A SOCIEDADE DE RISCO E SEUS EFEITOS GERAIS	21
1.1 Considerações iniciais	21
1.2 A Sociedade Global do Risco	22
1.3 A Sociedade Global do Risco e as instituições	29
2. A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL	33
3. A SOCIEDADE DE RISCO E O PROCESSO PENAL	49
4. OS EFEITOS DA SOCIEDADE GLOBAL DO RISCO NAS INSTÂNCIAS PENAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	61
SEGUNDA PARTE: AS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	79
5. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MEDIDAS PROCESSUAIS DE URGÊNCIA	79
5.1 Características das medidas cautelares	83
5.2 Pressupostos das medidas cautelares	94
5.3 Cautelares e liminares	99
5.4 Cautelares e antecipações de tutela	101
6. REFERÊNCIAS GERAIS ÀS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	104
7. REFERÊNCIAS GERAIS ÀS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	116
7.1 O deferimento <i>ex officio</i> das medidas de urgência no Processo Penal brasileiro	127
7.2 Poder geral de cautela no Processo Penal brasileiro?	135
7.3 As medidas processuais de urgência no Processo Penal e o Princípio da Presunção de Inocência (ou Presunção de Não Culpabilidade)	137
7.4 A “jurisdicionalização” das medidas de urgência no Processo Penal brasileiro	140
7.5 Considerações gerais sobre medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro	146

8.	BUSCA E APREENSÃO	154
8.1	Considerações gerais	154
8.2	Natureza	157
8.3	Hipóteses e pressupostos	160
8.4	Condições de validade da execução da medida	164
8.5	Restituição	171
8.6	Especificidades contidas na legislação extravagante	177
8.6.1	Realização de vistoria prévia à apreensão por técnico especializado (Leis de Propriedade Industrial e de Programas de Computadores)	177
8.6.2	Responsabilidade civil de quem determina a apreensão de bens por má-fé, espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro (Lei de Propriedade Industrial)	178
8.6.3	Comparecimento pessoal do indiciado/acusado como condição para o conhecimento de pedido de restituição (Lei de Lavagem de Dinheiro e nova Lei de Tóxicos)	179
8.6.4	Outras questões.....	183
9.	SEQÜESTRO	184
9.1	Finalidade e natureza jurídica	184
9.2	Pressupostos e demais requisitos	187
9.3	Legitimidade	192
9.4	Oportunidade	195
9.5	Rito	197
9.6	Embargos	206
9.7	Efeitos e hipóteses de levantamento	210
10.	ESPECIALIZAÇÃO E INSCRIÇÃO DE HIPOTECA LEGAL	216
10.1	Conceito e hipóteses de hipoteca legal	216
10.2	Finalidade e natureza jurídica da especialização e inscrição da hipoteca legal no Processo Penal brasileiro	224
10.3	Os pressupostos da especialização da hipoteca e a discussão da constitucionalidade da hipoteca legal no Processo Penal brasileiro.	230
10.4	Oportunidade	235
10.5	Rito	236
10.6	Arresto prévio	238
11.	ARRESTO DE BENS MÓVEIS	240

12.	CASUÍSTICA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	246
12.1	A administração dos bens apreendidos e/ou seqüestrados segundo a Lei de Lavagem de Dinheiro	247
12.2	A aplicação das medidas patrimoniais de urgência em circunstâncias de cooperação internacional	252
12.3	O uso e a venda antecipada dos bens apreendidos na nova Lei de Tóxicos e em proposta de alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro	257
12.4	As condições para o levantamento das medidas patrimoniais de urgência na Lei de Lavagem de Dinheiro e na nova Lei de Tóxicos.	264
12.5	A vedação de acesso da defesa aos autos em que se processam as medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro .	266
12.6	As medidas patrimoniais de urgência e a razoável duração do prazo	270
	CONCLUSÃO	272
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	277

INTRODUÇÃO:

A relação “tempo e Direito” parece ser sempre generosa ao oferecer pontos de partida para reflexões jurídicas contemporâneas. Isto ocorre, possivelmente, em virtude da própria natureza do direito que, enquanto ciência e instrumento de regulação da vida social, atribui valor a fatos passados, propõe limites às ações presentes e projeta a realidade futura, condicionando as decisões individuais e coletivas¹. Afora isso, o aprofundamento das reflexões acerca da aproximação entre o tempo e o direito tem se tornado mais imprescindível a cada dia, face o desenvolvimento das relações sociais, econômicas, ambientais e políticas.

Surge daí a referência ao tema, como ponto de partida para a realização de uma análise das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal, no contexto da Sociedade de Risco e do Estado Democrático de Direito.

Feito este esclarecimento, parte-se para a constatação de que, muito embora ainda encontre espaço no entendimento comum, a concepção de tempo como “medida de duração dos fenômenos”² já é concebida como insuficiente para a compreensão deste fenômeno.

Reconhece-se, atualmente, que, além da contagem das horas, dias, meses e anos, a idéia de temporalidade está longe de representar um conceito fixo e universal, ou, ainda, uma percepção homogênea entre indivíduos, grupos sociais ou nações. “A história dos calendários e dos instrumentos de medida do tempo é exemplar em relação a isso, traduz o emaranhado permanente dos dados naturais e de elaborações culturais”³.

Segundo esta concepção, o tempo não se mostra como fenômeno estritamente físico, mas preponderantemente social e heterogêneo. No espaço internacional, por exemplo, observa-se com facilidade o descompasso entre os tempos históricos de cada país. Na vida social, é também comum o desencontro entre o tempo da política e o do sistema econômico, que, com seu ritmo acelerado,

¹ Trabalhando esta relação especificamente quanto ao direito penal, Winfried Hassemer tece a seguinte consideração: “Falando enfaticamente, cuida-se também no direito penal, a partir de afora, não mais de uma resposta adequada ao passado, mas do domínio do futuro” (**Direito penal libertário**, p. 200).

² **Dicionário da língua portuguesa**, p. 1.079.

³ OST, François, **O tempo do direito**, p. 23.

não aguarda o necessário amadurecimento das decisões coletivas⁴. Mesmo na esfera pessoal, a diferença temporal entre os ambientes de manifestação individual revela-se difícil de ser superada (como ocorre na oposição entre o tempo familiar e o profissional; entre o tempo financeiro e o tempo afetivo e assim por diante⁵).

Mais que descompassos, desencontros, diferenças ou oposições, esta coexistência de situações temporais diferentes gera graves conflitos sociais – mesmo porque a convivência sadia de pessoas, grupos e instituições pressupõe estados de sincronia, capazes de permitir a comunicação entre os agentes sociais e entre estes, o seu passado e o seu futuro.

Neste contexto, as tradições, a cultura, a arte, a moral e o próprio Direito desempenham um papel importante de promoção e preservação da relação do indivíduo e das instituições com a sua história, com outros indivíduos e/ou instituições, com a sua realidade e com as suas expectativas sobre o futuro.

Entretanto, tradições, cultura, arte, moral e o próprio Direito também figuram como sistemas em si e que, portanto, desenvolvem uma temporalidade própria. Ou seja, da mesma forma com que oferecem mecanismos para a aproximação do indivíduo e das instituições com o tempo, eles também funcionam como pontos de *discronia*, por desenvolverem temporalidades próprias e, por isso mesmo, distintas.

No âmbito do Direito – palco principal deste trabalho – os conflitos têm início já em face da existência da Lei – sua fonte imediata e principal. Conquanto tenha vigência pleno (no espaço jurídico) a partir de sua entrada em vigor, a norma legal somente encontra força cogente ou reconhecimento social após um certo decurso de

⁴ “E, se num contexto de aceleração e de mudança radicalizada, a verdadeira alternativa consistisse na aptidão para a lentidão? Contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso lembrar, então, que a democracia, sobretudo associativa, toma seu tempo – o da informação, da negação, da deliberação virtualmente infinita. Contra as cauções administrativas de um executivo voltado aos ‘expedientes’, contra as abreviações de uma justiça pela mídia cada vez mais ‘expedita’, contra as tentações da ‘justiça do espetáculo’ e da democracia plebiscitária, seria preciso lembrar as virtudes do que Dominique Rousseau denomina a ‘democracia contínua’: as virtudes do controle e do debate cidadãos, que não se reduzem unicamente aos períodos eleitorais, as virtudes do processo, lento porque dialogante, as virtudes dos controles de legalidade e de constitucionalidade, que revelam que a ineficácia não é o único princípio da ação pública. Ser ‘inatural’ atualmente, no sentido em que Nietzsche o entendia – isto é, intempestivo e criados em resumo, livre – é reivindicar o direito à lentidão de onde unicamente poderia emergir uma forma inédita de *praxis* social” (OST, François, **O tempo do direito**, p. 33-34).

⁵ “Ora, é forçoso constatar, a esse respeito, as crescentes tensões que se estabelecem entre os diferentes tempos sociais: tempo do trabalho e tempo do não-trabalho (o primeiro torna-nos ‘indisponíveis ao mundo’, o segundo, ‘excluídos do mundo’), tempo familiar e tempo profissional (e, porque a família está em crise, há tensão entre o tempo conjugal reversível e tempo parental irreversível), tempo da inovação e tempo da tradição, tempo dos ganhadores e tempo dos excluídos, tempo da comunicação e tempo da reflexão” (OST, François, **ob. cit.**, p. 35).

tempo, que, assim, promove a formação de um hábito. É por esta razão que François Ost, amparado no pensamento de Aristóteles, aponta como inoportuna a freqüente alteração do sistema legislativo.

Em oposição a isso, não se pode ignorar que a vigência de normas antigas, construídas em circunstâncias bem diversas das que lhe são contemporâneas, também é constantemente apontada como reflexo da relação conflituosa entre o tempo e o Direito⁶.

Além das fronteiras da norma jurídica, as características e a realidade do processo apresentam-se como um segundo tema de enfática *distonia* entre o tempo do Direito e o tempo social.

“Este com seu fluxo contínuo e irrefreável e aquele com a duração necessária para a prática dos atos processuais e a verificação de quimeras como o retorno do tempo, a repetição de instantes, suspensões, interrupções, recontagens, tempos mortos etc., além da institucionalização de períodos de tempo para a prática de diferentes atos processuais – os prazos processuais -, os quais, se desatendidos ou inobservados, impedem as partes de realizar validamente determinado ato”.⁷

Sob outro enfoque, Winfried Hassemer anota que o Poder Judiciário “necessita de tempo para seus produtos”⁸, na medida em que tem como objetivo a ponderação e a prudência, e não o combate e a determinação de situações concretas. Une-se a isso, ainda, a necessidade de serem tutelados os direitos e as garantias fundamentais de todos os envolvidos na relação processual – o que, em si, demanda tempo próprio e, no mais das vezes, períodos maiores do que os tolerados pela realidade material.

Ainda assim, é sabido que ao Direito não é dado “fugir” da realidade descrita no processo, a qual demanda pela apresentação de uma solução para o conflito que já está instalado. Advém daí a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci, no sentido

⁶ A necessidade e a possibilidade de atualização das normas em vigor é apontada como uma das grandes tarefas da hermenêutica jurídica, ao lado da conjugação dos princípios e do próprio sistema normativo.

⁷ GOMES, Décio Alonso, **(Des) aceleração processual. Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**, p. 10-11. Em outra passagem, o autor descreve o processo como “um lugar artificial que, ao pesquisar o fato pretérito, inaugura uma velocidade, um ritmo próprio, que, muitas vezes, não satisfaz o anseio da sociedade de uma aceleração extremada, de um imediatismo, de uma tautocronia” (p. 38).

⁸ **Direito penal libertário**, p. 30.

de que, “Em muitas ocasiões o *tempo* age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo”.⁹

Como exemplos dos prejuízos ao processo, advindos do decurso do tempo, pode-se referir o enfraquecimento dos elementos probatórios, “o agravamento da situação conflitiva”¹⁰, a submissão das partes e da própria sociedade à demora e à incerteza. Especificamente quanto ao processo penal, Décio Alonso Gomes, em dissertação recentemente publicada, anota que:

“A duração prolongada do processo enseja dois tipos de problemas: de um lado, expõe a pessoa imputada à angústia da incerteza e o efeito estigmatizante social; de outra ponta, não apresenta à sociedade uma resposta estatal às atividades consideradas nocivas, o que acaba lhe retirando crédito e prestígio, deslegitimando-o como instância de solução de conflitos”.¹¹

É preciso reconhecer que todas estas referências acerca da relação entre o tempo e o Direito já se mostram históricas e tradicionais nos debates jurídicos. É, por exemplo, pelo descompasso entre estas duas realidades, que diversas propostas foram apresentadas e implementadas (no âmbito dogmático e legislativo), visando impedir os efeitos deletérios do tempo no asseguramento de direitos. Assim ocorre com o uso de medidas cautelares e tutelas antecipatórias, com a existência de procedimentos sumários e com a própria instalação dos Juizados Especiais (cíveis e criminais), baseados em ritos simplificados de apuração de fatos e direitos.

Sobre elas, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho asseveram:

“O processo, por sua própria natureza, é uma atividade que se desenvolve em determinado tempo; ainda que se pudesse imaginar um mecanismo ágil e totalmente imune a procrastinações, sempre restaria um inevitável espaço temporal entre o pedido formulado e a correspondente resposta jurisdicional.

⁹ **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**, p. 11. No mesmo sentido, é a seguinte afirmação de Luiz Guilherme Marinoni: “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão” (**Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, p. 17).

¹⁰ DORIA, Rogéria Dotti, **ob. cit.**, p. 18. Em outra passagem, a autora considera que “Dentro do dever estatal de assegurar uma tutela jurisdicional adequada está a obrigação de fazer com que a apreciação judicial seja tempestiva, ou em outros termos, seja oferecida dentro de um prazo razoável. Isto porque justiça tardia é praticamente o mesmo que denegação de justiça” (p. 25).

¹¹ **(Des) aceleração processual. Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**, p. 11-12.

Dessa inafastável realidade resulta a necessidade de prever o ordenamento medidas através das quais possam ser antecipados, excepcionalmente, certos resultados da atividade processual; sem elas, a tutela almejada correria o risco de vir à luz somente quando já superados os motivos que a reclamavam.“

Por estas razões, o clássico conflito entre o tempo e o Direito poderia figurar como pano de fundo principal para a análise e a discussão das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal.

Tal, no entanto, mostrar-se-ia insuficiente, afastando a presente pesquisa de outros paradoxos importantes que se apresentam nas relações contemporâneas.

Com efeito, após a consolidação do capitalismo no mundo ocidental e da relacional revolução científica e industrial, o mundo passou a novas fases de desenvolvimento econômico, político, comercial e tecnológico, promovendo o aprofundamento da crise dos modelos jurídicos e sociais clássicos.

Este processo passou a ser reconhecido, analisado e descrito sob os diversos enfoques do conhecimento humano, dos quais as seguintes expressões são representativas: “globalização”, “blocos econômicos”, “empresas multinacionais”, “era da informação”, “projeto genoma”, “desenvolvimento sustentável”, “neoliberalismo” etc.

De fato, nas últimas décadas, o cenário mundial sofreu (e continua a sofrer) profundas “revoluções” nas relações entre os indivíduos e a suas formas de organização coletiva. Os conceitos de Estado-nação, fronteira ou cidadania, inclusive, têm sido objeto de delicadas modificações. “Por outro lado, o crescente emaranhado das relações econômicas fez com que aflorasse um campo não explorado para a prática de ilícitos, sem fronteiras geográficas, e que fugiram do âmbito do controle estatal”.¹²

A história recente é testemunha dos subseqüentes resultados da ciência e da tecnologia, que permitem desde a comunicação instantânea entre dois pontos (quaisquer) do planeta, até a programação genética de seres vivos (inclusive humanos). Contemporâneos, nascidos pelas mãos de parteiras e educados sob a luz de lâmpões, hoje observam a volatilidade dos mercados, das relações familiares, das decisões políticas e das certezas futuras.

¹² BECK, Francis Rafael, **Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea**, in *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*, p. 263.

Diversamente do que se apresentava até a metade do século XX, vivencia-se atualmente um contexto de aceleração vertiginosa das relações, das mudanças e de novas possibilidades. Como consequência desta sociedade - que vem sendo denominada como “sociedade global do risco” -, a distância tradicional entre o tempo do Direito e o tempo social se transforma, dia-a-dia, em um grande abismo.

Esta situação - de rápidas superveniências de mudanças, de realizações de eventos inesperados e de expectativa quanto aos danos futuros provenientes da própria ação humana - erige o conceito de segurança ao patamar de valor fundamental.

Por esta razão, ao contrário do que se poderia imaginar, o aprofundamento da distância entre o tempo e o Direito não resultou em uma desvalorização deste perante a sociedade de risco, mas incrementou sua importância como instrumento para a solução de conflitos e, principalmente, para o oferecimento de expectativas de segurança.

É, pois, neste “novo” contexto que se situa a discussão proposta neste trabalho: em uma sociedade marcada pela aceleração das relações e pela presença de incontáveis riscos, a difusão de medidas processuais de urgência ganha novo fôlego, como mecanismo de superação da *discronia* entre o tempo do direito e o tempo social. É, também, nesta sociedade, que o Direito Penal e o Direito Processual Penal passam por um momento de expansão sem precedentes, sendo instituídos da tarefa de tutelar os bens jurídicos modernamente identificados a partir dos novos riscos sociais.

Neste sentido, sem descurar da criminalidade “tradicional”, o Direito Penal passa a incriminar condutas que colocam em perigo o meio ambiente, o sistema financeiro nacional, as relações de consumo, a ordem tributária e econômica, além de ser requisitado com vigor para o combate das ações promovidas por organizações criminosas. Resguardadas as suas peculiaridades, esta “nova classe” de crimes associa-se em torno da idéia de um Direito Penal Econômico, que possui como característica, dentre outras, a obtenção de grandes ganhos pecuniários pelo autor do fato típico.

Com isso, o resgate do produto do crime e a garantia da reparação de dano provocado – previstos pelo Direito e pelo Processo Penal tradicionais – ganham nova e maior relevância, ressaltando, por mais uma vez, a pertinência da discussão

das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal, à luz da Sociedade de Risco.

Mas não é só. Afora a relação entre o tempo e o Direito, a elevação na demanda penal e a ascendente recorrência às medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal, o contexto atual tem sido marcado pela tensão entre estas circunstâncias e os paradigmas do Estado Democrático de Direito – realidade que vem refletida na progressiva flexibilização e supressão dos direitos e garantias liberais (apontados como entraves¹³ para a tomada de medidas judiciais capazes de atender à demanda e à velocidade dos conflitos contemporâneos). Cite-se, para fins de exemplo, a justificação de medidas restritivas deflagradas e mantidas sob sigilo frente ao requerido; a pretendida inversão do ônus da prova quanto à procedência do patrimônio do acusado e a redução de oportunidades para o contraditório prévio.

Surge daí a necessidade de eleger, como pano de fundo para o presente trabalho, a contraposição dos princípios do Estado Democrático de Direito às tendências que marcam a sociedade de risco. Surge, também, daí, a necessidade de se refletir se as progressivas supressões de garantias individuais são, de fato, resultado inevitável da sociedade de risco, ou se, na verdade, constituem consequência de escolhas do legislador e do operador do Direito.

Com esta proposta, o estudo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro apresenta-se como tema pertinente para exercitar esta reflexão no plano pragmático - seja porque parte dos conceitos “tempo” e “Direito”; seja porque sua utilização judiciária ganhou enorme incremento nas legislações mais recentes; seja porque, por suas características de emergência e garantia, envolve sempre restrições antecipadas de direitos constitucionais (materiais ou processuais).

Com estas inspirações, a presente dissertação será formulada em duas grandes partes, divididas cada qual em capítulos (e sub capítulos, quando necessário).

A primeira parte será dedicada a uma exposição sobre as características da sociedade global do risco (capítulo 1) e os seus efeitos gerais no funcionamento social e institucional, especialmente nos âmbitos do Direito Penal (capítulo 2) e Processual Penal (capítulo 3). Ainda nesta primeira etapa do trabalho, as

¹³ “O devido processo legal aplicado em sua integralidade passou a ser considerado como um formalismo incômodo para o direito brasileiro, esquecendo-se a lição de Hassemer, ao afirmar que as formalidades do procedimento penal não são meras formalidades” (CHOUKR, Fauzi Hassan, **Processo Penal de Emergência**, p. 139).

considerações anteriores serão confrontadas com o pensamento de Luigi Ferrajoli, que faz o alerta de que a tendência de restrições de garantias fundamentais não poderia ser compreendida somente como efeito inevitável da Sociedade de Risco, mas como resultado de uma crise do Direito e da própria razão jurídica (capítulo 4). Como conclusão intermediária, serão considerados os Princípios essenciais ao resgate da coerência da razão jurídica, frente ao Estado Democrático de Direito.

A segunda parte do trabalho considerará esta última exposição como fundamento para a compreensão e o debate acerca das características e peculiaridades das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro. Para tanto, iniciará pela consideração dos caracteres originais e diferenciadores da ação cautelar frente a outras medidas de urgência, com a contribuição dos enunciados do Processo Civil - embora com o cuidado necessário para evitar transposições indevidas de conceitos inadequados no Processo Penal (capítulo 5). No capítulo seguinte, serão ainda feitas algumas referências gerais sobre os caracteres das medidas de urgência no Direito Processual Civil brasileiro (capítulo 6), com o intuito de permitir uma análise comparativa e crítica sobre os conceitos fundamentais de tais medidas na esfera penal (com relação ao qual será apresentadas referências gerais no capítulo 7).

Passando propriamente ao estudo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal, passar-se-á à análise (normativa e constitucional) da busca e apreensão do produto e dos instrumentos do crime (capítulo 8), do seqüestro dos bens adquiridos com os proventos da infração (capítulo 9), da especialização de hipoteca legal (capítulo 10) e do arresto de bens no processo penal (capítulo 11).

Finalmente, no capítulo 13, serão apresentados alguns questionamentos sobre os temas da casuística afeta à aplicabilidade das medidas patrimoniais de urgência, no Processo Penal brasileiro. A escolha dos assuntos a serem tratados neste ponto do trabalho parte da verificação de discussões mais recentes e, principalmente, da experiência profissional, propiciada pela advocacia.

Assim, com referências e reflexões sobre a natureza, as características, os requisitos, o processamento e à casuística das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro, pretende-se oferecer alguma contribuição para a aplicação - racional e garantista - de tais medidas processuais, assim como para a constatação de que, embora decorram (em sua maioria) de previsões legislativas

antigas, são medidas que demandam atenção dos estudiosos e aplicadores do Direito, diante da realidade contemporânea.

De fato, apesar de serem instrumentos vastamente requisitados no foro, nas situações penais associadas à Sociedade de Risco, as medidas patrimoniais de urgência ainda representam um campo aberto para a produção doutrinária reflexiva, que procure resgatar a razão jurídica, em vista das conquistas institucionais.

No aspecto metodológico, a presente dissertação deverá partir da revisão bibliográfica acerca dos temas de estudo, privilegiando-se sempre a produção nacional. Partirá, também, da pesquisa jurisprudencial, visando refletir o estado da arte nos Tribunais brasileiros.

No que se refere à apresentação, faz-se a opção de trazer à colação, em notas de rodapé, o texto dos artigos de lei mencionados na primeira oportunidade em que forem referenciados, visando facilitar a compreensão do leitor. Com relação a alguns temas, ainda, opta-se pela transcrição de expressões e trechos extraídos das obras pesquisadas, com o intuito de permitir o contato direto com o estilo de cada autor. Faz-se finalmente, a escolha de utilizar o presente como tempo verbal para referir o pensamento de todos os autores, cujas obras foram pesquisadas e destacadas para citação no corpo deste trabalho.

PRIMEIRA PARTE:

A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NAS INSTÂNCIAS PENAIS DE ATUAÇÃO

1. A SOCIEDADE DE RISCO E SEUS EFEITOS GERAIS

1.1 Considerações iniciais

Entre as décadas de 1970 e 1980, teve início, na Sociologia, uma discussão acerca das características sociais apresentadas após o advento do industrialismo, posto que, embora não tenha sofrido rupturas com o “modelo anterior”, a sociedade moderna já apresentava faces que a diferenciavam do modelo industrial. Dentre os autores que primeiro estabeleceram este debate, destacam-se Ulrich Beck, Anthony Giddens e Niklas Luhmann¹⁴.

Estes teóricos lograram encontrar na idéia do risco (e da insegurança generalizada) a face mais marcante da sociedade atual. Daí a expressão “sociedade global do risco”, cunhada por Beck.

A partir de seus estudos, surgiu, sem dúvida, uma nova forma de abordagem de temas afetos à Sociologia - e, na verdade, a todas as áreas do conhecimento, uma vez que, das análises feitas por Beck, Giddens e Luhmann, constata-se que a Sociedade de Risco revela, ainda que sem negar os princípios da modernidade, novos paradigmas de compreensão e realização da vida social, com conseqüências severíssimas para o Direito, especialmente em sua esfera penal.

Os efeitos das atividades nucleares e químicas, as expectativas energéticas do planeta, os novos conflitos bélicos, as novas reações naturais, as recentes regras de comportamento e o Direito: todos são temas que, ao lado de tantos outros, têm sido aprofundados a partir da teoria da Sociedade de Risco que, nas palavras de

¹⁴ Vale lembrar que, décadas antes, Hannah Arendt já registrava uma “irritante incompatibilidade entre o real poderio do homem (...) e sua incapacidade de viver no mundo que seu poderio criou” (**Origens do totalitarismo**, p. 12).

Winfried Hassemer, pode ser sintetizada pelas seguintes expressões: “Perigos, grandes riscos, eficiência, prevenção, disputa, intervenção (...)”.¹⁵

Assim, é possível afirmar que qualquer análise que pretenda discutir validamente a legitimidade de institutos jurídicos, na realidade atual, deve considerar as elaborações sociológicas referidas¹⁶, em razão do que é feita a seguinte exposição, inicialmente quanto a uma mínima descrição da Sociedade de Risco e, após, quanto os seus reflexos para as instituições oficiais e, conseqüentemente para o Direito.

1.2 A Sociedade Global do Risco

Superando a prevalência das explicações e métodos de origem metafísica e teológica, as sociedades ocidentais organizaram-se em torno do paradigma da razão, exacerbada pelo desenvolvimento das ciências naturais e da tecnologia gestada pela revolução industrial e impulsionada pelas duas grandes guerras e pelo próprio sistema capitalista.

Assim assentada nas explicações causais e no inicial sucesso da ciência, da indústria e da tecnologia, o homem passou a compreender-se como ente capaz de superar as incertezas advindas da natureza e do próprio futuro social. Passou a desenvolver mecanismos e estruturas voltadas à promoção do conforto e do bem-estar (até mesmo além do que seria necessário ou do que fora imaginado), do desenvolvimento dos meios de comunicação, da superação de limites, e, em última análise, da multiplicação de possibilidades de criação e controle de todas as suas esferas de atuação.

Neste momento histórico (identificado sob o título de “sociedade industrial”, “primeira modernidade”, “modernidade clássica” ou “modernidade tradicional”), a tecnologia era entendida somente como instrumento de facilitação da vida cotidiana, como mecanismo para o controle das cadeias causais que a envolveriam e como via

¹⁵ **Direito penal libertário**, p. 29.

¹⁶ Este reconhecimento encontra-se no grande número de publicações e trabalhos acadêmicos que partem desta discussão, não só no âmbito jurídico. Um *passar de olhos* pelas bibliotecas de teses e dissertações, assim como pelos artigos publicados nos últimos anos é um indicador significativo disso, uma vez que, à luz da Sociologia do Risco, são submetidos trabalhos afetos a todas as áreas tecnológicas, médicas, farmacológicas, sociais, antropológicas, econômicas e jurídicas.

para a continuidade do “progresso”¹⁷. Nas palavras de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, nesta fase vigorava uma verdadeira “utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma” que se confirmava “em todos os aspectos: ‘prevenção de doenças’, ‘prevenção de crimes’, ‘prevenção da miséria e da insegurança social’”.¹⁸

Ocorre que neste período foram desenvolvidas rotinas de extensa exploração dos recursos naturais e de intervenções inconseqüentes nos processos naturais; foram, para isso, criadas cadeias complexas para a produção e distribuição de alimentos e bens de consumo, assim como para a prestação de serviços e a circulação dos meios de comunicação; foram iniciados testes e implementações de pesquisas científicas; além da produção de novas espécies de armas e fontes de energia, a partir de operações de grande risco etc.

Todos estes processos destinavam-se ao estabelecimento de padrões regulares de causalidade, aos quais se confiava a promoção da segurança, em todas as suas esferas¹⁹.

Também em vista deste objetivo, a sociedade industrial passou a desenvolver um complexo sistema de seguros. Partindo do raciocínio causal e estatístico e, obviamente, dos parâmetros do capitalismo, estabeleceu-se formas de cálculo das probabilidades de danos nas mais diversas áreas da atuação social. Riscos econômicos e financeiros; riscos relacionados a doenças, à velhice e à morte; riscos de desemprego, de acidentes automobilísticos; riscos de perda de produção – todos passaram a ser quantificados e garantidos monetariamente por um sólido sistema de seguros. Esta promessa de que danos futuros estariam antecipadamente previstos e assegurados conferiu ainda mais tranquilidade à sociedade moderna – que seguiu crendo no progresso tecnológico e científico como meio para o domínio da natureza e das relações humanas. No entanto, este sistema de prevenção dos danos gerou o desenvolvimento de métodos, rotinas e tecnologias de segurança que, sem representar efetivos resultados, tornaram ainda mais complexos os processos que lhes eram afetos.

¹⁷ A compreensão de que a sociedade moderna estaria em constante processo de evolução, a partir da ciência e da tecnologia é um dos paradigmas da modernidade clássica.

¹⁸ **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 88.

¹⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 41.

Aliás, outra importante característica da primeira modernidade é exatamente o desenvolvimento cada vez mais profundo de cadeias complexas, que geravam (e ainda geram) o que Beck chamou de irresponsabilidade organizada:

“A la división del trabajo muy diferenciada le corresponde una complicidad general, y a esta una irresponsabilidad general. Cada cuál es causa e efecto y por tanto no es causa. Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contrareacciones. Esto procura a la idea de sistema evidencia social y popularidad.

Este deja claro de manera ejemplar dónde reside el significado biográfico de la idea de sistema: *se puede hacer algo y seguir haciéndolo sin tener que responsabilizarse personalmente de ello*. Se actúa, por decirlo así, en la ausencia de uno mismo. Se actúa físicamente sin actuar moral y políticamente. El otro generalizado (el sistema) actúa en uno y a través de uno: ésta es la moral civilizatoria de los esclavos, en la que social y personalmente se actúa como si uno si encontrara bajo un destino natural, bajo la ‘ley de gravedad’ del sistema. De esto modo se busca culpable en la vista del inminente desastre ecológico”.²⁰

Ou seja, na complexidade de relações, tornava-se cada vez mais difícil identificar responsáveis diretos pelos danos ou, ainda, dimensionar a relevância de ações ou omissões individuais como fatores determinantes de um evento específico.

Tanto esta realidade, quanto a aparente tranquilidade oferecida pelos sistemas de seguro e a própria crença na ciência e no progresso contribuíram para uma certa “cegueira” da sociedade moderna tradicional quanto ao processo auto-destrutivo desenvolvido por suas características²¹.

Constata-se, com isso, que a intervenção humana que marca a primeira modernidade criou inúmeros riscos que permanecem latentes e despercebidos nesta primeira fase, sendo produzidos reiteradamente pelo exercício de atividades perfeitamente lícitas – na medida em que o Direito e demais órgãos de controle não só toleravam, como incentivaram a promoção do “progresso”.

Ocorre que, em determinado momento, iniciou-se um processo de superação desta latência de riscos decorrentes da exploração da natureza, da manipulação de técnicas químicas, nucleares e biológicas perigosas, da complexidade de cadeias de

²⁰ **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**, p. 38-39.

²¹ “(...) a sociedade de risco surge porque as certezas da sociedade industrial, o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos dominaram por muito tempo o pensamento e a ação das pessoas e das instituições desta sociedade e foram responsáveis por legitimar a produção dos novos riscos” (MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 36).

produção e distribuição de bens, da inter-relação das tecnologias incorporadas na vida cotidiana e da volatilidade de mercados e valores.

A partir de então, o mundo começou a testemunhar acidentes de extensões extraordinárias, efeitos naturais sem precedentes, danos inesperados à saúde e percebidos a longuíssimo prazo. Quanto à sua relação com a natureza, o homem passou a experimentar os efeitos da exploração desordenada das fontes de energia e da emissão de poluentes na atmosfera, no solo e nas águas. A destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, a chuva ácida, as mudanças climáticas e as grandes catástrofes naturais começaram a gerar a percepção de que a ciência e a tecnologia não só não promoveram o controle da natureza pelo homem, como geraram processos paralelos de descontrole. O alarme mundial, no entanto, soou somente há poucos anos.

Da mesma forma, a manipulação de técnicas científicas começa a revelar o seu potencial lesivo. Danos nucleares começaram a apresentar seus dramáticos efeitos; novas armas revelaram-se devastadoras e inadmissíveis até mesmo em tempos de guerra; grandes acidentes estruturais e químicos conduziram à percepção de que o esforço moderno não era condutor exclusivamente da segurança e do conforto, mas de novos, incontrolláveis e gravíssimos perigos para a vida humana.

“Assim, se, por um lado, o desenvolvimento do saber técnico-científico permitiu que o homem controlasse e se protegesse dos fenômenos da natureza que antes se mostravam perigosos para a sua existência, por outro o processo de *socialização da natureza* e os recentes desenvolvimentos no campo das tecnologias acabaram redundando em outros tipos de ameaças: os riscos tecnológicos. Essa nova classe de riscos significou um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois sua característica primordial está no fato de terem emergido na qualidade de efeitos secundários e, como tais, não foram perseguidos, não foram passíveis de previsão e não podem ser delimitados – nem socialmente e tampouco no tempo ou o espaço.”²²

Aliás, originalmente entendido como evento accidental, que após passou a figurar como “acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades

²² MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 20-21.

e tornado socialmente suportável”²³, o risco é hoje reconhecido como efeito da decisão humana, sendo diferenciado (em Luhmann) da idéia do perigo. Este, diversamente do primeiro, corresponderia à consequência de circunstância não atingível pelo homem, seja quanto à criação de suas causas, seja quanto aos meios de evitar os seus efeitos.

Nas palavras daquele autor, se “la modernidad reduce riesgos en ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tiempo, introduce nuevos parámetros de riesgo, desconocidos totalmente, en su mayor parte, en épocas anteriores”.²⁴

Ou seja, o conceito de risco da segunda modernidade não se confunde com as compreensões anteriores de perigo. Em primeiro lugar, por decorrer de decisões e atuações humanas e da exploração máxima de suas forças produtivas e científicas. Em segundo, por ter potencialidades intensivas, geográficas e temporais inestimáveis²⁵. Em terceiro lugar, porque foge da lógica do sistema securitário, uma vez que, sendo absolutamente imprevisíveis e de dimensões extraordinárias, os riscos são impassíveis de serem indenizados. A notoriedade pública do risco - reconhecido como consequência das decisões do próprio homem e da concordância das instituições oficiais de controle – figura como quarta circunstância que estabelece seu diferencial perante o conceito de perigo. Finalmente, embora tenha extensão indefinida (e possibilidade de destruição coletiva), o risco não é distribuído igualmente a todas as classes sociais, uma vez que as condições de pobreza e utilização de tecnologia ultrapassada conduzem a uma tendência de maior incidência nos países de terceiro mundo ou nas classes menos abastadas. Nas palavras de Ulrich Beck, as desigualdades sociais:

“(…) surgen en especial allí donde (de nuevo a escala internacional) las situaciones de clase o las situaciones de riesgo se solapan: el proletariado de la sociedad mundial del riesgo vive bajo las chimeneas, junto a las refinerías y las fábricas químicas en los centros industriales del Tercer Mundo. La ‘mayor catástrofe industrial de la historia’ (Der Spiegel), el accidente tóxico en la ciudad hindú de Bhopal, ha hecho que la opinión pública mundial tome conciencia de ello. Las industrias con riesgo se han trasladado a los países de

²³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 88.

²⁴ **El concepto de riesgo**. In BERIAN, Josetxo (org.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Antropos, 1996, p. 123-172.

²⁵ “Exemplo paradigmático desses fenômenos são as mutações genéticas causadas pela radioatividade que, imperceptíveis para os afetados, deixam esses completamente reféns do juízo, dos erros e das controvérsias dos cientistas” (MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 20-21).

sueños bajos. Esto no es causalidad. Hay una ‘fuerza de atracción’ sistemática entre la pobreza extrema y los riesgos extremos”.²⁶

Além disso, o descompasso entre a extenuante velocidade das mudanças promovidas pela tecnologia e a capacidade do homem para absorver estas mudanças começou a produzir efeitos sociais evidentes, frente aos quais não mais era possível o desprezo da modernidade clássica.

Esta percepção foi responsável pelo desenvolvimento de um “sentimento” generalizado de insegurança – muito mais profundo do que o que acompanhava o homem antes da revolução científica e industrial, haja vista que os “perigos” agora enfrentados não só são imprevisíveis e com potencial extraordinariamente maior, mas também são produzidos pela ação humana que até então era compreendida como atuação racional, planejada e principalmente, controlável em todos os seus efeitos²⁷.

A ocorrência destes efeitos e a sua percepção pelo homem compõem os dois momentos que caracterizam a segunda modernidade ou o desenvolvimento da Sociedade Global do Risco, que, para Beck, possui uma primeira fase de reflexividade (ou seja, de ocorrência de conseqüências reflexas) e outra de reflexão (compreensão refletiva) sobre tais efeitos.

A sensibilidade e a percepção que começam a marcar a segunda fase desta sociedade reflexiva, é encontrada em comentários introdutórios de diversas obras de direito, como o que ocorre com o primeiro capítulo das **Instituições de Processo Penal**, de Hélio Tornaghi (edição de 1977):

“O iluminismo havia criado uma imagem falsa com a utopia do homem absolutamente venturoso no estado de natureza. E tinha suscitado nos corações a ânsia incontida de uma felicidade perfeita, que não é deste meio. (...)”

Assim como as idéias de Ptolomeu haviam sido sub-rogadas na concepção de Copérnico, também o universo de Newton foi, neste século, desmoronado pelas teorias de Einstein. (...) Tudo quanto se sabia, tudo quanto se amava, tudo quanto se cria foi questionado, contestado, submetido à crítica e ao escalpo. (...) Não tardou que o

²⁶ **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**, p. 47-48.

²⁷ “Graças a características peculiares desses sistemas, nomeadamente sua complexidade interativa e a operatividade associativa dos seus elementos, nem uma melhor organização, nem a intensificação do treinamento dos funcionários, nem mecanismos de segurança e nem inovações tecnológicas podem torná-los imunes a acidentes. Por esta razão, diz-se que tais eventos são inevitáveis e que jamais serão eliminados do funcionamento dos sistemas complexos” (MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 49).

Romantismo depusesse todos esses modos eufêmicos de ateísmo pragmático. Mas a mudança não enriqueceu o patrimônio espiritual da humanidade. A moral do sentimentalismo substituiu a do dever e a razão cedeu a coroa à paixão. (...) A todos estes males, veio somar-se o de outra idolatria: a adoração da técnica. Assistimos presentemente a uma total inversão da hierarquia de valores. Boa como instrumento, a técnica é má como finalidade. O homem não existe para ela e sim ela para ele. Excelente servidora, ela é péssima patroa. Gera o conforto, mas não a felicidade; traz a ciência, mas não a sabedoria; estimula o progresso, mas não a civilização; produz a força, mas não o poder; acarreta a fortuna, mas não a paz”.²⁸

E é nesta segunda fase que a sociedade começa a perceber os riscos e a complexidade de suas origens. Eles, assim, passam a povoar os debates públicos a partir de sua maior incidência e, principalmente em virtude da sensibilidade social que se agiganta a partir dos caracteres da era da informação. É também a partir desta segunda fase da reflexividade que os debates direcionam suas críticas e questionamentos para as mais diversas esferas das instituições públicas – afinal, na primeira fase da modernização elas de fato foram omissas na regulamentação e no controle das atividades modernas produtoras dos danos e dos perigos atuais.

Torna-se patente, portanto, que, se a modernidade clássica desenvolveu-se como processo de oposição às estruturas anteriores (na esfera produtiva, das relações sociais de trabalho, do contato com a natureza etc.), a modernidade reflexiva não se desenvolve como ruptura do modelo anterior, e sim como aprofundamento ou radicalização das características modernas. Este avanço silencioso da nova modernidade e a sua tardia percepção é uma importante característica sua. Na fase de reflexão, os riscos são reconhecidos como efeitos de decisões humanas e isso proporciona que sejam concebidos como questões políticas.

“O que anteriormente parecia funcional e racional aparece agora como uma ameaça à vida e, portanto, produz e legitima disfuncionalidade e irracionalidade. Com isso, as instituições abrem-se para o questionamento político de seus fundamentos”.²⁹

²⁸ **Instituições de Processo Penal**, v. 01, p. 04-07. Na seqüência, o autor conclui que “no Brasil, o aumento e o progresso não evitaram o desencadeamento de uma criminalidade e de uma insegurança nunca dantes conhecida” em razão do que “O mundo moderno coloca o Direito diante da necessidade de restabelecer a Ordem, a Segurança e a Paz, sem arranhar a Justiça, sem violar os direitos fundamentais da pessoa humana” (p. 07).

²⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 31.

Veiculadas e intensamente exploradas pelos meios de comunicação (especializados e de massa) estes reclamos são apontados por Beck como a fonte primordial para uma nova e enérgica evocação do Estado e do Sireito, como responsáveis pela promoção da segurança social, ambiental, econômica, industrial e tecnológica.

Nesta percepção de seu estado de insegurança, a sociedade reflexiva passa não só a fazer a crítica da modernidade como (e principalmente) a procurar alternativas para a redução do nível de ansiedade gerado pela “midiatização” e a “publicização” do risco. Por esta razão é que se afirma que, enquanto na sociedade de classes o ideal é a igualdade, na sociedade de risco a segurança passa a ocupar o posto de legitimação das ações públicas e de poder³⁰.

1.3 A Sociedade Global do Risco e as instituições

Como visto anteriormente, a complexidade das relações produzidas pela sociedade moderna e a percepção dos riscos por ela criados conduzem ao reconhecimento de tais questões pela opinião pública, que, assim passa a reclamar por mecanismos de controle e de promoção da segurança. Neste processo, a sociedade observa que, na primeira modernidade, inúmeras atividades produtoras de riscos foram submetidas aos instrumentos oficiais de controle que, no entanto, não só foram coniventes com as atividades arriscadas, como também não se mostraram capazes de identificar essa sua característica e de evitar a produção de danos. Surge daí o questionamento atual das instituições, na medida em que a sua atuação pretérita, participou da criação do cenário perfeito para a livre produção dos riscos.

Além disso, passa a ser questionada a eficiência das tecnologias de segurança e do próprio sistema securitário.

³⁰ “(...) Luhmann ressalta que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não há critérios nem instâncias que se possam afirmar como indubitáveis, de forma que ‘não existe segurança além do momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura’ e isto conduz à indeterminação do futuro, que, por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 91).

Com relação às primeiras, reconhece-se que sua implementação torna ainda mais complexos os processos de produção e distribuição de bens e serviços, de modo a potencializar a “irresponsabilidade organizada” descrita por Beck – ou seja, de forma a tornar ainda mais difícil a individualização das responsabilidades. Além disso, as tecnologias de segurança são reconhecidas como fator negativo, na medida em que são recebidas como “suficientes” pelos indivíduos, que, assim, relaxam os níveis de atenção e prevenção comuns à vida cotidiana.

Quanto ao sistema securitário, os questionamentos que o colocam em crise, decorrem do reconhecimento de que a lógica da “calculabilidade” e antecipação aos danos não se mostra suficiente diante da imprevisibilidade (local e temporal) e da extensão dos danos e riscos que caracterizam a segunda modernidade. A própria falta de capacidade de qualquer seguradora para indenizar danos provocados, por exemplo, por acidentes atômicos ou grandes catástrofes naturais também figura como sinal da falência deste sistema.

Assim, “quando a sociedade percebe os riscos ecológicos globais, as soluções existentes (...) revelam-se superficiais e inoperantes, razão pela qual surge uma demanda pelo desenvolvimento de novos e eficientes mecanismos de controle”.³¹ No entanto, “com a tendência de globalização dos riscos podem surgir [como de fato surgem] perturbações, devido às generalizações (onde tudo é perigoso, ao mesmo tempo nada é perigoso)”.³²

Tais generalizações contam com a simplificação dos processos pelos meios de comunicação de massa, pela ênfase a temas sem o uso de reais critérios sobre sua gravidade e relevância e pela flutuação de explicações com aparente cientificidade (mas já sem a credibilidade que marcava a primeira modernidade). Soma-se a isso uma exasperação da sensibilidade coletiva aos eventos inesperados e a exploração intensiva destes fatos pela mídia e pelas classes políticas³³.

Diante de toda esta conjugação de fatores de crise, a teoria procura refletir sobre os mecanismos de controle e normalização existentes ou projetados em resposta à “nova” realidade. Neste contexto, o direito é um dos objetos mais recorrentes de pesquisa, em virtude de seu caráter regulatório.

³¹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, p. 76.

³² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 91.

³³ **Ob. cit.**, p. 91.

Se, de um lado, os riscos da sociedade industrial “(...) ou provinham de acontecimentos naturais (...) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para as quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos”³⁴, na sociedade de risco, ocorre um processo de difusão da insegurança subjetiva, que é apontado como vetor fundamental para a canalização de grande parte das expectativas e clamores sociais na direção do direito.

Na análise de Winfried Hassemer, esta situação coloca o Poder Judiciário “com as costas para a parede”³⁵, pressionando-o a oferecer respostas ágeis e eficientes, capazes de apaziguar a sensação de insegurança:

“(...) a Justiça cada vez menos consegue se fazer compreender por seu meio. (...) A longo prazo, a justiça está enquadrada em uma atualidade cujas estruturas não se adequam corretamente àquelas que caracterizam o terceiro poder e das quais ela não queira fracassar em sua tarefa. Nós vivemos, caso se possa assim definir, em um tempo não amigável à Justiça, em um tempo executivo. As sociedades modernamente desenvolvidas, e dessa forma também a nossa, experimentam seus problemas com riscos poderosos. Esses problemas se desenvolvem rapidamente e abrangem todo o círculo terrestre, instando soluções amplas e rápidas. Não há tempo para longas reflexões sobre soluções e não existe disposição para, inicialmente, se testar instrumentos destinados à solução e então decidir se e como elas devam ser inseridas. Embora muita coisa funcione experimentalmente, não, porém porque ela foi anteriormente experimentada, mas e apenas porque depois da inserção precipitada ela não produz efeito e imediatamente é substituída por outra. Por tudo isso é claro que o discurso não trata da realidade verdadeira, mas apenas de nossa percepção da realidade, se os problemas ‘realmente’ existem e qual é a sua feição, isto é insignificante, pois a percepção desses problemas é estável, e no momento ela o é”.³⁶

Ainda como efeito da sociedade de risco sentido pelas instituições e, em especial, pelo direito, encontra-se a instalação da urgência, como valor fundamental para todas as decisões públicas.

Segundo François Ost, “A urgência parece subverter, e de modo permanente, a produção do direito por inteiro”³⁷, o que decorre de uma argumentação pragmática

³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 158.

³⁵ **Direito penal libertário**, p. 34.

³⁶ **Ob. cit.**, p. 28-29. Em outra passagem, o mesmo autor insiste: “As estruturas do terceiro poder se tornam cada vez menos claras ao público, elas não se enquadra, no seu tempo, a Justiça torna-se um peso” (p. 30).

³⁷ **O tempo do direito**, p. 339. O mesmo autor prossegue: “Esta tendência amplamente confirmada desde então, como o que prova principalmente o fato de que o juiz de ações cautelares – juiz da urgência – parece ter adotado a jurisdição normal, como em muitas demandas (no direito provado, e mais recentemente no direito administrativo). Daí não ser exagerado sustentar que a urgência tornou-se o registro temporal corrente da produção jurídica contemporânea. Não somente todo o direito se pôs em movimento (o transitório-permanente), mas ele o faz num ritmo incessantemente acelerado” (p. 340).

e utilitarista, que opõe (erroneamente) o Direito à realidade, apresentando-o como mera formalidade.

Sob a lógica de que os piores eventos devem ser enfrentados com os instrumentos mais poderosos do Estado, esta realidade de pressão do Poder Judiciário (e do Direito como um todo) conduz a uma intensiva expansão do Direito Penal. Segundo o que anota Jesús-María Silva Sanchez, esta “opção” se destina a pôr fim, ao menos simbolicamente, à insegurança sentida³⁸. De acordo com este mesmo autor, esta realidade conduz a uma “demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal”.³⁹ O mesmo pode ser dito acerca do Processo Penal, ainda que haja a menor número de publicações jurídicas quanto a este tema.

³⁸ Reproduzindo este pensamento, Francis Rafael Beck afirma, em estudo recente: “A constatação desta crise estrutural, associada ao medo dessa forma de delinquência (diariamente explorados pelo poder midiático), acaba se tornando a principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e do próprio Direito Penal nos últimos tempos” (**Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea**, in **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**, p. 268).

³⁹ **A expansão do direito penal**, p. 75. Também referindo esta passagem, Pablo Rodrigues Alflen da Silva destaca que “este entendimento segue uma orientação que já tem sido corroborada entre alguns sociólogos, na medida em que exige respostas flexíveis, como afirma Zigmunt Baumann, face à variabilidade das circunstâncias, e esta idéia de ‘flexibilização’ demanda a redistribuição de poder. Nesse sentido segue expressamente uma via ‘anti-garantista’, tendo em vista a afirmação de Silva Sánchez ‘será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais’. Isto se deve ao fato de que a maior parte das garantias clássicas orientam-se por um paradigma de Direito Penal de vertente liberal, que toma por base a idéia de indivíduo, de bens jurídicos individuais, isto é, pelo paradigma do Direito Penal clássico, enquanto o paradigma atual orienta-se pela macrocriminalidade” (**Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 104).

2. A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL

De acordo com o que foi apontado anteriormente, a escolha do Direito Penal para o desempenho da tarefa de *tranquilizador social* na segunda modernidade não se dá ao acaso. Embora o advento do risco e da sensação de insegurança pudesse conduzir à expansão de outros mecanismos sociais, “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”.⁴⁰

Nos campos afetos à moral e à ética, a destruição de referenciais mínimos e coletivos de valores conduz a uma situação muito próxima à descrita por Émile Durkheim, como o estado de *anomia*⁴¹. Exemplo disso é o fato de o Direito Penal ser também reclamado por instituições e grupos referidos por Silva Sanchez como *gestores ‘atípicos’ da moral*:

“(...) associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (...), pacifistas (...), antidiscriminatórias (...) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses”.⁴²

Une-se a este processo, ainda, a grande “utilidade” do atendimento aos apelos sociais por parte daqueles que ocupam cargos públicos: a facilidade da edição de leis penais e a positiva repercussão desta edição frente à opinião pública formam uma dupla bastante interessante, sob o ponto de vista eleitoral.

Sobre este último tema, Pablo Rodrigues Alflen da Silva anota que o efeito simbólico do Direito Penal acaba funcionando como principal promotor de sua exploração política:

“Tais efeitos simbólicos caracterizam-se, em primeiro lugar, pela tendência de demonstrar a rapidez dos reflexos de atuação do legislador face ao surgimento de problemas novos, em segundo lugar pela tendência do legislador de se identificar com determinadas preocupações dos cidadãos, de modo que procura suscitar na sociedade a confiança de que está fazendo algo em relação aos problemas que àquela pareciam irresolúveis, produzindo o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos.

⁴⁰ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**, p. 48.

⁴¹ BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crística e Crítica ao Direito Penal**, p. 59-65.

⁴² SANCHEZ, Jesús-María Silva. **ob. cit.**, p. 63.

Trata-se de um efeito de intervenção penal que não é suscetível de legitimação, isso porque, como adverte Zaffaroni, 'as leis penais são um dos meios preferidos do Estado espetáculo e de seus operadores 'showmen', em razão de que são baratas, de propaganda fácil e a opinião se engana com bastante frequência sobre sua eficácia'. Daí a reprodução de leis penais, a irracionalidade e a deterioração da técnica legislativa".⁴³

Observa-se, igualmente, que a condução dos temas e problemas pela mídia conduz à identificação dos indivíduos com a posição de vítima. Este processo de *vitimização* é também compreendido como *infantilização* social, pois já não se aceita a dor como elemento integrante da vida cotidiana. "Aos olhos dos indivíduos que se tornaram temerosos, a proibição reafirmada e sancionada parece poder reforçar os laços sociais e garantir um pouco da segurança perdida".⁴⁴

Mas é finalmente na ineficácia do Direito Civil (objetivado pela lógica da indenização) e do Direito Administrativo (amarrado pela burocracia e pela falta de credibilidade de seus executores) que Silva Sanchez identifica a razão para a corriqueira definição do Direito Penal como instrumento de combate à insegurança produzida pela Sociedade de risco.

Em linhas paralelas, a Criminologia Crítica ou Radical também permite a análise da eleição unânime e estável do Direito Penal como instrumento de *tranqüilização* da Sociedade do Risco.

Sintetizando as reflexões de diversos pensadores, Alessandro Baratta aponta para a lógica capitalista como fator de sustentação do Direito Penal (que, assim também serve de pilar para o sistema capitalista). Conforme assevera o autor italiano, enquanto o sistema econômico distribui desigualmente os bens de valor entre os indivíduos, o Direito Penal se encarrega da distribuição (igualmente desigual) do bem jurídico negativo, correspondente à atribuição do rótulo de criminoso. Assim, a conjugação entre o capitalismo (ainda que em suas novas formas) e o Direito Penal mantém o equilíbrio necessário para a sobrevivência do sistema⁴⁵. Na Sociedade do Risco, esta relação de simbiose também passa a servir como mecanismo de desigual distribuição dos riscos e inseguranças.

⁴³ **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 123. Neste mesmo sentido, Miguel Reale Júnior adverte que "a opção de se valer o legislador do Direito Penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional" (**Instituições de Direito Penal**, p. 26).

⁴⁴ OST, François, **O tempo do direito**, p. 357.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**, p. 197-209.

De qualquer modo, o que se verifica é que as características da sociedade pós-industrial consolidam a expansão de um Direito Penal, que, nas palavras de Rogério Greco, não reconhece outra eficácia “senão a de tranquilizar a opinião pública”⁴⁶ limitando-se a um efeito meramente simbólico.

O resultado deste processo vem sendo apontado por muitos como *desalentador*. Incumbido da impossível tarefa de afastar os riscos e a insegurança da sociedade, o Direito Penal passa a estar cercado de rigores e supressões de garantias, em nome de uma pretensa eficiência no combate da criminalidade.

Estas alterações, aliás, são sentidas em planos diversos, inclusive no âmbito internacional, conforme refere Flávia Piovesan:

“A título de exemplo, citem-se pesquisas acerca da legislação aprovada nos mais diversos países, ampliando a aplicação da pena de morte e demais penas, tecendo discriminações insustentáveis, afrontando o devido processo legal e o direito a um julgamento público e justo, admitindo a extradição sem garantia de direitos, restringindo direitos, como a liberdade de reunião e de expressão, entre outras medidas”.⁴⁷

Além disso, é possível citar as medidas européias de restrição à imigração e na, esfera mundial, a atuação norte-americana de livre disposição de cidadãos de outras nacionalidades, não integrados ao território dos EUA ao argumento de combate ao “terrorismo”.⁴⁸

Uma conjugação radicalizada deste temor internacional (aprofundado na última década) e do ideal de segurança através do Direito Penal dá visibilidade a propostas extremas, como a formulada por Günter Jakobs e por ele denominada “direito penal do inimigo”.⁴⁹ Também partindo de reflexões políticas e filosóficas, o autor alemão considera que há situações em que o indivíduo, por violar profundamente seus deveres de cidadão, já não oferece à sociedade uma expectativa minimamente segura acerca de suas ações futuras. Por isso, contra ele seriam recomendadas medidas penais exclusivamente destinadas à sua incapacitação. Penas de morte, perpétuas e outras formas cruéis de punição, além de uma extensão das medidas de segurança com prazo indefinido estariam

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**, p. 30.

⁴⁸ A este respeito, cite-se especialmente o exemplo da base militar e das prisões norte-americanas situadas em Guantánamo – Cuba (WINTERBORRON, Michael e WHITECROSS, Mat. **A caminho de Guantánamo**. Documentário).

⁴⁹ **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**.

perfeitamente justificadas, a despeito da enunciação de qualquer direito ou garantia fundamental. Estariam, também, legitimados quaisquer métodos de investigação e perseguição que fossem capazes de, eficazmente, conduzir à aplicação das sanções deste direito penal do inimigo.

Embora estas propostas venham sofrendo críticas enérgicas⁵⁰ e a instalação de um sistema penal inteiramente baseado no conceito de inimigo pareça não se sustentar diante dos padrões do constitucionalismo moderno, o que se constata é que sua lógica vem sendo incorporada nos ordenamentos jurídicos modernos – que se rendem ao apelo dos grandes riscos sociais.

A retomada da utilização da periculosidade como critério para a imposição de medidas processuais e materiais é exemplo disso.

Paralelamente aos reflexos do direito penal do inimigo e com muito mais ênfase, o Direito Penal da Sociedade de Risco tem sido alvo de propostas que o alteram substancialmente.

Assim, é vasta a produção doutrinária acerca dos preceitos penais clássicos de responsabilidade e causalidade do conceito de bem jurídico e da manutenção de vítimas individualizadas ou individualizáveis.

Jorge Figueiredo Dias⁵¹, por exemplo, questiona se o Direito Penal baseado na política criminal, na exclusiva proteção de bens jurídicos e na prevenção especial positiva nos acompanhará neste novo século. Segundo ele, as características e a velocidade da sociedade atual justificam e demandam uma “*nova dogmática jurídico-penal*”:

“Como poderão manter-se exigências (...) como as dos critérios de aferição da causalidade, da imputação objectiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode continuar a manter-se a ideia (...) de que o delito doloso de acção constitui a forma ‘normal’ e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente (...) manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando (...) existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e especial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?”⁵²

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**; GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**; GOMES, Luiz Fávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo**.

⁵¹ **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 157: “Ou haverá já no horizonte sinais da necessidade de uma nova *revolutio* nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas de segurança?”.

⁵² **Ob. cit.**, p. 161.

Em resposta a estes questionamentos, alguns autores propõem o estabelecimento de um Direito Penal concebido em vista das características da Sociedade de Risco, mais ágil em suas transformações legislativas e muito mais voltado a impedir a ocorrência de danos.

Deste modo, segundo a proposta extrema que procura apresentar o Direito Penal como resposta aos riscos contemporâneos, propõe-se uma desformalização do processo legislativo e, portanto, do afastamento do monopólio do Congresso Nacional, em vista da necessidade de acelerar a produção de leis penais.

Além disso, visando oferecer meios de prevenção de danos, propõe-se que a tutela penal antecipe-se e, portanto, passe a incriminar prioritariamente condutas preparatórias ou meramente violadoras de deveres, ainda que significativamente distanciadas de eventual lesão a um interesse socialmente significativo⁵³.

Para isso, também se apregoa como necessário flexibilizar paradigmas dogmáticos ou princípios penais afetos à individualização da responsabilidade, à exigência de dolo ou culpa na conduta, à existência de nexo causal entre a conduta e o resultado, à responsabilização de pessoas físicas e à própria subsidiariedade do Direito Penal⁵⁴.

Registre-se que, quanto à recepção destas propostas, os autores se dividem em posições intermediárias ou mais radicais.

Os adeptos ao pensamento da Escola de Frankfurt⁵⁵, por exemplo, consideram que a contenção dos riscos característicos da sociedade cotidiana não é tarefa possível de ser realizada pelo Direito Penal, em razão do que a insistência em utilizá-lo com este objetivo acarretará, na verdade, um prejuízo sem precedentes a conquistas ideológicas e jurídicas que se consubstanciam nos direitos e garantias fundamentais associados ao iluminismo penal. Segundo tais teóricos, caberia a

⁵³ DIAS, Jorge Figueiredo, **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 167.

⁵⁴ “Tal situação reflete, como já referido, o caráter *expansivo* do Direito Penal, expressando com isso, por um lado, a tendência à ampliação de vários aspectos no âmbito do Direito Penal, como, por exemplo, a proteção de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes (em oposição ao espaço de risco permitido, que atua como limite à criminalização de condutas), a flexibilização das regras de imputação e, por outro lado, a tendência à restrição ou eliminação de aspectos fundamentais do Direito Penal como, por exemplo, a ‘relativização’ dos princípios político-criminais de garantia, como antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades da sociedade de risco ou ainda como o caráter limitador da intervenção punitiva desempenhado pelo princípio da legalidade, principalmente diante da exigência de certeza da lei penal, que se debilita em razão das exigências sociais de proteção jurídico-penal de bens jurídicos complexos, de difícil determinação” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 102-103).

⁵⁵ Dentre os quais cita-se Cornelius Prittwitz e Winfried Hassemer.

outras instâncias sociais e a outros ramos do Direito (como o Direito Civil e o Direito Administrativo, de carácter sancionatório) o papel de oferecer respostas às necessidades criadas pela Sociedade de Risco⁵⁶.

Divergindo desta proposta que se coloca no oposto diametral do chamado *Direito Penal do Risco*, outros autores assumem uma posição intermediária, sustentando que, a valer a insistência na manutenção exclusiva de todas as características do Direito Penal clássico, logo ele passará a ser dispensável, na medida em que “se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa”.⁵⁷ Além disso, asseveram que outras formas de controle social ou auto-tutela alheias ao Direito não se mostram capazes de fazer frente aos novos riscos sociais, assim como não haveria nada que o Direito Civil pudesse oferecer como mecanismo eficaz, dada a sua vinculação à existência prévia de um dano e, também, ao *princípio do pedido*. Sob este ponto de vista, o distanciamento (principalmente temporal) entre as ações de risco e os eventos lesivos dela decorrentes gerariam dificuldades para a definição da legitimidade (ativa e passiva) para o ajuizamento de ações de responsabilidade civil.⁵⁸

De outro lado, também não reconhecem como legítimo o raciocínio estabelecido pela via extrema de um *Direito Penal do Risco*, admitindo a viabilidade da intensificação do uso do Direito Administrativo Sancionatório, até mesmo pela proximidade lógica guardada com o Direito Penal⁵⁹. Ainda assim, consideram o uso deste último como irrenunciável instrumento para responder aos riscos contemporâneos, mesmo que de modo subsidiário às previsões e sanções administrativas. Rechaça-se, de qualquer modo, a utilização do Direito

⁵⁶ Neste sentido, pode-se referir o pensamento de Winfried Hassemer, segundo o qual a extensão do Direito Penal para a proteção de relações características da sociedade de risco transforma o Princípio da Proteção de Bens Jurídicos “de uma proteção condicionada de punição para um mandamento de punição, de um critério negativo para um critério positivo de uma incriminação mais correta” (**Direito Penal Libertário**, p. 195).

⁵⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 165.

⁵⁸ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias pergunta: “Se, dentro de 20 ou 30 anos, se verificarem danos civilmente avaliáveis a manipulações genéticas que hoje se operam sobre cereais, quem possuirá legitimidade (e contra quem?) para intentar uma acção de responsabilidade civil minimamente destinada ao sucesso? E ainda que possua: constitui esta uma via razoavelmente eficaz de defesa da humanidade perante o risco pressuposto que pode advir da manipulação genética?” (**Ob. cit.**, p. 166).

⁵⁹ Compreendendo esta questão, Winfried Hassemer assinala: “O direito penal ampliado a todos os bens universais se aproxima do direito administrativo, e a ele também corresponderá à quantidade de sanções. Não se trata mais de um equilíbrio adequado de um ilícito factível (e a confirmação das normas lesionadas por meio desse equilíbrio); trata-se de uma prevenção do risco, da dominação do perigo, da intervenção, antes que os danos ocorram” (**Ob. cit.**, p. 96).

Administrativo ou do Direito Penal como forma de instauração de um Estado cotidianamente presente em mecanismos de prevenção e repressão – a exemplo do que é encontrado na realidade norte-americana (que se propõe a uma gestão dos riscos a partir da definição e regulação de “grupos perigosos”).

Os partidários desta posição intermediária advogam por um Direito Penal dualista, que mantenha seus princípios e dogmas clássicos para a parcela de delitos não vinculada aos riscos modernos; mas que apresente um regramento periférico ou secundário capaz de atender a demanda da sociedade contemporânea. Este regramento, sim, conteria características menos garantistas e mais voltadas ao Princípio da Eficiência, podendo aproximar-se de um Direito Penal Administrativo.

Independentemente do nível da recepção dos caracteres de um *Direito Penal do Risco*, é pertinente fazer algumas anotações acerca de suas características, com o intuito de melhor apresentar quais os efeitos da aproximação do Direito Penal às marcas da segunda modernidade.

Como primeiro ponto a ser abordado no desenvolvimento desta tarefa, cabe citar que este Direito Penal (chamado de secundário pela corrente intermediária) envolveria um elastecimento da concepção de bens jurídicos. Tradicionalmente compreendidos como valores individualizáveis e bem delimitados, os bens jurídicos perdem estas suas características quando suscitados pela Sociedade de Risco, na medida em que envolvem interesses coletivos, trans-individuais ou trans-pessoais, de difícil definição. Assim ocorre, por exemplo, com o conceito de “meio ambiente”, de “ordem econômica” ou até mesmo de “sistema financeiro nacional”.

Diante deles, é possível perguntar: qual espécie de conduta, qual a intensidade de dano ou qual tipo de perigo realmente afetam “o meio ambiente”, ou “a ordem pública” ou “o sistema financeiro nacional”? A dificuldade em responder a esta questão não se apresenta diante de bens jurídicos tradicionais, como “vida” ou “patrimônio”, evidenciando-se a primeira grande discussão frente o Direito Penal clássico.

Aos partidários de uma convivência entre dois “tipos” de , a tarefa de identificação da ofensividade a bens jurídicos contemporâneos é, a despeito de difícil, possível, legítima e necessária⁶⁰.

⁶⁰ “Legítima, logo porque tais bens (...) encontram refracção legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Necessária, sem grande dúvida, em um ponto de vista de prevenção geral negativa, porque será razoável esperar

Além disso, defende-se a criminalização dos entes coletivos (pessoas jurídicas), sendo esta proposta diretamente vinculada à complexidade das relações e atividades desenvolvidas na segunda modernidade, sob o seguinte argumento: a criação dos grandes riscos contemporâneos ocorre no seio de corporações (empresas, instituições financeiras, indústrias, laboratórios etc.), podendo contar com a colaboração de inumeráveis pessoas, em uma cadeia de ações e omissões no mais das vezes desvinculada subjetivamente do resultado delitivo. Constata-se, pois, a conseqüente dificuldade de individualização da responsabilidade pelo dano ou pelo perigo, induzindo à utilização da incriminação dos entes coletivos, como solução. Claus Roxin, embora se mantenha como defensor de um Direito Penal mínimo e baseado nos direitos e garantias constitucionais, em suas considerações sobre o futuro do Direito Penal, reconhece que:

“(...) as sanções a pessoas jurídicas desempenharão um grande papel no futuro. Afinal, as formas mais socialmente lesivas da criminalidade econômica e ambiental têm sua origem nas grandes e poderosas empresas; também a venda dos mais diversos produtos lesivos à saúde será um problema cada vez maior para o direito penal. Quando, nestes casos, se realiza um tipo penal, é freqüentemente difícil, senão mesmo impossível, descobrir os responsáveis na empresa, pois a responsabilidade distribui-se por várias pessoas, e a culpabilidade de uma delas dificilmente pode ser provada. Também não se consegue enfrentar de modo eficaz os perigos que emanam de uma grande empresa – p. ex., para o meio ambiente – através da punição de um indivíduo substituível”.⁶¹

Ao lado disso, os critérios da imputação objetiva apresentam-se como pertinentes ao *Direito Penal do Risco*. Segundo Jorge Figueiredo Dias, “se torna indispensável o reconhecimento de um acentuado enfraquecimento, atenuação ou

que a punibilidade se revele susceptível de influenciar a cálculo vantagem/prejuízo – que pesem as teorias da escolha racional e as ‘técnicas de neutralização’, que nestes domínios intervirão com particular força – de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito. Considerações estas que valem não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para a actuação dos entes coletivos” (DIAS, Jorge Figueiredo, **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 176). Neste último aspecto, é cabível observar que a compreensão da prevenção geral positiva como estímulo à obediência da norma penal corresponde ao pensamento de G. Jakobs, ao qual se opõe C. Roxin, afirmando que esta face da função do Direito Penal (prevenção geral positiva) na verdade compreende a efetiva proteção de bens jurídicos – e não a estabilização das expectativas sociais no cumprimento do Direito.

⁶¹ **Estudos de Direito Penal**, p. 27-28. Destaque-se, mais uma vez, que Roxin não se coloca dentre os defensores de um direito penal do risco e, embora reconheça que algumas alterações do sistema jurídico decorram das novas realidades sociais, reafirma que elas não se adequam perfeitamente aos princípios clássicos. Quanto à incriminação da pessoa jurídica, por exemplo, considera que “Uma pessoa jurídica só pode agir e tornar-se culpável em um sentido análogo, através de uma construção jurídica. Para tanto, será necessário desenvolver regras especiais de imputação (...)” (p. 28).

‘amolecimento’ da relação entre a acção e o bem jurídico (...) protegido pelo tipo”⁶², sem que isso se confunda com o problema da causalidade – já que o que se propõe é o estabelecimento de critérios para a incriminação de condutas que criem ou potencializem perigos não permitidos.

Neste caminho, constata-se, ainda, que a prioridade dada ao uso de tipos penais de perigo abstrato, omissivos ou de imprudência, figura como outra características do *Direito Penal Secundário*, que, como já dito, antecipa-se à ocorrência de um dano ou mesmo à iminência do dano, assim como incrimina meras violações a deveres e não encontra caminhos para a identificação da relação causal entre uma conduta dolosa e o resultado lesivo investigado^{63, 64}.

Na esfera da produção legislativa, as características da Sociedade do Risco apontam para o uso de alternativas capazes de assegurar uma maior agilidade na criação e alteração do texto legal, para que ele possa acompanhar as rápidas mudanças da realidade, sem estar “ancorado” na morosidade característica dos parlamentos. Por esta razão, aponta-se como efeito da Sociedade de Risco no Direito Penal, a progressiva alteração no modo de produção legislativa. Dados os caracteres de urgência e de constante alteração de normas para atender a situações inovadoras ou a clamores imediatos, o modo de produção centralizado no Congresso Nacional apresenta-se como aceitável.

Neste contexto, o uso intensivo de normas penais em branco e tipos abertos tem se apresentado como a característica marcante no Direito Penal nacional e estrangeiro. Isto porque, podendo ser complementada por regras administrativas ou, ainda, pela interpretação jurisdicional, tais regras possuem evidentemente limites mais elásticos do que os tipos penais estritos.

Sobre o tema, Pablo Rodrigo Alflen da Silva, em estudo dedicado especificamente a este tema, considera:

⁶² **Temas básicos da Doutrina Penal**, p. 179.

⁶³ A expressão investigado será utilizada, neste trabalho, em sentido amplo, abrangendo, assim, a figura do indiciado no inquérito policial e do acusado na ação penal.

⁶⁴ “O segundo instrumento do direito penal moderno, que serve claramente a uma capacidade de ampliação, é a forma de delito dos delitos de perigo abstrato. (...) Delitos de perigo concreto ou até mesmo delitos de lesão aparentam estar ultrapassados. É fácil de se ver porque o legislador escolheu esse caminho. A forma do delito de perigo abstrato facilita, demasiadamente, a aplicação do direito penal. Quando se renuncia à comprovação de um dano, então não mais se depende da comprovação da causalidade. Conseqüentemente resta na comprovação da atuação incriminadora, cuja periculosidade não se encontra na condenação do juiz, mas no motivo do legislador quando da incriminação dessa ação. A tarefa do juiz torna-se assim extremamente facilitada” (HASSEMER, Winfried, *Direito penal libertário*, p. 199).

“(...) a idéia de uma criminalização determinada ao máximo possível (...) também está no retículo do Direito Penal do risco, na medida em que se preconiza que o Direito Penal torne-se mais ‘flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações’. E como o chamado ‘mandato de certeza’ é considerado o inimigo da flexibilização, dos crescentes e futuros problemas colocados a um Direito aberto, em um Direito Penal moderno orientado pelo risco não se exige que o legislador seja cauteloso ao introduzir conceitos jurídicos indeterminados, normativos e cláusulas gerais, basta apenas (e isto tem sido freqüente) que ele escolha conceitos que possam ser aplicados do modo mais flexível e superficial possível”.⁶⁵

Esta difusão das normas penais em branco, aliás, pode ser indicada como uma das formas de transferência de competências, apontadas por François Ost, como efeito da valorização extrema da urgência⁶⁶.

De qualquer modo, o que se vê é que todas estas discussões situadas no âmbito da doutrina penal opõem propostas de ordens diversas, que comumente são agrupadas e consideradas de modo próprio pelas três linhas de pensamento já referidas: uma primeira, que propõe a substituição do *Direito Penal Clássico* inteiramente por um *Direito Penal do Risco*, com características claramente menos garantistas; uma segunda, que insiste na preservação dos princípios e garantias do iluminismo penal e que aponta para um desfecho perigoso no uso do Direito Penal como instrumento de contenção ou gerenciamento dos riscos modernos; e uma terceira, que se posiciona de forma intermédia, defendendo a coexistência do *Direito Penal Clássico* com um *Direito Secundário*, atuando em áreas limitadas, com as características de um Direito Penal do Risco.

Paralelamente a estas discussões de ordem doutrinária, a realidade legislativa nacional tem criado um cenário que, pouco a pouco, delineia um quadro mais próprio aos contornos da terceira proposta referida.

⁶⁵ **Leis Penas em Branco e o Direito penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 118-119. Em outra passagem da mesma obra, o mesmo autor afirma que “o *moderno legislador* segue uma tendência à experimentação, orientado-se pelas consequências, e quanto mais o legislador penal tem em consideração as consequências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela produção e pela falta de tais efeitos), tanto mais ameaça a *lex certa* e, à medida em que se formulam preceitos poucos claros, imprecisos, extremamente flexíveis, as questões que não são resolvidas pelo legislador ficam entregues ao desenvolvimento judicial e nisso reside o risco maior, pois a jurisprudência pode desenvolver uma norma formulada de modo flexível, em uma direção completamente oposta àquela que o legislador queria lhe dar” (p. 121-122).

⁶⁶ “Os efeitos da urgência sobre o direito são múltiplos. Ela leva, de início, como percebemos, a validar todos os tipos de transferência de competência: do juiz ordinário ao juiz das causas cautelares, do juiz ao particular, do legislador e do juiz ao executivo” (**O tempo do direito**, p. 342).

Sem que seja preciso descer a muitas minúcias ou a aprofundamentos específicos, é possível arrolar uma série de exemplos que sustentam esta conclusão.

A começar pela existência de tipos penais que tutelariam bens jurídicos trans-individuais ou cuja violação direta é de demonstração quase impossível, pode-se citar as seguintes leis: Lei n.º 7.492/1986, definindo os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; a Lei n.º 8.078/1990, definindo os crimes contra o consumidor; a Lei n.º 8.137/1990, definindo os crimes contra a ordem econômica e tributária e contra as relações de consumo; a Lei n.º 8.176/1991, definindo os crimes contra a ordem econômica especialmente relacionados ao comércio de combustíveis; a Lei n.º 9.279/1996, definindo os crimes contra a propriedade industrial; a Lei n.º 9.424/1997, definindo dos crimes que violam a segurança dos processos de doação de órgãos; a Lei n.º 9.605/1998, definindo os crimes contra o meio ambiente; a Lei n.º 9.613/1998, definindo os crimes de lavagem de dinheiro e a Lei n.º 11.105/2005, que define os crimes contra a biossegurança⁶⁷.

A incriminação de condutas de entes coletivos, também já se faz presente no sistema brasileiro, como se observa pelo art. 225, § 3.º⁶⁸ da Constituição⁶⁹, até o momento regulamentado pelo art. 3.º da Lei dos Crimes Ambientais⁷⁰. Deste modo, independentemente da responsabilização de seus sócios ou administradores, a

⁶⁷ A caracterização destes novos crimes como tipos próprios da Sociedade de Risco é reconhecida também no direito comparado, como refere Pablo Rodrigo Alfelen da Silva, citando Cornelius Prittwitz: "(...) corroborando a idéia de que o Direito Penal tem andado à procura de novos rumos e novas categorias, fala-se em uma criminalidade global, no sentido de que a Globalização tem influenciado o Direito Penal até mesmo pela existência de um mercado de capital global, e como exemplo disso Prittwitz aponta a criminalização da lavagem de dinheiro e a reforma do Direito Penal financeiro alemão, cujos projetos apresentam uma tendência manifesta à *indeterminação*. Os empenhos que se realizam em direção ao combate à *criminalidade global* atinge três campos da criminalidade (os mesmos campos que em geral enquadram-se no denominado Direito Penal do risco): em primeiro lugar, tudo o que se coloca em vinculação com a criminalidade organizada, isto é, a criminalidade de drogas, de lavagem de dinheiro, prostituição e tráfico de pessoas; em segundo lugar, tudo o que é supostamente organizado e criminoso, mas que nem sempre se caracteriza dessa forma, como, por exemplo, a criminalidade ambiental e econômica, corrupção e fraude; e, em terceiro lugar, tudo o que tem uma relação imediata com os pressupostos tecnológicos da globalização, isto é, sobretudo a criminalidade de informática" (**Leis Penais em Branco e Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**, p. 101).

⁶⁸ "Art. 225 (...) § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

⁶⁹ Cabe registrar que a existência de autorização constitucional para a incriminação de pessoas jurídicas não aceita pacificamente entre os autores nacionais, havendo aqueles que defendem que a correta exegese do texto constitucional aponta, meramente, para a referência às espécies de punição adequadas a cada um dos sujeitos referidos no artigo.

⁷⁰ "Art 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

pessoa jurídica pode ser reconhecida como sujeito ativo de infração penal, estando sujeita a penas de multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e paralisação (provisória ou definitiva) de suas atividades.

Ainda na Lei n.º 9.605/1998 encontra-se exemplo nacional de outro caráter do *Direito Penal do Risco*: o uso da imputação objetiva. Nos termos do art. 2.º⁷¹, os sócios, administradores serão criminalmente responsabilizados quando não tenham agido para evitar o resultado típico, embora este não decorra de uma sua conduta.

A mesma lei, ainda, é pródiga na apresentação prevalente de tipos penais de perigo abstrato e de imprudência⁷², o mesmo podendo ser dito quanto à Lei n.º 7.492/1986⁷³.

A todas estas referências do Direito pátrio, ainda, cabe somar a tendência ao recrudescimento na cominação e execução das penas privativas de liberdade destinadas aos crimes que, com maior rotina, são associados a “organizações criminosas”. Novamente, sem fugir dos exemplos mais comuns, cabe citar a majoração das penas destinadas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes⁷⁴ e a criação e fragilidade de critérios para o estabelecimento do regime disciplinar diferenciado⁷⁵.

Em todas estas medidas, o apelo à segurança – verdadeiro ideal da sociedade de risco – é apontado como justificativa suficiente e legitimadora.

De qualquer modo, o fato é que as características de um *direito penal do risco* são clara e vastamente identificadas no ordenamento nacional (assim como no

⁷¹ “Art. 2.º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

⁷² Arts. 31, 34, 34, 42, 45, 48, 51, 52, 54, 55, 60, 62 e 64, por exemplo.

⁷³ Arts. 2.º-4.º, 6.º, 9.º-16, 20 e 22, por exemplo.

⁷⁴ Enquanto a lei 6.368/1976 previa pena de reclusão entre três e quinze anos, e multa seguindo os parâmetros tradicionais, a *novel* Lei n.º 11.343/2006 estabelece pena de reclusão, entre cinco e quinze anos. Além disso, houve significativa alteração da pena de multa que, antes limitada aos critérios gerais do art. 49 do Código Penal, passou a ter mínimo de quinhentos e máximo de um mil e quinhentos dias-multa.

⁷⁵ A Lei n.º 10.792/2003 alterou o art. 52, da Lei de Execução Penal, prevendo o isolamento celular por um período correspondente a 1/6 da pena e a suspensão e limitação de direitos do internado (dentre os quais o direito ao trabalho, ao lazer e a visitas de familiares). A imposição destas medidas está baseada, nos termos da lei, na prática de atos correspondentes a crimes dolosos, a faltas disciplinares de natureza grave e também a condutas com valoração abstrata, tais como ações que ocasionem “subversão da ordem ou disciplina internas” ou a existência de “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

direito comparado). Tal, no entanto, não significa que tenha havido uma opção (social e/ou legislativa) consciente por uma das propostas teóricas antes referidas.

Não se pode falar, por exemplo em um movimento organizado e planejado em vista da substituição do Direito Penal Clássico, já que inúmeras leis contemporâneas também têm resgatado e reconstituído a tutela penal clássica de bens jurídicos individuais, a partir da criminalização de condutas ou do agravamento da pena em crimes de dano, praticados contra vítimas perfeitamente individualizadas ou individualizáveis, a partir de situações resultantes de relações causais simples e marcadas por deliberada intenção lesiva. Permitem esta afirmação as Leis n.º 11.340/2006 (Lei de combate à violência doméstica e familiar contra a Mulher – Lei Maria da Penha⁷⁶) e a Lei 10.741/2001 (Estatuto do Idoso).

Não se pode, igualmente, falar na existência de um sistema penal dualista, cujos modelos estariam assentados em conjuntos paradigmáticos distintos. Isto porque, a despeito da recorrência de normas e flexibilizações de Princípios - característicos de um *Direito Penal do Risco* – estas ainda não vigoram ou são debatidas como regras fundamentais de um ordenamento jurídico apartado do Direito Penal Clássico.

Não há, por exemplo, exceção constitucional explícita ao Princípio da Legalidade Penal, segundo o qual a infração penal só será punível se descrita em uma norma prévia, escrita, estrita e certa. Não há, também, renúncia expressa ao Princípio da Culpabilidade, que condiciona a punição criminal à prática de uma conduta finalista, por um indivíduo dotado de potencial consciência da ilicitude e efetivo poder de agir de acordo com o Direito. Igualmente, não há abertura constitucional, no sistema brasileiro, para a inversão do papel atribuído ao Direito Penal, enquanto instrumento jurídico de *ultima ratio*; não sendo possível sustentar que a presença de características de um *Direito Penal do Risco* no direito brasileiro decorra de uma atuação legislativa organizada e programática.

Com efeito, é no texto constitucional que se reconhece o limite paradigmático (positivo e negativo) do Estado de Direito. É na tradição dogmática que se encontra a fonte para a legitimidade racional do sistema jurídico. No direito brasileiro, estes dois conjuntos ideais afirmam a Legalidade, a Culpabilidade, a Exclusiva Proteção a

⁷⁶ Que, dentre outras questões, resgatou as formas de criminalização e processamento das lesões criminais (antes destinadas às medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais) quando praticadas no âmbito doméstico.

Bens Jurídicos, a Ofensividade, a Lesividade, a Individualização e a Pessoalidade como princípios que dão verdadeira sustentação ao Direito Penal que, em sua essência não está, conseqüentemente, programado para edificar-se sobre sistemas distintos, baseados em princípios fundamentais não coincidentes.

Por esta razão, não se vê como possível a afirmação de que o Direito pátrio estaria a adotar a proposta intermediária de, racional e programaticamente, estabelecer um sistema penal dualista.

Não há dúvida de que o Direito Penal não se pode alhear da realidade, exclusivamente em virtude da incompatibilidade com suas estruturas. Como assevera Claus Roxin, esta hipótese representaria a retomada da separação entre o Direito Penal e política criminal, estabelecida por Franz von Liszt.⁷⁷ Neste aspecto, aliás, Roxin pondera que a perfeição da dogmática jurídico-penal não pode estar acima de sua relação com o mundo que envolve o Direito e para o qual ele deve existir⁷⁸, devendo haver, portanto, um constante esforço de aproximação do Direito Penal e da política criminal, já que primeiro “é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”⁷⁹.

Segundo o que considera o autor, “Uma tal introdução da política-criminal no campo jurídico da ciência do direito penal não acarreta a desistência ou relativização do pensamento de sistema, cujos rendimentos para a clareza e segurança jurídicas são indispensáveis”. No entanto, alerta:

“Será difícil afirmar que, de acordo com a mentalidade atual, seja político-criminalmente sensato reprimir, através da pena, sem vinculação a tipos ou ao princípio da culpabilidade, todos os possíveis comportamentos ‘paralegais’. A tensão entre o interesse da persecução e o da liberdade, pelo contrário, é inerente ao conceito de política-criminal; trata-se de uma harmonização, daquela síntese dialética (...), que deve ser exigida tanto da política-criminal, como de toda política racional. Além disso, reconhece-se desde os tempos de FEUERBACH que a prevenção de ameaça realizada pelo princípio

⁷⁷ **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, p. 04.

⁷⁸ “Isto não é, naturalmente, nada de novo; a realidade se impõe em qualquer exame pouco cuidadoso dos fatos da vida” (**Ob. cit.**, p. 16).

⁷⁹ **Ob. cit.**, p. 82. O autor segue afirmando, na mesma obra: Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto” (p. 82).

nullum-crimen seja um fundamento básico de político-criminal; as funções de motivação e de garantia desempenhada pelos tipos são dois lados da mesma finalidade político-criminal”.⁸⁰

Em outra obra, Roxin, ainda, considera o Direito Penal como um mal necessário, de modo que seria melhor se os benefícios que a ele se imputam “pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso”⁸¹, tais como a intensificação dos meios prévios de controle e de fiscalização das ações humanas⁸².

A partir disso, ao tratar do futuro do Direito Penal, reconhece a expectativa de um aumento do número de tipos penais, a incriminação de entes coletivos e o agravamento da repressão a delitos ainda desconhecidos (como aquelas praticados por organizações criminosas)⁸³. Propõe, porém, que medidas de descriminalização⁸⁴, de diversificação e substituição dos instrumentos penais e processuais penais⁸⁵.

Portanto, pode-se afirmar que a necessidade de aproximação do Direito Penal à realidade e da preciosa relação entre Direito, política criminal e criminologia não se prestam a justificar a superação dos raciocínios fundamentais da incriminação.

Apesar disso, independentemente da posição ou escola a que se possa filiar, parece inevitável reconhecer que o Direito Penal brasileiro está submetido a um anacronismo crescente em consequência da realidade pós-moderna, já que sofre o influxo de normas não referenciadas no sistema constitucional que lhe dá sustentação. Nestes termos, Winfried Hassemer sugere que:

⁸⁰ **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, p. 90-91.

⁸¹ **Estudos de Direito Penal**, p. 02.

⁸² **Ob. cit.**, p. 09.

⁸³ Esta circunstância também é identificada por François Ost: “A respeito do direito penal, que é, a seu modo, o guardião de todos os outros direitos, dois fenômenos prenderão nossa atenção: de um lado, o movimento de superpenalização, observável em qualquer lugar; de outro, a mudança de paradigma interno a este ramo, com o abandono dos objetivos de tratamento e de reabilitação do condenado em prol de uma política de gestão do risco criminal, com forte cheiro de mofo securitário” (**O tempo do direito**, p. 355).

⁸⁴ “Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou a *policia* *correctedness*, ou que levem a não mais de uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. Afinal, o impedimento de tais condutas não pertence às tarefas do direito penal, ao qual somente incumbe impedir danos a terceiros e garantir as condições de coexistência social. Um segundo campo de descriminalizações é aberto pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio fundamenta-se na idéia de que o direito penal, em virtude das suas acima expostas desvantagens, somente por ser a *ultima ratio* da política social. Isso significa que só se deve cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenas menos gravosos” (**Ob. cit.**, p. 12-13).

⁸⁵ “(...) pode-se insistir: sanções orientadas pela voluntariedade (trabalho de utilidade comum, reparação do dano) podem complementar e, em parte, substituir a pena no futuro. Em virtude de seus efeitos socialmente construtivos elas devem, na medida do possível, ser preferidas à pena privativa de liberdade” (**Ob. cit.**, p. 27).

“O direito penal deve ser um óbolo para a contribuição da solução dos problemas que nos afligem. Meio ambiente, drogas, terrorismo, preparação para a guerra. Formalidades tradicionais, princípios e conceitos do direito penal tornam-se anacrônicos, sob essa pressão de solucionar os problemas que parecem obstacularizar os objetivos”.⁸⁶

Esta é, sem dúvida, um dos grandes efeitos institucionais da Sociedade de Risco, até mesmo diante da “eleição” (midiática e social) do Direito Penal como instrumento preferencial de segurança.

Em consequência disso, tem-se o reconhecimento de que o direito processual penal também incorpora significativos e numerosos efeitos que o descaracterizam perante os seus princípios vetores.

⁸⁶ **Direito penal libertário**, p. 127.

3. A SOCIEDADE DE RISCO E O PROCESSO PENAL

As características da sociedade e risco e as próprias alterações do Direito material têm produzido efeitos também no Direito Processual Penal – os quais merecem a mesma atenção da doutrina e da jurisprudência, dada a sua relevância e, em diversos casos, à sua condição extrema. Apesar disso, observa-se que é escassa a produção teórica sobre os reflexos da segunda modernidade no Processo Penal. Esta circunstância, aliás, acompanha a tendência percebida em geral: enquanto são múltiplas e profundas as elaborações doutrinárias sobre os mais diversos temas do Direito Penal (teoria do crime, teoria da pena, funções e conseqüências do direito penal etc.), o mesmo não ocorre em relação ao Processo Penal⁸⁷.

Obviamente, esta situação (de disparidade) não decorre de uma maior ou menor relevância de um ou outro ramo. Afinal, assim como o Direito Penal exerce a sua função (de delimitador da última instância do Direito para a tutela de bens jurídicos), o Processo Penal também ocupa seu espaço de exclusividade, ao conjugar não só os mecanismos para o implemento de um direito que não é auto-aplicável⁸⁸, mas também como espaço de manifestação de diversos e importantíssimas previsões constitucionais⁸⁹. Nas palavras de Hassemer:

⁸⁷ Esta realidade pode ser atribuída, dentre outras circunstâncias, às dificuldades historicamente enfrentadas pelo Processo Penal na conquista de sua autonomia. Além de ser considerado, por muito tempo, como simples instrumento para a aplicação do Direito Penal, era também entendido como mera decorrência do Processo Civil. Aliás, a persistência desta concepção, ainda que de forma velada, continua a suscitar manifestações como a de Jacinto Miranda Coutinho, no sentido de que é urgente “uma teoria geral do direito processual penal arredia à falta de ensancha da teoria geral do direito processual civil, pelo menos para poder-se ter uma base mais coerente no momento de uma reforma que pretenda não ser só verniz” (**Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às Reformas processuais**. In WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**, p. 140). Chama a atenção, também, que nos textos sobre o Processo Civil, haja uma recorrente utilização do termo “processo” (sem qualquer complemento) para definir o Processo Civil. É como se houvesse a apropriação de todo o conteúdo processual por aquela primeira esfera do processo, dando-se pouca ou nenhuma notoriedade ao Processo Penal.

⁸⁸ **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**, p. 27. Neste sentido, Aury Lopes Júnior também anota que: “Ao suprimir a vingança privada e avocar o poder de punir, nasce o processo penal como caminho necessário para que o Estado legitimamente imponha uma pena” (**Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, p. 04).

⁸⁹ “A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais” (**Ob. cit.**, p. 28).

“O direito penal material e o direito processual penal se correlacionam funcionalmente. Um processo penal diferenciado, de orientação no Estado de Direito, somente é possível quando também o direito penal material, de orientação no Estado de Direito, é diferenciado. Incriminações amplas no direito penal material devem conduzir a estratégias de ação ampla no processo penal. O ‘negócio com a justiça’ é, por isso, em sua raiz, não somente um problema do direito processual penal, mas também do direito penal material.”⁹⁰

Sob este aspecto, aliás, há diversas manifestações no sentido de que o viés (libertário ou terrorista) de um Estado pode ser claramente percebido a partir da análise de seu Processo Penal⁹¹⁻⁹². É prova disso a própria referência explícita e destacada às garantias processuais penais, nos textos constitucionais modernos e nas declarações internacionais de direitos⁹³⁻⁹⁴.

Ademais, cabe mencionar - como causa de verdadeira perplexidade perante a dedicação díspar dos teóricos ao Direito e ao Processo Penal – a própria contemporaneidade dos temas processuais penais, envolvidos, por exemplo, pelas novas possibilidades tecnológicas.

De qualquer modo, não há dúvida de que “Numa época em que o (ideal do) *welfare state* se vê substituído pelo *penal state*, aplicando-se o direito penal como

⁹⁰ **Direito penal libertário**, p. 204.

⁹¹ “De fato, o Direito processual penal é uma espécie de *Direito constitucional reformulado ou aplicado*, é dizer, serve de limite aos poderes do Estado quando da atuação contra o indivíduo” (GOMES, Délcio Alonso, **(Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**, p. 28). No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior destaca que “somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo consciência de que ela constitui-a-ção) é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através de sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição” (**Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, p. 08).

⁹² “Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à perseguição criminal injusta, está a se violar o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Em verdade, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da barbárie” (Gilmar Mendes, no prefácio à obra **Direito penal libertário**, de Winfried Hassemer – p. xiii).

⁹³ Luigi Ferrajoli, por exemplo, elenca tais garantias dentre os direitos humanos, ao conceituar estes últimos: “(...) los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y coinciden indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación de pensamiento, el derecho a la salud a la educación y las garantías penales e procesales (...)” (**Derechos y Garantías – La ley del más débil**, p. 40).

⁹⁴ Na Constituição brasileira, merecem destaque os incisos XXXIV, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LIX, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII do art. 5.º, o inciso IX, do art. 93, além dos princípios referidos no art. 1.º e no *caput* do art. 5.º.

panacéia de todos os males, imperiosa mostra-se a reflexão sobre o modelo de processo penal (...).⁹⁵

Ainda que não amparada pela mesma abundância de elaborações teóricas dedicadas ao Direito Penal, esta reflexão permite que alguns temas sejam considerados na confrontação das características da Sociedade de Risco e das tendências mais recentes do Processo Penal. Como anota Fauzi Hassan Choukr, se a sociedade brasileira atual:

“(...) não vive situações como a prática do terrorismo na matiz político-religiosa, ou as atividades mafiosas na acepção italiana, nem por isso deixa de ser campo fértil para o emprego simbólico do sistema repressivo como canal principal de regulação social.

Neste sentido, cresce em importância a emergência (...)⁹⁶, onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico, propagandeados que são como a pronta resposta estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veicularão de sua existência deixa os noticiários. Se as pressões que lhes deram vida acabam, por motivos muitas vezes inconfessáveis, deixando o imaginário coletivo, o fato é que essas leis ficam, e o estrago cultural no sistema é por demais danoso (...).⁹⁷

Neste sentido, um primeiro conjunto de idéias pode ser agrupado sob o tema da rapidez ou da urgência do processo. Acelerada pelo uso da tecnologia na vida cotidiana, no registro de informações e nos meios de comunicação, a sociedade torna-se intransigente diante do descompasso entre o tempo social e o tempo processual, que se aprofunda em razão da aceleração tecnológica e, também, da crescente dificuldade estrutural do Poder Judiciário. Nas palavras de François Ost, “Mergulhadas nesta brecha do presente, nossas sociedades parecem órfãs da história, privadas de duração, dedicadas unicamente ao frenesi do instante, condenadas a viver no ritmo sôfrego da atualidade”.⁹⁸

⁹⁵ GOMES, Délcio Alonso, **(Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**, p. 21.

⁹⁶ A emergência é assim conceituada pelo mesmo autor: “(...) aquilo que foge aos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Tal declinação da cultura normal não se dá pela inserção tópica das regras fora de extratificação codificada pois, se assim fosse, toda lei extravagante deveria ser considerada como emergencial ou de exceção. A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, nesta devendo ser entendida não apenas o texto interno constitucional mas, igualmente, os textos supranacionais que versem sobre esta matéria” (**Processo Penal de Emergência**, p. 131).

⁹⁷ **Ob. cit.**, p. 131-132.

⁹⁸ **O tempo do direito**, p. 28.

Sobre esta questão, aliás, Peter-Alexis Albrecht anota que a hipertrofia do Direito Penal material se projeta na demanda processual diária, aprofundando o abismo entre a capacidade temporal do processo e a expectativa social nas soluções oficiais. Por conta disso, “el sistema busca espontáneamente su descongestión y para ello sigue el camino que conduce hacia una constante desformalización del Derecho penal y del Derecho procesal penal”.⁹⁹

O apelo à rapidez e à urgência também pode ser associado à generalização do sentimento de insegurança provocado pela reflexividade da segunda modernidade e, obviamente, pela recorrência aos mecanismos penais de tranquilização.

Conforme visto nos tópicos anteriores, a sociedade acabou por encontrar na punição e na simbólica prevenção atribuída ao Direito Penal a resposta para a ansiedade e para o temor gerado pela percepção de que os grandes e imprevisíveis riscos que são enfrentados atualmente decorreram, não de contingências naturais, mas de decisões humanas, tomadas ao longo do desenvolvimento industrial, tecnológico e científico.

Neste sentido, François Ost insiste que:

“De um golpe, a lógica do projeto típico das políticas penais do Estado Social, dá lugar a intervenção de urgência, programas de curtíssimo prazo, suscetíveis de produzir resultados rápidos, visíveis e, se possível, rentáveis nos meios de comunicação. Ao mesmo tempo, observa-se uma aceleração muito real de alguns processos judiciais em resposta ao desejo de uma reação social imediata à delinquência”.¹⁰⁰

Forma-se, assim, um contexto propício para a difusão de idéias voltadas à abreviação do rito processual, no âmbito legislativo, e também para a tolerância do Poder Judiciário frente a “defeitos” processuais. Neste aspecto, o acompanhamento das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, Regionais Federais e Estaduais permite identificar uma tendência à validação e ao aproveitamento de atos processuais nulos, sob argumentos diversos, tais como a preclusão da matéria por

⁹⁹ **La insustentable situación del derecho penal**, p. 482.

¹⁰⁰ OST, François, **O tempo do direito**, p. 360.

tardia argüição da parte, a falta de demonstração de prejuízo decorrente da nulidade e a redução das causas de nulidade absoluta¹⁰¹.

¹⁰¹ No que se refere à tendência à relativização das nulidades decorrentes de violações ao devido processo legal, vale a referência aos seguintes acórdãos:

- a) STF – 2.^a Turma – Habeas Corpus n.º 83.098 / PA – Relatora Ministra Ellen Gracie – julgado em 18/11/2003 – publicado no Diário da Justiça da União de 27/08/2004: “HABEAS CORPUS. ALEGADA NULIDADE POR SUPRESSÃO DA FASE DE DILIGÊNCIAS (ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NÃO ALEGAÇÃO DA MATÉRIA EM ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. Sendo relativa a nulidade decorrente da supressão da fase de diligências (art. 499, CPP), a não argüição da matéria em sede de alegações finais tornou-a preclusa. Precedentes. Habeas corpus conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido”.
- b) STJ – 5.^a Turma – Habeas Corpus n.º 29.440 / RJ – Relator Ministro Félix Fischer – julgado em 04/03/2004 – publicado no Diário da Justiça da União de 26/04/2004 – p. 185: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGOS 302 E 303 DA LEI Nº 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). NULIDADE POR SUPRESSÃO DA FASE DO ART. 499 DO CPP E, TAMBÉM, POR DEFICIÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. I - Tratando-se a supressão da fase do art. 499 de nulidade relativa, deve ser ela decretada no momento oportuno (via de regra nas alegações finais), sob pena de convalidação, e desde que comprovada a existência de prejuízo (Precedentes do STF e do STJ). (...) Habeas corpus denegado”. No mesmo sentido: c) STJ – 5.^a Turma – Recurso Especial n.º 495.738 / RJ – Relator Ministro Félix Fischer – julgado em 02/10/2003 – publicado no Diário da Justiça da União de 03/11/2003 e TJPR – 4.^a Câmara Criminal – Apelação Criminal n.º 391.278-5 – Relator Desembargador Ronald Juarez Moro – julgado em 13/12/2007 – publicado no Diário da Justiça do Paraná n.º 7530.

Em sentido contrário, registra-se a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, na seguinte ementa: STJ – 5.^a Turma – Recurso Especial n.º 824.907 – Relator Ministro Gilson Dipp – julgado em 12/06/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 01/08/2006: “CRIMINAL. RESP. SUPRESSÃO DE FASES DO PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PRAZOS PARA DILIGÊNCIAS E APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Juízo de primeiro grau proferiu sentença absolutória, suprimindo as fases de diligências e de apresentação de alegações finais, em total desacordo com o disposto nos arts. 499 e 500 do CPP. II. O art. 564, III, do CPP relaciona as hipóteses de nulidade por falta de fórmulas ou de termos no processo comum, dentre as quais o disposto em sua alínea “e”: “...os prazos concedidos à acusação e à defesa;”. III. A supressão das fases dos arts. 499 e 500 do CPP são causa de nulidade absoluta, na medida em que traduzem ofensa aos princípios constitucionais do devido **processo** legal, do contraditório e da ampla defesa. IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator”.

Quanto à tendência de flexibilização da exigência de fundamentação das decisões, a partir do enfrentamento das teses defensivas, pode-se referir as seguintes manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

- a) STF – Tribunal Pleno – Recurso Extraordinário n.º 418.416 / SC – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – julgado em 10/05/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 19/12/2006: “I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00);
- b) STJ – 5.^a Turma – Habeas Corpus n.º 71.833 – Relator Ministro Félix Fischer – julgado em 21/06/2007 – publicado no Diário da Justiça da União de 03/09/2007: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76. SENTENÇA. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. OMISSÃO. EXAME DE TESE DA DEFESA. (...) III - Não é omissa a decisão que, fundamentadamente, abraça tese contrária à da defesa. Demonstrada a autoria, a rejeição da tese de inocência do paciente, por redundância, não precisava ser formalmente explicitada (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. Writ concedido de

O permanente estado de emergência, característico da Sociedade de Risco, é também propício para a difusão de medidas processuais de urgência¹⁰², seja no que se refere ao uso daquelas já previstas em lei; seja na criação de novas formas de tutela cautelar; seja, ainda, na flexibilização dos requisitos exigidos para o deferimento de tais medidas. Na esfera da produção legislativa nacional, pode-se referir:

- a Lei n.º 7.960/1989, que estabelece a prisão temporária;
- a Lei n.º 8.072/90, que veda a concessão de fiança aos indiciados ou acusados da prática de crimes hediondos ou assimilados, reafirma a prisão decorrente de sentença condenatória e amplia o prazo da prisão temporária para trinta dias¹⁰³;
- a Lei n.º 9.034/1995, que, para a investigação de crimes praticados por quadrilhas, associações ou organizações criminosas, contempla a prática de ação controlada pela autoridade policial e o diferimento da prisão em flagrante, a realização de escuta ambiental, a infiltração de agentes públicos nos grupos investigados; torna obrigatória a identificação criminal dos envolvidos e, tal qual a redação original da Lei dos crimes hediondos, veda a liberdade provisória e estabelece como regra a prisão após ser proferida sentença condenatória recorrível¹⁰⁴;
- a Lei n.º 9.613/1998 (referente a lavagem de dinheiro), que contém determinação idêntica à anteriormente referida em relação à prisão e à liberdade provisória do investigado condiciona a restituição de bens apreendidos à apresentação do investigado que se encontre foragido e

ofício, para que o e. Tribunal examine as matérias não conhecidas no habeas corpus originário, como entender de direito". No mesmo sentido: STJ – 5.ª Turma – Habeas Corpus n.º 69.967 - Relator Ministro Félix Fischer – julgado em 13/03/2007 – publicado no Diário da Justiça da União de 14/05/2007.

¹⁰² "A evolução do contencioso às ações cautelares é muito reveladora a esse respeito" (OST, François. **O tempo do direito**), p. 343.

¹⁰³ Em sua redação original, a Lei dos Crimes Hediondos ainda vedada a própria liberdade provisória – proibição que foi retirada do texto legal, pela alteração promovida pela Lei n.º 11.464/2007, diante de firme orientação jurisprudencial em contrário.

¹⁰⁴ Sobre esta lei, em específico, cabe trazer à colação o destaque dado por Fauzi Hassan Choukr, no sentido de que, "com vocação ímpar para quebrar os preceitos de normalidade, esta lei (Lei n.º 9.034/95) subverteu os princípios básicos contidos na Constituição Federal no que tange ao modelo acusatório nas suas mais várias faces, como a separação de funções entre a acusação (e a investigação) e o julgamento, imbuindo o juiz de poderes investigativos e afetando desta maneira a produção da verdade processual" (**Processo Penal de Emergência**, p. 163-164).

estabelece a possibilidade de postergação do cumprimento das medidas de prisão e acautelamento de bens¹⁰⁵;

- a Lei n.º 11.343/2006 (nova lei de tóxicos), que autoriza o uso e a venda dos bens apreendidos, seqüestrados, arrestados ou hipotecados ainda no curso da investigação e repete as previsões relativas à prisão, à liberdade provisória e à restrição patrimonial, contidas nos diplomas anteriormente referidos.

Especialmente sobre o tratamento atual, dado à prisão processual, Fauzi Hassan Choukr destaca que:

“A função preventiva (...) acaba sendo transferida para a prisão processual, derogando sua índole meramente instrumental em relação ao processo de conhecimento (ou futuro processo de execução). O simbolismo penal fica aí evidente, na medida em que o resultado final do processo interessa menos que a satisfação momentânea da prisão que, uma vez autorizada, tende a restaurar a legitimidade do Poder Judiciário (...)”.¹⁰⁶

Da mesma forma, no cenário jurisprudencial, observa-se com facilidade a grande presença do uso das medidas cautelares de restrição da liberdade, destinadas à produção de provas e, ainda, com o objetivo de assegurar a reparação do dano ou o confisco do produto do crime. Sobre estas últimas, pode-se apontar uma forte recorrência ao deferimento liminar e ao cumprimento da constrição sem a audiência da parte atingida, assim como uma considerável leniência quanto à demonstração concreta da necessidade das restrições patrimoniais.

Estas características da realidade nacional¹⁰⁷ em muito se afinam com o ideal de uma urgência generalizada que advém da Sociedade de Risco, sendo exatamente este último tema o objeto da análise mais aprofundada que se fará no próximo capítulo.

¹⁰⁵ Sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro, também vale o registrar os comentários de Fauzi Hassan Choukr, segundo o qual trata-se de “uma das mais sensíveis ao entroncamento entre o sistema repressivo e o fenômeno – que nada tem de novo, acrescente-se – rotulado de *globalização econômica* (...)” (**Processo Penal de Emergência**, p. 185).

¹⁰⁶ **Ob. cit.**, p. 151.

¹⁰⁷ Pode-se afirmar que se trata de uma característica não exclusiva no Direito Processual brasileiro, já que Hassemer afirma que “‘perigo’ e ‘suspeita’ perderam sua potência como limites da intervenção e intervenção oculta há de causar insegurança aos envolvidos ante ao monopólio repressivo do estado” (**Direito penal libertário**, p. 167).

Afora isso, revelando o influxo do apelo à rapidez no Processo Penal, pode-se referir a preferência ao uso de meios de prova mais invasivos às esferas de individualidade, tais como as quebras de sigilo (bancário, fiscal, telefônico), a busca e apreensão genérica e a própria delação premiada.

Esta circunstância também está afeta ao tema da efetividade e do utilitarismo do Processo Penal – aqui escolhido para intitular o segundo grupo de idéias que aproxima os caracteres da Sociedade de Risco ao Processo Penal moderno.

Com efeito, o homem contemporâneo encontra-se perplexo e amedrontado diante da realidade que se lhe apresenta após a frustração dos ideais de controle e certeza, difundidos na primeira modernidade. Encontra-se, por isso, ávido por uma segurança atribuída ao Direito Penal e, em consequência, pelos resultados do processo. Esta ânsia é, assim como os reclamos pela urgência, alimentada por uma imprensa sensacionalista que mantém a exigência de um processo ágil e eficaz – ou seja, de um Processo Penal que possa realizar as descobertas sobre o crime e seu autor da maneira mais abreviada possível.

Neste contexto, o respeito a direitos e garantias individuais, como a intimidade, é entendido como inadequado, havendo grande valorização dos instrumentos da “investigação de atalho”¹⁰⁸. Estas, aliás, têm sido legitimadas perante a natureza dos crimes sobre os quais recai a suspeita das autoridades públicas¹⁰⁹.

A estrutura comum às operações policiais que passaram a ocorrer com frequência e notoriedade no início deste século, no Brasil, é exemplo disso. Em geral, tendo por objeto a suspeita de crimes complexos, característicos da segunda modernidade, estas investigações se desenvolvem basicamente em três fases.

Na primeira, são coletados dados preliminares diretamente pelos agentes de investigação ou a partir da oitiva de vítimas ou agentes públicos. Em grande parte dos exemplos que a experiência profissional oferece, esta primeira fase é realizada sem o conhecimento dos investigados e mediante sigilo absoluto das investigações (ou seja, com acesso permitido somente à autoridade policial e seus agentes, ao

¹⁰⁸ Neste sentido, cite-se as quebras de sigilo bancário e fiscal, as interceptações telefônicas, as escutas ambientais e a própria denúncia caluniosa.

¹⁰⁹ “Fala-se atualmente da ‘policização’, remete-se o geral para a manutenção da segurança interna no mais amplo sentido e quer se dizer com isso que política nessa orquestra toca, ao mesmo tempo, a fanfarra e a tuba – os motivos para esse desenvolvimento se encontram em sua maioria não no campo da própria política, mas em seus entornos” (HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 183).

Ministério Público e ao Magistrado ao qual o inquérito esteja vinculado). A restrição da publicidade interna permite que investigados sejam observados na sua rotina espontânea sem suspeitarem disso e, evitando que realizem condutas destinadas a prejudicar o trabalho policial.

Nesta primeira fase das operações, ainda, é comum o uso de interceptação das comunicações (telefônicas principalmente) ocorrendo em algumas hipóteses, também, o uso de escutas ambientais¹¹⁰. Mediante autorização judicial, a autoridade investigativa consegue monitorar todas as conversas telefônicas do investigado, bem como as informações por ele trocadas via *fax* e *e-mail* – encontrando-se nisso uma extraordinária fonte de indícios da prática de crimes. Anote-se que, embora a legislação estabeleça limite temporal para a duração das medidas, também prevê hipóteses de prorrogação dos prazos – que, assim, têm sido renovados por meses, conforme o que se constata pela experiência forense.

Outros dois instrumentos utilizados com freqüência na primeira fase das investigações que têm sido divulgados sob a denominação de operações policiais encontram-se a quebra do sigilo fiscal e bancário. Através delas, a rotina patrimonial dos investigados e, inclusive a relação entre vários deles, pode ser eficientemente identificada – especialmente considerando-se que desconhecem a existência da investigação.

Com efeito, esta primeira fase é, em geral, realizada sem que os suspeitos sejam chamados a depor – até mesmo como forma de evitar que percebam e possam frustrar o resultado das diligências antes referidas.

Neste sistema de operações nomeadas com expressões de impacto (e que beiram ao apelo publicitário), os suspeitos somente têm conhecimento de que estão sendo investigados pelas autoridades públicas no momento em que é deflagrada a segunda fase da investigação.

Novamente, mediante decretos judiciais, a autoridade investigatória realiza um esforço concentrado de eficiência: mobilizando diversas equipes policiais, procede ao cumprimento simultâneo de mandados de prisão temporária e busca e apreensão, de modo a surpreender todos os suspeitos de uma só vez, impedindo também que se comuniquem e que ocultem documentos e informações eventualmente úteis ao processo.

¹¹⁰ Estas medidas são correspondentes, também às possibilidades tecnológicas modernas.

Pode-se considerar a segunda fase das operações policiais contemporâneas como um “momento relâmpago”, em que os investigados são incapacitados para que a autoridade policial e o Ministério Público possam ter acesso tranqüilo a sua casa e/ou ao seu local de trabalho, deles extraindo documentos, agendas, anotações, computadores, arquivos eletrônicos e outros objetos que possam representar indícios de prática criminosa.

Sobre a busca e apreensão, é pertinente registrar que há enorme tendência em ser deferida de forma bastante genérica; ou seja, embora haja recomendação legal de que o Magistrado especifique o objeto da apreensão, observa-se ser comum a recorrência ao uso de expressões como “apreender quaisquer objetos que configurem indício da prática de crimes”.

Esta característica, por mais uma vez, ressalta a aproximação da prática processual penal aos ideais de utilitarismo e eficiência evocados pela Sociedade de Risco. Por seu constante estado de emergência, esta sociedade encontra grande satisfação na divulgação das notícias e imagens acerca desta segunda fase das operações: os números de mandados de prisão e busca e apreensão cumpridos assim como a repetição de trechos de gravações telefônicas povoam os noticiários diários, muito embora as informações disponibilizadas à imprensa sejam mantidas em segredo para os investigados e seus defensores, ao argumento de que estão resguardadas por sigilo processual ou legal.

Finalmente, na terceira fase das operações policiais em comento, os suspeitos são ouvidos pela autoridade policial, que já pode questioná-los a partir das informações obtidas no curso das interceptações de comunicações, das escutas ambientais, das quebras de sigilo fiscal e bancário e das apreensões realizadas.

É neste momento que se torna, também, oportuna, a utilização de um mecanismo bastante contemporâneo e afeto ao eficientismo das investigações: a delação premiada. Ofertando-se ao indiciado alguns benefícios processuais ou de direito material, propõe-se que, em troca, preste informações privilegiadas acerca de outros suspeitos e de conjuntos de crimes ou “criminosos”.

Na terceira fase das operações, também são realizadas perícias e triagens de dados e objetos obtidos no momento intermediário, permitindo, assim, a conclusão do inquérito que, aliás, não “pode” tardar, já que o excesso de prazo injustificado pode dar margem à soltura dos indiciados (por excesso de prazo) e, assim, frustrar a

sensação popular de “realização da justiça”.¹¹¹ Por esta razão, é que são comuns a renovação da prisão temporária e/ou sua conversão em prisão preventiva.

A partir desta última consideração pode-se, também, comentar a última idéia geral que auxilia a descrição da aproximação do Processo Penal às características da Sociedade do Risco: a exigência de uma atuação enérgica e exemplar contra o crime.

Embora esteja bastante preservada pelos Tribunais a concepção de que a prisão processual não se presta a servir como antecipação da punição que poderá decorrer do processo, é preciso reconhecer que a natureza ou a gravidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário e os antecedentes do investigado têm sido referidos como justificativas válidas por algumas linhas jurisprudenciais, pela opinião pública e pelo próprio legislador. Neste sentido, cabe referir novamente as disposições contidas nas Leis n.º 8.072/1990, 9.613/1998, 9.034/1994, 11.343/2006, além de regras semelhantes, inseridas, por exemplo, no estatuto do desarmamento (Lei n.º 10.826/2006, art. 21¹¹²) e na Lei de tortura (Lei n.º 9.472/1997, art. 1.º, § 6.º¹¹³).

Todos estes comentários são válidos para o momento judicial da investigação, já que a utilização da prisão cautelar pode ocorrer ou se repetir após a instauração da ação penal – o mesmo ocorrendo com as demais medidas antes referidas. Os ideais de urgência, utilitarismo e tratamento enérgico – características da Sociedade de Risco, são tratadas por Winfried Hassemer, do seguinte modo:

“O direito de polícia, o direito penal material, e, acima de tudo, o direito processual penal foram aparelhados com instrumentos de combate, nessa massificação, contrários à tradição anterior, e representam uma nova qualidade do combate à criminalidade pelo intermédio do direito: o aumento abrupto das margens entre as penas legais máximas e mínimas, a criminalização prévia, novos fatos típicos, limitações à presunção de inocência, da proporcionalidade e dos direitos fundamentais, tais como, autodeterminação das informações, domicílio, sigilo de comunicação e propriedade. Outras intensificações do direito são esperadas. Elas se referem, acima de tudo, aos direitos fundamentais da inviolabilidade de domicílio (‘grande intervenção de escuta’) e da propriedade (confisco do

¹¹¹ A conclusão do inquérito gera a remessa dos autos de inquérito policial ao Ministério Público, para o início da ação penal, considera-se como encerrada a terceira e última fase de uma grande operação policial nos moldes em que vem sendo realizada pelas polícias federal e civil, brasileiras.

¹¹² “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória”

¹¹³ Art. 1.º (...) § 6.º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.

patrimônio'), bem como sobre a proibição da separação do serviço secreto e da polícia".¹¹⁴

Cabe esclarecer, também, que a referência às operações policiais (que têm recebido grande notoriedade neste início de século, no Brasil) foi utilizada somente como fio condutor para a apresentação de alguns temas, em aproveitamento ao que proporciona a experiência profissional da advocacia. É possível afirmar que a realidade acima descrita, em síntese apertada, acaba por caracterizar uma tendência de desformalização processual.

"A tendência pela sumarização dos procedimentos penais aponta que o *curto-circuito* (o pequeno trajeto) percorrido tende à verificação do *curto-circuito* das garantias inerentes e indissociáveis. Empenhar-se num procedimento expedito com eliminação física do objeto, do sujeito, em proveito exclusivo do trajeto, mas de um trajeto sem trajetória, e, por conseguinte, fundamentalmente incontrolável, acaba transformando o instrumento em matéria, o meio em fim.

Uma das causas justificadoras desse impulso por sumarização é o critério econômico. A *distância* cede lugar à importância econômica da *duração*.

As alterações introduzidas (ultimamente) no modelo processual penal brasileiro aspiram uma "desformalização do processo, tornando-o mais simples, mas rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade.

Parece, todavia, que o legislador traçou o caminho da *deformação*, mutilando a essência do processo penal, na busca desesperada por uma efetividade cunhada sob a inspiração da processualística civil: o autor que tem razão deve ter logo o resultado que adviria da regular marca e provimento do processo".¹¹⁵

Estas realidades todas podem ser associadas à afirmação de Ost, no sentido de que a valorização da urgência conduz a uma tendência de derrogação dos direitos e garantias gerais de um sistema jurídico e de maior utilização da força¹¹⁶.

¹¹⁴ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 140.

¹¹⁵ GOMES, Dêlcio Alonso, **(Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**, p. 45-46. A citação feita pelo autor é de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernances e Luiz Flávio Gomes, na obra Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.

¹¹⁶ **O tempo do direito**, p. 341.

4. OS EFEITOS DA SOCIEDADE GLOBAL DO RISCO NAS INSTÂNCIAS PENAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

São clássicas e diversas as descrições e os trabalhos de aprofundamento acerca das origens do Estado Direito. Desenvolvido como reação da classe burguesa ao absolutismo europeu, sob a inspiração iluminista, ele teve início a partir da edição de uma gama de regras voltadas a controlar o arbítrio do poder, até então exercido sob a legitimidade divina (e, portanto, alheio ao respeito de direitos e da individualidade dos súditos). Em rejeição a isso e sob os influxos da Revolução Francesa, os Estados começaram a sofrer modificações profundas, que se vinculam à enunciação dos Princípios da Legalidade, da Igualdade e da Liberdade.

A partir deles, procurava-se garantir que as ações estatais não poderiam ser praticadas além dos limites estabelecidos em lei, que teoricamente seria o produto do desejo popular. De outro lado, a nova proposta de Estado assegurava aos cidadãos o direito de realizar tudo o que não estivesse vedado em lei.

Por certo, o conteúdo dos princípios liberais, neste seu primeiro momento histórico, não abrangia a extensão que posteriormente veio a ser conquistada. A Igualdade, por exemplo, era concebida mais sob o aspecto formal e negativo (“todos são iguais perante a lei”) do que com a concepção contemporânea que impõe ao Estado condições necessárias a um equivalente exercício dos demais direitos fundamentais¹¹⁷.

No entanto, não se pode negar que o pensamento iluminista lançou as bases para o Estado Democrático e Social de Direito, que hoje é enunciado em grande parte das constituições nacionais.

Neste processo, é importante mencionar que o desenvolvimento e a emancipação dos direitos fundamentais teve como marco extremamente relevante o período posterior à Segunda Guerra Mundial. Reagindo aos horrores ocorridos nesta época, os países ocidentais se mobilizaram no sentido de estabelecer parâmetros

¹¹⁷ “Antes da Revolução Francesa, a sociedade, na França, organizava-se em função das classes e das ordens. A ordem é noção jurídica. Equivale à noção de Estado ou estatuto de direitos e obrigações, ou deveres. Havia, na França, a nobreza, o clero e o Terceiro Estado, no qual se inseriam burgueses e plebeus. A desigualdade era normal e aceita. As ordens eram, juridicamente, desiguais. O Antigo Regime desconhecia a igualdade. A igualdade perante a lei é estabelecida, como noção jurídica, com a Revolução Francesa. (...) A igualdade perante a lei implica eliminação das diversas justiças que coexistiam (senhoriais, municipais, eclesiásticas). A burguesia, que, no Antigo Regime, estava situada no Terceiro Estado, só obtém vantagens com essa alteração” (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**, p. 35).

internacionais mínimos, voltados a assegurar a dignidade humana, em suas diversas extensões. Além da clássica Declaração Universal de 1948, este período foi marcado pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU), numa tentativa de institucionalizar a defesa dos direitos humanos, especialmente através da relação entre os Estados¹¹⁸.

A partir deste momento histórico, inúmeras outras manifestações, acordos e iniciativas internacionais passaram a acompanhar o desenvolvimento de novos direitos e novos conteúdos para os ideais jurídicos já enunciados. Neste passo, é possível citar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹¹⁹, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹²⁰, a Convenção Europeia de Direitos Humanos¹²¹, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹²², o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)¹²³, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul)¹²⁴ etc.

Todos estes diplomas foram contribuições que permitiram o estabelecimento de Estados de Direito, baseados no ideal democrático – ou seja, na expectativa de promover um Estado que, mais do que estar limitado às permissões legais (omitindo-se de violar os direitos individuais), fosse capaz de promover estes direitos, a partir

¹¹⁸ “Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Essa concepção é fruto da internacionalidade dos direitos humanos que constitui um movimento extremamente recente na história, surgido, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica de destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada razão – a razão pura ariana. (...) É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.” (PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 7-8).

¹¹⁹ Adotado pela Resolução n.º 2.200-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

¹²⁰ Adotado pela Resolução n.º 200-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de setembro de 1966.

¹²¹ Adotada em Roma pelo Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950 e posteriormente alterada pelo Protocolo n.º 11, que entrou em vigor em 1.º de novembro de 1998.

¹²² Adotada na Conferência Interamericana dos Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978.

¹²³ Adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 17 de novembro de 1988, tendo entrado em vigor em 16 de novembro de 1999.

¹²⁴ Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA), em janeiro de 1981, tendo entrado em vigor no ano de 1986.

de ações positivas e realizadas com a participação e, principalmente, a decisão popular.

Até porque, a experiência havia demonstrado que, mesmo à luz do princípio da legalidade, foram realizadas atrocidades históricas. Assim ocorreu com o nazismo alemão e com o período de ditadura militar, no Brasil e demais países da América Latina. Nestas oportunidades, o arbítrio e a violência do Estado, a proibição de instituições coletivas, das possibilidades de manifestação individual e de tantos outros direitos, foi realizada nos estritos limites da lei – já que esta foi perfeitamente adaptada ao desejo dos governantes.

Em reação a situações como estas, então, surge a idéia de um Estado Democrático de Direito que, nos dizeres de Luiz Ferrajoli, possui um sistema duplo de proteção dos direitos, por enunciar regras substanciais insuperáveis, que limitam a própria atividade legislativa¹²⁵. Aliás, com o término da Segunda Guerra Mundial, a concepção de que há direitos naturais contra os quais nem mesmo a produção legislativa pode atentar foi reconhecida como justificativa para o histórico julgamento de Nuremberg. Nele, “(...) homens foram condenados não por haverem infringido o direito positivo de seu Estado, mas porque teriam violado regras do Direito Natural”¹²⁶. Nas palavras de Eduardo Cambi:

“A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou da compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das respectivas *relações de poder*, sendo intolerável que em nome da ‘vontade do legislador’, tudo o que o Estado fizesse fosse legítimo. Assim estreitam-se os vínculos entre direito e política em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público são informados por relações de poder.

A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação de poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão”.¹²⁷

¹²⁵ **Derechos y Garantias – La ley del más débil**, p. 19.

¹²⁶ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**, p. 71.

¹²⁷ **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, p. 663-664. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantias – La ley del más débil**, p. 67.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito é formatado pela Constituição de 1988, elaborada como forma de negação do período de ditadura militar, em que houve o fechamento do Congresso Nacional, a rigorosa censura da imprensa e das atividades artísticas, a intensificação da atuação policial e a extensão das possibilidades de aplicação do Direito e do Processo Penal – feita em nome da “segurança nacional”.

Contra isso, redigiu-se o atual texto constitucional, recheado de declarações de direitos e garantias, definidos como pilares estruturas do próprio Estado e, portanto, como valores não sujeitos a supressão nem mesmo pelo legislador reformador. Somado a isso, desenvolveu-se conteúdos mais abrangentes para princípios clássicos, como o da Igualdade, em vista da concretização efetiva da Dignidade Humana.

Ocorre que a extensão e a certa inflexibilidade destes direitos e garantias parece estar diante de tempos pouco propícios para a continuidade de seu desenvolvimento e, até mesmo, de sua supremacia sobre outros valores.

Conforme visto nos tópicos anteriores, a ocorrência de novos e grandes eventos lesivos, a percepção de riscos imprevisíveis e de dimensões incalculáveis, a progressiva complexidade das relações, a globalização dos sistemas de produção e de distribuição de riqueza, as novas possibilidades de destruição do planeta e as demais circunstâncias que caracterizam a Sociedade de Risco têm promovido e aprofundado a generalização da insegurança.

A partir desta, enfraquece a idéia dos direitos e garantias fundamentais como forma de limitar o Estado *Leviatã*, pois o Estado começa, na verdade, a ser compreendido como a principal instituição responsável pela promoção da segurança. Enfraquece, também, a exigência de um Estado promotor da dignidade humana substancial, para se desenvolver a concepção de um Estado que, acima de tudo, seja capaz de minorar os riscos e o medo da segunda modernidade. Claramente, parece haver uma tendência à superação do paradigma constitucional democrático, na exata medida em que seus princípios possam representar óbice a uma atuação estatal promotora de segurança.

A análise das recentes “adaptações” do Direito e do Processo Penal, neste contexto, é bastante pródiga nesta constatação – seja porque o Direito Penal acabou por ser eleito como “carro-chefe” da atuação estatal da segunda modernidade; seja

porque é pelo Processo Penal que são possíveis as maiores e mais profundas restrições aos direitos e garantias individuais¹²⁸.

Preocupado com os efeitos deste processo, Jesús-María Silva Sánchez, refere a afirmação de Garapon, no sentido de que:

“(...) os meios de comunicação que são instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e induzir de novo no coração do individualismo moderno mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos”¹²⁹.

Conforme visto nos tópicos anteriores, o *Direito Penal do Risco* vem sendo marcado pela extensão do número de condutas incriminadas, pela antecipação do Direito Penal à ocorrência de danos ou de perigos concretos, pela difusão do uso de normas penais em branco e tipos penais abertos, pela inversão dos critérios de *ultima ratio*, pela subversão do princípio da culpabilidade e pelo recrudescimento do sistema de cominação, aplicação e execução penal quanto os delitos de maior sensibilidade pública.

O Processo Penal, de sua parte, também sofre este influxo. Os reclamos da emergência (tornados ainda mais apelativos diante da morosidade estrutural do Poder Judiciário) têm sido constantes promotores de violações ao Devido Processo Legal (CF, art., 5.º, LIV), ao Contraditório e à Ampla Defesa (CF, art., 5.º, LV), assim como ao próprio dever de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Segundo François Ost, são efeitos da generalização da urgência: a transferência de competências, a simplificação das formas e a diminuição considerável dos prazos e das oportunidades de participação, as mudanças do direito propriamente dito, dilatando as hipóteses de arbítrio e a tendência à tomada de medidas que deveriam ser provisórias (e durar só o tempo necessário de real urgência) em definitivas. Além disso, a “evolução do contencioso às ações cautelares [eleitas como tema de análise do próximo capítulo] é muito reveladora a esse respeito”.¹³⁰

Como exemplo disso, pode-se referir, novamente, a tendência jurisprudencial de afastar a nulidade de atos processuais praticados em desacordo com aqueles

¹²⁸ “(...) no processo penal, os direitos fundamentais são precariamente mais ameaçados do que em qualquer campo (...)” (HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 120). No mesmo sentido, é a consideração de Claus Roxin (**Derecho procesal penal**, p. 249).

¹²⁹ **A expansão do direito penal**, p. 38-39.

¹³⁰ **O tempo do direito**, p. 343.

princípios. Assim, por exemplo, tem-se entendido que a falta de intimação do advogado constituído pelo réu para participar de audiência de instrução não caracterizaria nulidade a provocar a renovação deste e dos demais atos processuais, caso não tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo à defesa, em virtude da ausência do defensor constituído.

Da mesma forma, tem-se optado pela validação de atos processuais praticados em desacordo com o rito processual previsto em lei, quando a arguição da nulidade não tenha sido feita em momentos processuais definidos.

Há também forte desenvolvimento de posição, segundo a qual a fundamentação das decisões judiciais, no cumprimento do art. 93, IX, da Constituição, não pressupõe o enfrentamento das teses apresentadas pelas partes, uma vez que caberia ao magistrado, somente, apresentar os motivos pelos quais decidiu desta ou daquela maneira¹³¹. Olvida-se, no entanto, que o Princípio da Fundamentação não está alheio às demais previsões constitucionais e que a decisão, portanto, também deve dar condições para o exercício do Contraditório e da Ampla Defesa, permitindo que as partes (e principalmente, a defesa do acusado) conheçam as razões pelas quais as suas considerações foram rejeitadas. Com efeito:

“(...) para que o processo cumpra a sua destinação constitucional, é preciso que permita o pleno exercício dessas atividades (persecução e defesa), o que só se cristaliza com a disponibilização de meios eficazes a este mister. Assim, não é qualquer tipo de procedimento que permite o regular desenvolvimento da imputação e da defesa (com seus desdobramentos probatórios e instrutórios necessários), mas apenas aqueles que tenham *tempo de parada* razoável.”¹³²

Esta compreensão de que as garantias processuais constitucionalmente estabelecidas devem ser concebidas em seu conjunto acompanha a idéia de que o respeito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa e, portanto,

¹³¹ A flexibilização do conteúdo do princípio da fundamentação das decisões judiciais é destacada por Fauzi Hassan Choucr: “Um desdobramento sensivelmente ligado a todo raciocínio exposto diz respeito ao empobrecimento da garantia da motivação das decisões, uma das mais delicadas dos sistema do *due process of law* pela necessidade de uma objetivação diferenciada” (**Processo Penal de Emergência**, p. 157).

¹³² GOMES, Délcio Alonso, **(Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**, p. 48.

às regras procedimentais previstas em lei são, na verdade, normas de interesse público e de proteção da coletividade¹³³:

“Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, e sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar”.¹³⁴

Neste sentido, Hassemer reconhece que, no Processo Penal, o limite entre a legalidade e a oportunidade da persecução é tênue¹³⁵. Compreendendo, no entanto, que a oportunidade pode estar instruída por motivações desconformes com o sistema democrático¹³⁶, reconhece que é na legalidade e na formalidade do processo que se pode encontrar a segurança de que depende a justa atuação do Poder Judiciário:

“O conceito da ‘formalidade judicial’ do controle social penal por intermédio do processo penal é capaz, pelo menos, de veicular uma idéia exata da qualidade dos direitos da liberdade, cuja proteção foi destinada como serviço às formalidades do processo penal. Ele exprime, de fato, que as formalidades do processo penal não são um fim por si só, que os direitos da liberdade valoram não apenas interesses práticas e particulares, antes eles avaliam os interesses público-jurídicos, isto é, que eles são interesses processuais. Como elemento do princípio do Estado de Direito, o princípio da formalidade do processo penal ensina que os interesses da defesa, na recusa de

¹³³ “A garantia de uma administração da justiça penal funcionalmente eficiente é reconhecida como um ‘interesse da coletividade’” (HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 109).

¹³⁴ PASSOS, J. J. Calmon, **Direito, poder, justiça e processo**, p. 69-70.

¹³⁵ “(...) percebe-se que o limite entre legalidade e oportunidade é maleável no processo penal: entendendo-se ‘legalidade’ de maneira suficientemente ampla, assim a antecipação de um resultado negativo do processo em favor do acusado não é inicialmente uma exigência da oportunidade, mas já é uma consequência da legalidade quando entendida com razoabilidade, porém se é realizado, aqui, somente o princípio da proporcionalidade, o princípio da legalidade é entendido, em contrapartida, de maneira mais estrita, devendo-se, então, exigir que a acusação do delito não deva também permanecer pendente em tais constelações, mas deve ser verificada no processo principal, conforme a técnica processual e, somente depois de ocorrida a decisão, pode-se afirmar que é o caso de não-imputação de pena” (HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 56).

¹³⁶ “Na medida em que um direito processual penal permita casos de oportunidade, tudo depende para o processo penal, de um Estado de Direito, se esses casos são definidos de forma totalmente precisa. Regras de oportunidade vagas destroem completamente o princípio da legalidade. A persecução penal oportunística se espalha de forma epidêmica: as decisões das autoridades responsáveis pelo inquérito de não investigar um delito, não podem, então ser controladas efetivamente e também não podem ser delimitadas. Decisões oportunistas não controláveis podem abdicar, totalmente, a longo prazo, do direito penal material, pois ele não pode transpor sua função reguladora para a prática. Do ponto de vista político-criminal, o mandamento da determininabilidade, em um direito processual penal construído oportunisticamente, não é menos importante do que no direito penal material” (HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 62-63).

prestar depoimento e no relaxamento da prisão preventiva não são inferiores na estrutura e na dinâmica e ante a força de persuasão dos interesses da persecução penal. O direito constitucional e o direito penal os declaram como de seu próprio interesse; por intermédio do princípio da formalidade judicial, eles os prestigiaram, valorizaram e os tornaram público-jurídicos sacrossantos. Sua proteção foi transformada de um interesse privado para um interesse público. Somente com essa apresentação, os direitos da liberdade de ordem privada podem prevalecer a um processo de ponderação com os interesses da eficiência e da persecução penal”.¹³⁷

Por estas razões, Hassemer arremata:

“(...) o direito processual penal perde em dignidade e justificação na medida em que ele reduz a sua formalização; ele renuncia tendencialmente à proteção da liberdade, às chances de intervenção e à competência de atuação dos envolvidos com o intuito de estabilizar a sua efetividade”.¹³⁸

De qualquer modo, a despeito de manifestações como estas, inúmeras são justificativas para as restrições dos direitos e garantias fundamentais. Todas, entretanto, podem ser associadas às características da Sociedade de Risco, de modo que, para muitos, constituem medidas imprescindíveis para a inafastável adaptação do direito à nova realidade mundial.

Segundo este entendimento, assim, poder-se-ia dizer que o momento histórico atual constitui-se em mais um daqueles períodos de fechamento ou restrição dos direitos fundamentais, em virtude das exigências da realidade. Assim como os processos de desenvolvimento do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito ocorreram em reação a acontecimentos marcantes, também os períodos de retrocesso destas concepções o foram. Como anota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “Sempre que história registrou a superação de um regime de força viu florescer um turbilhão de novas idéias, em geral destinadas a sustentar e legitimar as práticas democráticas”.¹³⁹

¹³⁷ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 115-116.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 118. Em passagem da mesma obra, o autor faz a seguinte referência: “Somente uma correspondência correta entre interesse na persecução e o interesse pela liberdade, efetivada no princípio da proporcionalidade cria a justiça. A referência às condições da ‘capacidade funcional da administração da justiça penal’ visa única e exclusivamente à justificativa do interesse pela persecução. Assim, sua fundamentação em uma idéia de justiça não apenas não se justifica como é equivocada” (p. 112).

¹³⁹ **O papel do novo juiz no processo penal**, in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 03.

A partir disso, seria, portanto, possível reafirmar a tese de que o desenvolvimento do Direito é sugerido por processos cíclicos de avanço e retração dos direitos e garantias individuais, de acordo com a sensibilidade social perante as alterações estruturais históricas.

Seria, portanto, inevitável acolher o movimento atual de flexibilização e supressão de princípios constitucionais, em vista da promoção da segurança. Este determinismo social, no entanto, não é aceito por Luigi Ferrajoli, que assim afirma:

“Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada ‘complejidad’ de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían – según autores como Luhmann, Teubner y Zolo – una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales.

Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser – importa poco si en clave determinista o opologética – es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descondición, la deslegislación o de desregulación. No cabe duda de que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo se no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. (...) Y nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente invertidumbre e incogencia de los ordenamientos, con los que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del Estado de derecho.

Yo creo que lo peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo de caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Derechos y Garantías – La ley del más débil, p. 17-18.

Segundo o que considera o autor italiano (responsável pela proposta de um Direito inteiramente garantista), a tendência de restrição de direitos, flexibilização de garantias e atuação estatal através de um Direito e de um Processo Penal extensivos é produto de uma escolha social, teórica e legislativa – e não de um inevitável desenvolvimento decorrente da Sociedade de Risco.

Neste aspecto, Ferrajoli identifica três características desta crise da razão jurídica. O primeiro aspecto é representado pela crise da legalidade e pela conseqüente ausência ou ineficiência dos controles das ações humanas e dos fenômenos sociais. O segundo, pela crise do Estado social, deflagrada pela inadequação estrutural do Estado de Direito: a inflação legislativa provocada pela cessão aos interesses setoriais, a deterioração do sistema legislativo, a falta de elaboração de um sistema de garantias reais “representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”.¹⁴¹ O terceiro aspecto da crise da razão jurídica apontada por Ferrajoli, está vinculado especialmente à realidade europeia, decorrendo das novas concepções de Estado Nacional, surgidas a partir do desenvolvimento da União Europeia.

De qualquer modo, esta crise não ocorre como inevitável conseqüência da Sociedade de Risco, na medida em que, como anota Ferrajoli, a situação que se apresentava perante os teóricos do iluminismo “formaban un cuadro seguramente más dramático y desesperante que el que aparece hoy ante nuestros ojos”.¹⁴² Ademais, ao contrário do que ocorria, por exemplo, com Hobbes, Montesquieu e Beccaria, conta-se, hoje com uma extensa produção e reflexão sobre o constitucionalismo e os valores que permitem que o Estado permaneça como titular da função de promover a dignidade humana e todas as suas decorrências.

Na estrutura constitucional contemporânea, além disso, estabelece-se uma dupla artificialidade ou, em outras palavras, um sistema de dupla limitação da atuação estatal. O primeiro é caracterizado pelo sistema baseado na legalidade formal, ou seja, na ordenação de que a regulamentação das condutas, públicas e particulares, depende da legítima vigência de uma norma jurídica. O segundo, entretanto, considera insuficiente a existência de uma norma, exigindo que esta seja

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantias – La ley del más débil**, p. 16.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi, **Ob. cit.**, p. 18.

coerente com a lógica democrática constitucional e, portanto, com os direitos e garantias consagrados historicamente¹⁴³. Assim:

“Si en virtud de la primera característica, el ‘ser’ o la ‘existencia’ del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, ‘peusto’ o ‘hecho’ por los hombres y es como los hombres lo quiren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el ‘deber ser’ del derecho positivo, o sea, sus condiciones de ‘validez’, resulta positivizado por un sistema de regras que disciplinan las propias acciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento, de los valores ético-políticos – igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales – por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas”.¹⁴⁴

Nesta toada, reconhece-se que a legítima existência de uma norma no sistema jurídico (constitucional e democrático) depende não só de sua vigência, mas de sua validade, como uma “cuestión de *coherencia* o compatibilidade de las normas producidas com las de caracter sustancial sobre su producción”¹⁴⁵. Deste modo:

“Não seria desejável do ponto de vista normativo que, por outro lado, a justiça renuncie a suas estruturas para se melhor adequar aos tempos – são justamente essas estruturas que compõem o valor da justiça e que lhe indicam seu lugar na totalidade das instituições”.¹⁴⁶

Os direitos e garantias fundamentais exercem, aliás, o papel de limites substanciais não só da produção legislativa e da interpretação judicial, como também da própria democracia. Uma vez reconhecidos e enunciados como pilares de sustentação do Estado Democrático, tais direitos e garantias não são sujeitos

¹⁴³ “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo” (FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantías – La ley del más débil**, p. 19).

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, **Ob. cit.**, p. 19.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, **Ob. cit.**, p. 22. Considerando que a verificação desta compatibilidade é realizada, em última análise, pelo Poder Judiciário, observa-se que esta compreensão de validade da norma jurídica acarreta um importante fortalecimento da jurisdição, passando o juiz a funcionar como garantidor dos direitos fundamentais. Em outra passagem na mesma obra, o Luigi Ferrajoli enfatiza que o paradigma da democracia constitucional não é outro que não a sujeição do direito ao direito, gerada pela dissociação entre vigência e validade (p. 52).

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 31.

sequer à vontade da maioria, afinal, “ninguna mayoría puede hacerlo verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero”¹⁴⁷.

Em consequência, observa-se que o exercício do Estado Democrático de Direito, na conjuntura atual, depende de estrutura e racionalidade, para que não se caia em simplificações oferecidas pela lógica da Sociedade de Risco.

É o que Ferrajoli alerta, ao dizer que “la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación [é] lo que constituye la principal tarea, científica y política de la vez, de la ciencia jurídica”.¹⁴⁸ Da mesma forma, são os seguintes comentários de Eduardo Cambi, ao estabelecer que, nos tempos atuais “(...) o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que simplesmente (sem embargo de isso ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias.”¹⁴⁹

Segundo Hassemer:

“Uma cultura jurídica se demonstra nos princípios cuja lesão ela não quer permitir, mesmo quando essa violação prometa um ganho inestimável. (...) Pertence também ao respectivo cerne dos direitos fundamentais a proteção da esfera domiciliar das pessoas suspeitas ante à investigação (‘grande intervenção da escuta’) ou a renúncia sobre um confisco do propriedade independente do ato, realizado por mera suspeita”.¹⁵⁰

Mas não é só diante da lógica interna do sistema constitucional e democrático de direito que se pode encontrar justificativa para a crítica às tendências contemporâneas de restrição de direitos e garantias individuais, especialmente no Processo Penal. Há um verdadeiro risco a todo o sistema democrático, pois, como Hassemer alerta:

“Generalizando a exceção de urgência em nome de uma necessidade nunca distinta da simples oportunidade, é um campo virtualmente infinito que se abre à derrogação. No plano temporal, o efeito

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantías – La ley del más débil**, p. 22. Em outra passagem da mesma obra, o autor assevera que os direitos fundamentais são o substrato material da democracia, porque, ao serem irrenunciáveis, inalienáveis e universais, estão protegidos até mesmo da decisão da maioria. Assim, tais direitos circunscrevem a esfera do “indecidível”, ou seja, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais (p. 50-51)

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, **Ob. cit.**, p. 29.

¹⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.), **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, p. 683.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 144.

produzido não é somente de aceleração, mas também de inversão: em muitos casos, a urgência permitirá ao *imperium* (à força) que preceda a *jurisdictio* (o enunciado da regra), imunizando o fato cumprido em relação a um *exame* jurídico posterior”.¹⁵¹

Este efeito derogatório pode ser associado, também, à crescente complexidade e extensão do sistema legislativo, impulsionado pela intensa atuação do legislador que, a cada evento, reclamo ou notoriedade de uma situação específica, produz regras próprias, com o “intuito de promover segurança” para aquela determinada situação. “Disso resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não a insegurança econômico-social (perigo externo), mas o risco ‘endógeno’, produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou”¹⁵². Fazendo esta reflexão, e ressaltando que já é pacífica a compreensão de que a inflação legislativa que ocorre como tentativa de resposta à Sociedade do Risco¹⁵³, François Ost pergunta:

“(…) será preciso lembrar-se de que, no Estado de direito, a adoção da lei combina-se com uma promessa, que se chama precisamente segurança jurídica: a promessa de que as próprias autoridades terão que se conformar a esta lei e nunca aplicarão outra ao cidadão? Não dizemos que por esta auto-limitação o poder gera confiança, fundadora do Estado de direito e que desta segurança depende da fiabilidade do direito – que efetuar qualquer atentado contra ela equivale minar a adesão a regra?”¹⁵⁴

De fato, “(...) um direito instável, factual, pragmático, inesperado pelos especialistas e espremido entre os grupos rivais dificilmente pode trabalhar para a institucionalização do laço social”.¹⁵⁵

No espaço do Direito Penal, Hassemer destaca que a cessão aos apelos modernos representa um verdadeiro perigo “ao camuflar as vinculações clássicas do direito penal e do direito processual penal e de se aproximar de um terrorismo

¹⁵¹ OST, François, **O tempo do direito**, p. 341.

¹⁵² OST, François, **Ob. cit.**, p. 339.

¹⁵³ “Insistir no caráter instável, efêmero, aleatório da produção jurídica contemporânea, tornou-se uma banalidade. Quem ainda se assustaria com isso, já que estamos acostumados com a inflação legislativa cuja obsolescência programada dos textos, é, afinal de contas, apenas uma consequência previsível? Sublinhar o ritmo cada vez mais acelerado da mudança jurídica, geradora de uma forma de ‘ansiedade’, como escreveria Carbonier, já não é mais, então, verdadeiramente, uma novidade” (OST, François, **Ob. cit.**, p. 337).

¹⁵⁴ OST, François, **Ob. cit.**, p. 347-348. “Pelo menos, temos o direito de exigir da administração e do legislador que forneçam uma justificação razoável da mudança de atitude que operam” (p. 349).

¹⁵⁵ OST, François, **Ob. cit.**, p. 354.

estatal bem intencionado”.¹⁵⁶ E arremata: “Quanto mais o direito penal se oriente pelos princípios da proporcionalidade e da fragmentação, tanto menos motivo existe para um processo penal oportunista”.¹⁵⁷

Seguindo a mesma linha, Ost assevera que a institucionalização pela sanção conduz à restauração da ordem moral; o estímulo da mentalidade vingativa conduz à violência que se pretende combater. Além disso, não se edifica uma ordem social exclusivamente baseada em interditos e processos repressivos, pois esta ordem despolitiza o grupo social.¹⁵⁸

Este efeito social deletério não se apresenta somente como causa do direito material, mas também do Direito Processual Penal, que, recebendo, da sociedade do risco, a tarefa de ser exemplar e enérgico no combate às novas e temíveis formas de crime, tem sido utilizado, ele próprio, como forma de sanção. Quanto a isso, demonstrando a inadequação desta tendência, Hassemer faz o seguinte esclarecimento sobre as funções do Direito e do Processo Penal:

“(...) ‘repressão’ significa no direito processual penal, diferentemente das determinações da pena, a intervenção sobre algo já existente, sobre a suspeita e o delito; prevenção, ao contrário, significa orientação para algo futuro, para a expectativa e o perigo. Por trás disso encontra-se, por um lado, aquilo que em nossa relação, todavia é de significância marginal, o princípio de que enquanto o processo de investigação, o processo principal e o processo de apelação, ou seja, antes da condenação transitada em julgado do acusado, as influências preventivas em razão da presunção da inocência são ilegítimas. Como a prisão preventiva não pode aspirar ressocialização, mas apenas deve reduzir a dessocialização, então a escuta telefônica deve perseguir somente objetivos processuais (especialmente para o enriquecimento e a garantia da intermediação da verdade), não, porém, querer melhorar o mundo ou qualquer outra coisa mais (...).¹⁵⁹

Apesar disso, o que se constata é que há verdadeira difusão das hipóteses de prisão processual, de produção de provas não submetidas ao contraditório direto e de medidas patrimoniais de urgência (que constituem o objeto de estudo do próximo capítulo). Aliás, a expansão das medidas cautelares parece situar-se de duas formas neste contexto. De um lado, por ser medida imediata, atende à pressa atual, na imposição de sanções. De outro, ganha força pela realidade de demora do processo.

¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 61.

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 61.

¹⁵⁸ OST, François, **O tempo do direito**, p. 357.

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 129.

E nisso, o acusado é duplamente “penalizado”: a uma, porque as cautelares só necessitam da urgência comum para serem deferidas (desprezando-se as demais exigências legais); a duas, porque há resignação do Judiciário e da sociedade com a longa duração do processo – durante o qual o indivíduo permanece submetido a privação dos direitos (ainda que esta seja provisória).

Daí a afirmação de que “(...) a urgência pode significar um recuo da liberdade (...)”¹⁶⁰ e de que:

“(...) a eficácia invocada poderia conduzir à erosão da ordem constitucional, ao esquecimento completo de que o objetivo profundo de muitas regras jurídicas é o de *retardar* a tomada de decisão, ora para permitir a todos os pontos de vista que se expressem e às paixões que se esfriem, ora para proteger os terceiros (...) ora o interessado ele mesmo”.¹⁶¹

Também no âmbito da produção legislativa observa-se que a edição de leis, como “pacotes de urgência”, sem a devida discussão prévia e o adequado processo de elaboração técnica têm promovido a deformação do sistema e, em diversas oportunidades, a rápida substituição de conjuntos normativos.

O histórico das leis que definem a incriminação e o processamento dos crimes relacionados a tóxicos, no Brasil, é exemplo característico disso. Com a intenção de oferecer melhor regulamentação ao tema, que passava a ser personagem constante nos noticiários, o legislador editou a Lei n.º 10.259/2002, com normas de Direito material e Processual Penal. No entanto, a imprecisão e inadequação das primeiras, conduziu ao veto da íntegra do capítulo dedicado à definição dos crimes e das penas. Assim, o “novo” sistema passou a vigorar somente em sua parte processual, com a conseqüente manutenção das regras penais da Lei n.º 6.368/67. Quatro anos após a primeira tentativa de reforma, foi editada a Lei n.º 11.343/2006, pela qual, no entanto, poucas inovações vieram a ser introduzidas, sob o aspecto processual e material.

Ainda como efeito negativo da ideologia da urgência legislativa, observa-se a intensificação da defesa de propostas que pretendem solucionar ou minimizar a tão nociva morosidade processual através da redução de oportunidades recursais ou defensivas no curso do processo. No entanto, não parece que as oportunidades de

¹⁶⁰ OST, François, **O tempo do direito**, p. 344.

¹⁶¹ OST, François, **Ob. cit.**, p. 345.

defesa do réu e de recurso das partes seja o ponto central ou a verdadeira causa da demora judiciária. Isto se constata quando se procede à somatória dos prazos processuais impostos a todos aqueles que participam, intervêm ou auxiliam o processo em todas as fases recursais: em absolutamente nenhum dos cálculos obtém-se resultados que se aproximam dos trezentos, seiscentos ou mil dias, que são comumente consumidos para a conclusão de processos penais considerados relativamente céleres, para os padrões nacionais.

A experiência no foro judicial demonstra que há uma conjugação de fatores materiais que conduzem a esta situação: deficiência numérica de juízes, promotores, delegados e demais profissionais das carreiras jurídicas do Estado; igual deficiência quantitativa de órgãos e funcionários de apoio a estas autoridades (varas, delegacias, escrivães, investigadores, oficiais de justiça, peritos e demais serventuários); escassez de recursos para o aparelhamento material, o desenvolvimento técnico e a atualização de todas estas instâncias oficiais; descentralização dos sistemas de informação e dados, manutenção de uma cultura de displicência com a coisa pública etc. Não há dúvida, pois, que a deficiência estrutural do Judiciário e seus auxiliares consiste na circunstância que mais se aproxima do conceito de “causa da morosidade processual no Brasil”, embora se trate, evidentemente, de uma situação bastante complexa.

Diante desta consideração, em parênteses, pode-se concluir que a intensidade da atual requisição das medidas cautelares resulta do encontro de duas grandes fontes de ansiedade social, lamentavelmente antagônicas: a generalização da insegurança e a confrontação com a deficiência estrutural de um Poder Judiciário que, via de regra, não consegue desenvolver a cognição plena das situações que são levadas à sua apreciação em intervalo de tempo ao menos razoável.

Feitas estas observações, de todo modo verifica-se que, além dos prejuízos (gravíssimos) ao sistema Democrático de Direito, as tendências contemporâneas antes identificadas no Direito e no Processo Penal, como resposta irrefletida às características da Sociedade de Risco, ocorrem outros efeitos negativos de igual severidade. Como afirma Hassemer, estes “São problemas que exigem, do Estado que pune e da jurisprudência, recurso, tempo, capacidade para o conflito e uma respiração profunda quanto a realização da presunção da inocência”.¹⁶²

¹⁶² HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 122.

Surge daí a necessidade de reconhecer que “Um processo penal orientado pelo Estado de Direito custa tempo e dinheiro”¹⁶³ – assim como ocorre com todas as áreas do Direito e da atuação institucional do Estado.

De qualquer modo, não há dúvida de que a atuação estatal contemporânea com respeito aos direitos fundamentais constitui um verdadeiro desafio¹⁶⁴, a partir do qual se pode dizer (sem ignorar as características da Sociedade de risco), que a preservação dos direitos e garantias individuais não é impossível, e, ao contrário, decorre de uma decisão social, que necessita considerar a precavida observação de Hassemer, no sentido de que:

“Nenhum novo recrudescimento dos limites aos direitos fundamentais pode ser decidido antes que não se tenha certificado, seguramente, das conseqüências desejáveis e das conseqüências secundárias indesejáveis dessas medidas, as quais foram anteriormente introduzidas com o mesmo objetivo”.¹⁶⁵

Deve-se reconhecer que a apresentação desta forma de compreensão do sistema jurídico manifesta a escolha pelo sistema garantista – o que se declara em atenção ao alerta, feito por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no sentido de que:

“Assumir-se, portanto, parece ser a única ponte, capaz de garantir ao jurista um caminhar comprometido, engajado. Mas tudo é fruto do movimento histórico por que passamos e expressão da realidade social: não há mais o inimigo comum ‘ditadura’, atrás do qual transitavam no opaco dos pseudodemocratas, confundindo a luta contra ela por interesses pessoais com as reais aspirações do povo. Agora, não obstante, ‘O Rei está nu’, como lembrou **Edmundo Lima de Arruda Júnior**; e a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal –, pelo princípio do *livre convencimento* (...)”.¹⁶⁶

¹⁶³ HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário**, p. 204.

¹⁶⁴ “Uma justiça que satisfaça a seu tempo, não tem apenas como tarefa o registro das exigências variáveis de seu meio, de testá-las e de aplicá-las para si, nos termos de suas regras. Ela possui também como tarefa resistir a esses desafios, caso eles ameacem a seu próprio. Justamente essa resistia pode ser o desempenho que é devido pelo terceiro poder aos outros poderes e à sociedade: um desempenho que somente ele pode apresentar e que é necessário em outras épocas. O tema, ao final, será esse desempenho, que exige força e coragem, mas que também é pressuposto necessário de uma ordem estatal e social de caráter estável e aberto” (HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 33).

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried, **Ob. cit.**, p. 146.

¹⁶⁶ **O papel do novo juiz no processo penal**, in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 05-06.

A partir destas considerações, tendo-se identificado não só do desafio que se apresenta ao Estado Democrático de Direito, como também a necessidade de seu enfrentamento a partir de temas específicos, passa-se à segunda parte da presente dissertação, que se propõe a discutir os temas apresentados até o momento no universo específico das medidas patrimoniais de urgência encontradas no Processo Penal brasileiro.

Como visto, embora encontrem previsão legislativa bastante antiga, estas medidas possuem características de grande aproximação com as tendências contemporâneas do Processo Penal, motivo pelo qual, aliás, têm sido presença constante nas leis recém editadas, quanto a níveis específicos da criminalidade moderna. A marca da urgência, da garantia antecipada de um futuro provimento judicial e da atuação enérgica e exemplar do Poder Judiciário perante a criminalidade que atemoriza a sociedade são somente algumas das questões que demonstram a pertinência do tema, no contexto da sociedade de risco e do Estado Democrático de Direito. Soma-se a isso, também, a escassa produção doutrinária sobre o tema, que conflita com a demanda judicial de tais medidas – tornando, enfim, estimulante a análise dos caracteres não só controvertidos, como também técnico-normativos da busca e apreensão, do seqüestro de bens, da especialização e inscrição de hipoteca legal e do arresto (em suas duas modalidades). É o que se passa a fazer na próxima etapa da presente dissertação.

SEGUNDA PARTE:

AS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MEDIDAS PROCESSUAIS DE URGÊNCIA

A eclosão de idéias, princípios e mudanças que caracterizou a Revolução Francesa teve como uma de suas características o estabelecimento do monopólio da realização da justiça em favor do Estado. A concepção do contrato social trouxe, em seu bojo, a afirmação de que, cedendo uma parcela de sua liberdade para que o Estado pudesse realizar as promessas de promoção da paz, da segurança e do desenvolvimento social, o indivíduo também se submetia à oficialização da solução de conflitos, em detrimento das anteriores espécies de tutela privada.

Surge daí o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para a solução de conflitos – hoje enunciado no art. 5.º, XXXV, da Constituição brasileira¹⁶⁷. Por este princípio, a tutela de toda lesão ou ameaça de lesão passou, assim, a ser atribuição do Poder Judiciário, mediante provocação levada a efeito pelo exercício do direito de ação¹⁶⁸ e nos estritos limites da lei. Esta última idéia, aliás, representou outro grande ponto de expressão da Revolução Francesa, capaz de submeter o poder estatal a critérios seguros e não estabelecidos ou sujeitos aos ânimos do monarca. Nas palavras de Rogéria Dotti Doria:

“Com a Revolução Francesa viu-se uma transformação no centro de legitimação do poder. Enquanto antes este residia exclusivamente na vontade do soberano, depois da revolução passou para a vontade do povo. Como consequência lógica, surgiu a necessidade de se criar um sistema que realmente assegurasse o respeito à vontade popular. No âmbito do Poder Judiciário, a solução foi a de submeter todas as decisões judiciais à letra da lei. Apenas a lei representaria a vontade do povo, e portanto, apenas as decisões pautadas na lei seriam legítimas”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ “Art. 5.º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...)”.

¹⁶⁸ Impõe anotar que a capacidade de provocação do Poder Judiciário foi descrita, por Chiovenda, como um poder (e não como um direito) exercido contra o Estado.

¹⁶⁹ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 57. Seguindo o raciocínio estabelecido, na mesma obra, a autora faz outro tipo de análise, considerando que: “(...) se no século XVIII a vinculação do Poder Judiciário à lei constituía uma garantia contra o arbítrio, no final do século XX ele pode representar um risco à própria efetividade

A reunião que assim se estabeleceu entre os princípios da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição, de certo modo, fortaleceu o direito processual, ao qual, posteriormente, foram sendo agregadas garantias fundamentais que, enfim, conferiram a ele a autonomia de que goza atualmente. Sob outro enfoque, apresentando-se como o mecanismo de atuação concreta do Poder Judiciário para a solução de conflitos, o processo passou a ser o alvo principal das expectativas sociais e das partes, em vista da efetividade da tutela jurisdicional.

A este conjunto de circunstâncias pode-se atribuir o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de medidas processuais de urgência – que hoje envolvem procedimentos sumários, decisões liminares, ações cautelares e antecipações de tutela, concebidas como formas de evitar o perecimento de direitos em situações especiais, nas quais o tempo demandado para a conclusão do processo, por suas vias ordinárias, represente risco (grave e concreto).

Esta inspiração coincide com aquela que, já no clássico Direito Romano, conduziu à criação de direitos de garantia, no âmbito do próprio direito material. Segundo o que informa Giovanni Arieta, na Roma antiga, a tutela preventiva de direitos surge originariamente fora do processo, ou seja, como meio de garantia convencional de natureza privada, independentemente do futuro exercício da função jurisdicional. A hipoteca é referida como exemplo disso¹⁷⁰. Conforme esclarece o autor italiano:

“Una tutela cautelare tipicamente e propriamente giurisdizionale comincia a delinearsi esattamente soltanto nei primi anni dell'Ottocento attraverso la disciplina legale di specifici mezzi di cautela, quali il sequestro (conservatio e giudiziario), la denuncia, di nuova opera e di danno temuto, nonché le inibizioni”.¹⁷¹

dos direitos. É verdade que o progresso obtido a partir do princípio da legalidade não poderá jamais ser ignorado. Todavia, em uma época em que se busca um Poder Judiciário mais envolvido com a realização concreta dos direitos, o apego exclusivamente à lei não parece mais ser suficiente. A interpretação do texto legal, feita pelo juiz, pode, em inúmeros casos, propiciar uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Esta interpretação – é importante que se diga – longe de está de caracterizar um poder discricionário. Assim como nos tempos da Revolução Francesa, a decisão judicial está vinculada à lei”.

¹⁷⁰ **I provvedimenti d’urgenza**, p. 01. O mesmo autor, ainda, destaca que, após as invasões bárbaras aos territórios do Império Romano, acentuou-se o desenvolvimento de mecanismos de auto-tutela e, portanto, de execução privada – inclusive de mecanismos para promover a certeza do adimplemento da dívida.

¹⁷¹ ARIETA, Giovanni, **Ob. cit.**, p. 06.

Em países como a França, a Alemanha e a Áustria, este desenvolvimento ocorre de forma basicamente vinculada à execução forçada ¹⁷² das decisões judiciais – ao contrário do ocorrido no processo italiano. Novamente nas palavras de Arieta:

“Al punto che il sequestro giudiziario era considerato niente di diverso da un’ esecuzione forzata di carattere patrimoniale, sai pure con effetti limitati. Ed anche quando si è osservato che, in alcuni provvedimenti cautelari, potevano riscontrarsi i caratteri della cognizione e non quelli dell’ esecuzione forzata, tale rilievo há portato semplicemente ad annettere una parte della materia cautelare al processo di cognizione, tanto da far affermare che ‘questa specie di svalutazione del processo cautelare è quase un luogo comune della doutrina tedesca’ ”. ¹⁷³

Apesar desta limitação, o dDreito alemão (assim como o austríaco) foi utilizado como inspiração, na Itália, para o reconhecimento do poder geral de cautela, no Processo Civil. Afora isso, o Direito italiano parece ser, de fato, o berço principal do aperfeiçoamento jurídicos das cautelares (que, na verdade, representam uma das principais espécies de medidas judiciais de urgência).

Todas estas nasceram da finalidade original de evitar que uma futura e eventual decisão do Poder Judiciário viesse a perder sua viabilidade concreta, diante do decurso do tempo e/ou da superveniência de circunstâncias afetas à conservação de bens, estados ou pessoas. Como anota Fernando da Costa Tourinho Filho:

“A decisão, no processo de conhecimento, é, muitas vezes, demorada, e essa tardança pode acarretar prejuízo à parte. Assim, para assegurar os efeitos de uma eventual procedência do pedido formulado na ação, o interessado pode solicitar a realização de providências urgentes e provisórias”. ¹⁷⁴

Sob esta ótica, as medidas processuais de urgência representam formas de repartir entre as partes o ônus decorrente do decurso do tempo. Registre-se, entretanto, que “o processo cautelar” ¹⁷⁵ não tem como finalidade criar uma situação favorável para aquele que postula uma medida dessa natureza, e sim de evitar que

¹⁷² ARIETA, Giovanni, **I provvedimenti d’urgenza**, p. 16; CIFUENTES, Javier, **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 38.

¹⁷³ ARIETA, Giovanni, **Ob. cit.**, p. 30.

¹⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, p. 408.

¹⁷⁵ Embora não abranja todas as hipóteses de atuação processual de urgência, o processo cautelar é sua espécie principal.

a duração do processo principal¹⁷⁶ importe numa alteração do equilíbrio inicial de forças entre as partes”.¹⁷⁷

Assim ocorre com o exemplo clássico – extraído do Processo Civil¹⁷⁸, em que a pessoa apontada como devedora em ação judicial pratica atos que indicam a tentativa de ocultação de seu patrimônio, em detrimento da futura (embora ainda incerta) execução judicial do débito. Visando evitar a frustração do resultado da ação de cobrança, então, a parte autora requer o deferimento da medida (cautelar ou antecipatória) voltada a obstruir a livre disposição do patrimônio do réu, até a conclusão da lide. Considerando a possibilidade de procedência do pedido principal do autor e a existência de circunstâncias materiais que podem colocar em risco este resultado¹⁷⁹, assim a “tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável”.¹⁸⁰ Segundo afirma Pedro Gagliardi:

“Se o Judiciário não possuir meios de interferir contra os abusos, *de forma imediata e eficaz*, nunca se poderá falar que existe qualidade de vida, que a cidadania é respeitada ou que a dignidade da pessoa humana foi deixada manifestar-se na amplitude de sua personalidade. Não importa o abuso é oficial ou particular; se é politicamente correto ou anacrônico; se tem o apoio da mídia ou não; se se respalda em ideologias minoritárias ou majoritárias; se é ato isolado de uma pessoa, ou erupção tupiniquim, de alguma articulação mundial; se é feito em nome de Deus, da Pátria, da Moral ou de seus desvalores antagônicos.”¹⁸¹

¹⁷⁶ A expressão “processo principal”, além de ser comumente utilizada como referência ao processo em que se discute o direito material tutelado pela cautelar, é também a locução utilizada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 796: “O processo cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

¹⁷⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 21.

¹⁷⁸ Esta hipótese é encontrada explicitamente no art. 813, do Código de Processo Civil, que trata do arresto: “Art. 813. O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei”.

¹⁷⁹ O também denominado “resultado útil do processo”, com relação ao qual é preciso tomar o cuidado de anotar, que a absolvição ou o indeferimento dos pedidos iniciais também representam medidas justas e resultados úteis, quando estiver demonstrada a improcedência das alegações do autor ou quando este não conseguir prová-las no curso do processo. Rogéria Dotti Doria também anota a necessidade de tomar-se cuidado um pensamento unilateral, segundo o qual “garantir o resultado útil do processo significaria garantir uma sentença de procedência” (**A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 33).

¹⁸⁰ DORIA, Rogéria Dotti. **Ob. cit.**, p. 34.

¹⁸¹ GAGLIARDI, Pedro. **As liminares em processo penal**, p. 12.

Estas reflexões – ainda superficiais¹⁸² – foram a base do desenvolvimento teórico italiano, em que se formularam os primeiros conceitos acerca das medidas cautelares, que originalmente também abrangiam hipóteses de tutelas antecipatórias e decisões liminares. Tanto isto é verdade, que Piero Calamandrei já considerava ser necessário:

“(...) advertir que nem a noção de procedimento *preventivo de urgência* esgota exatamente aquela de procedimento *cautelar*; seja porque (...) podem existir procedimentos e providências de urgência que não têm caráter cautelar (...); seja porque a exigência da urgência responde muitas vezes, em vez da emanção de um procedimento provisório cautelar, uma abreviação do processo ordinário de conhecimento ou de execução e uma consequência aceleração do procedimento definitivo (...)”.¹⁸³

Este trecho da obra de Calamandrei deixa transparecer que, já na elaboração clássica da doutrina italiana, se vislumbrava a existência de outros mecanismos processuais de urgência com características não coincidentes das cautelares (mecanismos que, mais tarde, seriam identificados como antecipações de tutela).

5.1 Características das medidas cautelares

A definição de processo ou medida cautelar é fruto de desenvolvimento teórico que – pode-se dizer – permanece em andamento¹⁸⁴. Javier Cifuentes, por exemplo, comenta que “La búsqueda de unos caracteres que por resultar inherentes

¹⁸² A superficialidade referida relaciona-se à vinculação constante das cautelares com questões patrimoniais diretas – o que decorre do pensamento de Giuseppe Chiovenda. Neste sentido, segundo alerta João Gualberto Garcez Ramos, a visão daquele autor italiano – que traçou as bases do processo cautelar – “tinha em vista as situações relacionadas com o princípio da responsabilidade patrimonial e as medidas pressupostas a garanti-lo” (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 81).

¹⁸³ CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 36. Neste contexto, demonstrando uma certa confusão entre medidas cautelares e antecipatórias, Giovanni Arieta escreve: “(...) la tutela cautelare non può attuarsi se non attraverso l’anticipazione, sai pure in modo temporaneo e parziale, di ciò che sarebbe il contenuto della definitiva tutela giurisdizionale in via ‘ordinaria’, vale a dire imponendo o vietando il comportamento dovuto o l’azione lesiva dell’ interesse prevalente” (**I provvedimenti d’urgenza**, p. 17).

¹⁸⁴ Neste sentido, é a seguinte observação de Ovídio A. Batista da Silva: “Embora haja uma notória preocupação doutrinária no sentido de obter-se uma conceituação rigorosamente científica do que seja a ação cautelar, dada a evidente importância que assumiu no mundo moderno, a tutela jurisdicional preventiva, a verdade é que reina, ainda, entre os processualistas as maiores e mais radicais divergências no que concerne à concepção do que seja, realmente, a ação cautelar” (**A ação cautelar nominada no direito brasileiro**, p. 04).

a toda medida cautelar permitan diferenciar a éstas de aquéllas otras que no son tales, ha sido, y sigue siendo todavía, una autentica constante en las ya numerosas construcciones doctrinales surgidas en torno al análisis de la tutela cautelar”.¹⁸⁵

A origem desta dificuldade pode ser encontrada no fato de que, tratando-se de mecanismo destinado a garantir o eventual resultado do processo, a cautelar “é colocada numa zona confinante entre o direito processual e o direito material”, conforme anota Romeu Rires de Campos Barros¹⁸⁶. Sobre isso, José Frederico Marques também observa que a norma jurídico-cautelar possui natureza mista (não exclusivamente processual e nem totalmente material), uma que “não se limita a assegurar, regra instrumental que é, a tutela jurisdicional”, mas possui em seu conteúdo “regra de composição de uma situação jurídica de conflito de interesses”, que se caracteriza entre o Estado (interessado na boa prestação jurisdicional) e o indivíduo requerido¹⁸⁷.

A despeito disso, é possível arrecadar um conjunto de delineamentos que identificam as cautelares.

O primeiro deles diz respeito à distinção entre uma medida cautelar e a execução forçada¹⁸⁸ – observação feita já por Calamandrei. Segundo este autor, a primeira detém função própria de conservação e, por isso, possui forma autônoma de tutela¹⁸⁹, não se vinculando necessariamente à função executiva (pois os procedimentos cautelares “podem ter, conforme os casos, efeitos declarativos ou executivos (...)”¹⁹⁰):

¹⁸⁵ **Las medidas cautelares en los procesos ante el tribunal constitucional**, p. 29.

¹⁸⁶ **Processo Penal Cautelar**, p. 02. Sobre isso, o mesmo autor segue esclarecendo na obra citada: “Chiovenda conceitua direito cautelar como ‘mera ação’, não reconhecendo um direito substancial de cautela. Isto levou a doutrina dominante a atribuir à tutela cautelar caráter exclusivamente processual. Mas ocorre que o processo, sendo uma *luta contra o tempo*, instaura-se tendo em vista uma situação inicial e tende a alcançar uma situação final, e a fim de preservar a situação final dos eventos prejudiciais que possam obstacular a sua atuação, exige a antecipação da sentença final. (...) Nisto consiste o aspecto material da norma cautelar. Ela, por si só, não autoriza o comando jurídico, este se realiza aliando-se a norma instrumental à norma material” (p. 09).

¹⁸⁷ **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 16.

¹⁸⁸ “(...) os procedimentos cautelares foram considerados por muito tempo, especialmente pela doutrina alemão, como um apêndice da execução forçada (...)” (CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 20-21).

¹⁸⁹ Tratando da autonomia como característica da tutela cautelar, Giovanni Arieta afirma que esta se traduz na função de prevenir os danos que possam derivar entre o início e o fim de um processo de conhecimento ou de execução, antes que o processo de conhecimento ou de execução comece ou durante o seu trâmite, seria a finalidade própria do processo cautelar, cuja função poderia sintetizar-se na ‘provisória composição da lide’.

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero, **Ob. cit.**, p. 22-23.

“Pareceria então que o único critério, pelo qual possa esperar-se uma proveitosa diferenciação, seja aquele *substancial*: referente ao *conteúdo* do procedimento, ou seja, aos seus *efeitos jurídicos*. (...) é fácil ver que esses efeitos não são *qualitativamente* diferentes daqueles próprios dos outros procedimentos de conhecimento ou de execução: efeitos meramente declarativos ou constitutivos segundo os casos, mas em cada caso não diferentes pela *qualidade* daqueles que podem derivar dos procedimentos ordinários de conhecimento; ou também efeitos executivos, de qualquer absolutamente similar àquela dos procedimentos através dos quais se cumpre a execução forçada”.¹⁹¹

Afora este esclarecimento, Calamandrei procura identificar características típicas das medidas cautelares, tendo arrolado como tais a instrumentalidade, a provisoriedade e a urgência.

Sobre a primeira, o autor italiano escreve que os procedimentos cautelares “não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático”.¹⁹² Considerando o processo principal (em que se discute a própria lide) como instrumento do direito material, Calamandrei aponta que a instrumentalidade que caracteriza o processo cautelar estaria realizada sob a forma hipotética ou ao quadrado. “Hipotética”, porque consistiria em um mecanismo que estaria a auxiliar ou a assegurar o cumprimento de um provimento judicial que somente existe em hipótese (ante à ausência de uma decisão final no processo principal). “Ao quadrado”, porque a cautelar seria um instrumento em função do instrumento – que é representado pelo processo principal.

Embora encontre seu mérito na lógica jurídica estabelecida na época em que foi formulado e muito embora outros autores ainda reproduzam este pensamento¹⁹³, a formulação de Calamandrei, acerca da instrumentalidade, encontra críticas

¹⁹¹ CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 20-21.

¹⁹² CALAMANDREI, Piero, **Ob. cit.**, p. 41.

¹⁹³ Sérgio Seiji Shimura, por exemplo, em estudo dedicado ao arresto cautelar, publicado no ano de 1997, afirma que as cautelares “são um *instrumento* posto a serviço da providência final, preparando o terreno para assegurar a eficácia da decisão definitiva. Entre a providência definitiva e a cautelar existe uma relação de instrumentalidade, *instrumentalidade hipotética*, já que a providência cautelar é decretada com vistas à hipótese de a providência final ser favorável ao autor” (**Arresto cautelar**, p. 31).

Da mesma forma, José Frederico Marques fala em instrumentalidade qualificada ou de segundo grau, asseverando que, se “a função jurisdicional tem por objetivo a aplicação dos mandamentos e normas da ordem jurídica, a medida cautelar que instrumentalmente a tutela, constitui meio predisposto e adequado para a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por seu turno, constitui também meio e modo para a realização do Direito” (**Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 13).

importantes. Dentre elas, cabe consignar a que se baseia na distinção entre as teorias concreta e abstrata da ação.

Pela teoria concreta, a existência do direito de ação se confunde com o direito material reclamado e, portanto somente é reconhecida quando a parte autora se sagra vencedora perante o Poder Judiciário - sabendo-se, exatamente por isso, da superação desta proposta teórica¹⁹⁴. De qualquer modo, analisando a definição de instrumentalidade, apresentada por Calamandrei, o que se constata é que ela se baseia estritamente nesta concepção, na medida em que aponta a cautelar como uma medida de auxílio do processo principal. Ora, se a cautelar – que avança sumariamente em direitos do réu – for compreendida como mecanismo de garantia do processo principal, então o que se estará dizendo é que a existência da cautelar pressupõe o reconhecimento do direito da parte autora (o que é um verdadeiro contra-senso, diante de sua natureza preventiva).

Segundo Ovídio Baptista da Silva:

“(…) realmente, só poderíamos caracterizar a tutela cautelar como instrumental se estivéssemos a supor que o litigante que dela se serve viesse afinal a sagrar-se vencedor, no processo satisfativo, pois do contrário a tutela cautelar, e todo o respectivo procedimento, armado pelo litigante sem direito, teria desservido ao direito e complicado inutilmente o processo”.¹⁹⁵

Por esta razão é que se afirma que a “tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial una tutela *mediata*.”¹⁹⁶

“(…) a tutela cautelar visa proteger a possibilidade de realização futura do *direito* e não apenas proteger o processo de conhecimento, como durante muito tempo se acreditou. Sempre que determinada situação colocar em risco a satisfação futura de um direito alegado pela parte, incumbe ao Estado, através da tutela cautelar, garantir a possibilidade de tal satisfação, ainda que não se tenha certeza quanto à existência ou inexistência deste direito”.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Como refere Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a “ação não é mais um *direito material violado que se põe em movimento*, de cunho marcadamente individualista; e o processo não é mais sinônimo de meros ritos. Passa-se a falar em um ‘interesse público’ na resolução dos conflitos. O Estado preocupa-se com a manutenção da igualdade e o papel do juiz passa a ser mais efetivo na relação processual (...)” (**O papel do novo juiz no processo penal**, in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 43-44).

¹⁹⁵ **Curso de processo civil**, v. III, p. 28.

¹⁹⁶ CIFUENTES, Javier, **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 32.

¹⁹⁷ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 30-31. A autora continua: A concepção moderna da tutela cautelar não se coaduna mais com a ação de *instrumento do instrumento*. A razão está na própria expressão. Se o processo civil nada mais é que um instrumento para viabilizar a satisfação do direito da parte, de que serviria a proteção ao

Esta conclusão se coaduna com a concepção moderna de ação, que a desvincula do conceito material¹⁹⁸, não sendo admissível a aceitação do conceito de Calamandrei – embora deva-se repetir sua perfeita adequação à lógica jurídica da época em que veio a ser formulado

A mesma observação se dirige à referência que autor italiano faz ao caráter provisório das cautelares. Segundo o que afirma, a contrario sensu, “(..) diante dos procedimentos cautelares concebidos como *provisórios*, os procedimentos definitivos seriam dotados daquela *estabilidade ou imutabilidade*, que faltaria sempre aos procedimentos cautelares”.¹⁹⁹

Giovanni Arieta também aponta que as cautelares são sempre marcadas pelo caráter provisório – que, entretanto, também acompanha outras espécies de provimentos jurisdicionais²⁰⁰, com relações aos quais afirma que “Quaesti ultimi sono provvisori solo in quanto suscettibili di essere potenzialmente, ma non

próprio processo? Evidentemente, a proteção ao *instrumento* implica, na verdade, em uma proteção ao próprio direito alegado pelo autor. Com a tutela cautelar procura-se salvaguardar a possibilidade de realização futura de um *provável* direito afirmado pelo autor. (...) Quando se diz que a tutela cautelar assegura a realização futura de um direito, o que se está a afirmar é que essa tutela protege ou garante a possibilidade de realização de um *provável* direito afirmado pela parte”.

¹⁹⁸ Nas palavras de Rogéria Dotti Doria, caso “se considere a tutela cautelar como um instrumento do processo de conhecimento, estar-se-á afirmando que o autor dela se utiliza porque possui efetivamente um direito que será futuramente reconhecido no processo de conhecimento (...). O objetivo da tutela cautelar quanto à proteção do direito – e não mais do processo – vem sendo reconhecido pelos processualistas mais modernos, para os quais as medidas cautelares não são *instrumentos do instrumento* e sim instrumentos jurisdicionais para a proteção dos direitos” (**A tutela antecipada em relação à parte incontrolada da demanda**, p. 32-33).

¹⁹⁹ CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 46. O próprio Calamandrei diferencia provisoriamente de temporariedade: “A opinião mais difundida, da qual partilham os nossos processualistas mais importantes, é aquela que vê um caráter constante ou ainda um caráter diferencial nos procedimentos cautelares na sua *provisoriedade*, ou seja, na *limitação da duração* dos efeitos (declarativos ou executivos) próprios desses procedimentos. Eles os diferenciam de todos os outros procedimentos jurisdicionais não pela *qualidade* dos seus efeitos, mas por uma certa *limitação no tempo* dos efeitos em si: esse caráter surge também no direito positivo, quando nos artigos anteriormente recordados se fala em geral de procedimentos “interinos”, ou, em outras disposições, de procedimentos “temporâneos” (...). É oportuno no entanto advertir que o conceito de *provisoriedade* (e como aquele, coincidente, de *interinidade*) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*. *Temporâneo* é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório* é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha em evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de *provisoriedade* permanece no *interim*. Nesse sentido, provisório equivale a *interino*: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo *intermediário* que precede o evento esperado” (CALAMANDREI, Piero, **Ob. cit.**, p. 25-26).

²⁰⁰ “(...) essa *provisoriedade*, de fato, não é um caráter exclusivo dos procedimentos cautelares, enquanto o caráter exclusivo dos procedimentos cautelares, enquanto o próprio caráter *provisório* se confronta com um outro grupo de procedimentos *não-cautelares*, isto é, aquele grupo que CHIOVENDA denomina no seu sistema ‘declarações com dominante função executiva’, e que ele mesmo define, em contraposição às medidas cautelares, “medidas *todavia provisórias* que ao juiz é consentido proferir ou pela particular certeza do direito ou por sua natureza especial” (CALAMANDREI, Piero, **Ob. cit.**, p. 28).

necessariamente, sostituti da altro provvedimento emesso a seguito di cognizione piena ed esauriente (...). Ao contrário disso, a cautelar “nasce provisoria e continua a vivere ed a operare in via provisoria ed è comunque destinda ad essere totalmente assorbita dalla pronuncia di merito”²⁰¹.

Contrariando estas referências, porém, autores contemporâneos alertam que as cautelares, na verdade, não possuem caráter provisório, mas temporário. Utilizando-se desta referência para distinguir o processo cautelar das medidas antecipatórias, Rogéria Dotti Doria assevera que:

“(...) a provisoriedade da tutela antecipatória decorre de sua suscetibilidade para ser substituída por um provimento formado com cognição plena e exauriente. Ou seja, a provisoriedade é uma consequência da cognição sumária e de sua tendência a ser substituída.

Neste passo, é possível concluir que as medidas cautelares são apenas temporárias pois não foram criadas visando uma substituição. Poderão durar até depois da prolação da sentença de mérito. Já a tutela antecipatória deve ser substituída pela tutela definitiva após se alcançar a cognição exauriente. Ela é verdadeiramente provisória”²⁰².

Neste sentido, João Gualberto Garcez Ramos esclarece que a medida cautelar nasce “para durar um certo tempo, que é o tempo da tramitação do processo”, com o objetivo de remediar a situação de perigo criada no curso da investigação²⁰³. Aliás, a partir desta última observação, pode-se afirmar que o “tempo de vida” da medida cautelar deve corresponder ao período de existência da situação de perigo que a justificou, não sendo, absolutamente, necessária (e, portanto, legítima) a sua manutenção até o final do processo principal, em relação ao qual foi instaurada.

Esta observação aproxima o aspecto temporário das cautelares com o critério da urgência, apontada por Calamandrei como terceira característica das medidas cautelares. Considerando que esta circunstância compreende o conceito de *periculum in mora*, sendo, assim, adotado como pressuposto para o deferimento cautelar, opta-se por reservá-lo para uma abordagem posterior.

Segue-se, assim, na análise da produção doutrinária em busca da caracterização das medidas cautelares, verificando-se que a provisoriedade,

²⁰¹ I **provvedimenti d'urgenza**, p. 44-45.

²⁰² DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 52.

²⁰³ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 91.

temporariedade e urgência, destacadas por Calamandrei, não se mostram suficientes para distinguir a cautelaridade de outros provimentos judiciais, já que inúmeras outras medidas processuais podem apresentar-se com estas características.

Surge daí a necessidade de serem agregadas outros conceitos capazes de individualizar e distinguir as cautelares. Nesta tarefa, Luiz Guilherme Marinini anota como características: a sumariedade procedimental, a sumariedade material, a aparência, a incapacidade de gerar coisa julgada material, a referibilidade e a fungibilidade²⁰⁴.

A sumariedade procedimental e material consiste na abreviação procedimental da ação cautelar, visando atender à necessidade de rapidez que decorre da urgência legitimadora da medida. Por esta razão, aliás, é que se deve afirmar que, embora presentes em todas as cautelares, estas características não lhes são exclusivas, encontrando-se, também, em tutelas antecipadas, como o que se verá adiante. Ainda assim, é inegável que o critério de urgência exige significativa celeridade do processo cautelar – o que pode ser oferecido pela redução de prazos, simplificação dos atos e pela atenuação do direito ao contraditório²⁰⁵ (sumariedade procedimental ou formal); assim como pela “sumarização da atividade instrutória e da atividade decisória”²⁰⁶ (sumariedade material).

Sobre esta última, cabe a referência ao seguinte trecho da obra de Luiz Guilherme Marinoni, no qual se verifica os dois planos em que há a sumarização do procedimento decisório que caracteriza os provimentos cautelares:

“A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, pertinente à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos. No plano horizontal, portanto, a cognição vincula-se à lide carneluttiana, ou ao conflito de interesses. O processo terá cognição plena ou parcial, segundo se permita, ou não, o conhecimento de todo o conflito de interesses. (...) A cognição no plano vertical diz respeito à intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nessa perspectiva, a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial”.²⁰⁷

²⁰⁴ **Tutela cautelar e tutela antecipatória.**

²⁰⁵ João Gualberto Garcez Ramos chega a entender a eliminação do direito de defesa como legítima forma de sumariedade procedimental, especialmente em casos penais (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 88-89) – com o que não se concorda, uma vez que mesmo a ponderação e o conflito de direitos fundamentais não admite a supressão ou sucumbência de um dos direitos relacionados.

²⁰⁶ GARCEZ RAMOS, João Gualberto, **Ob. cit.**, p. 89.

²⁰⁷ **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, p. 21-22.

Vale anotar que, em sua formulação, Calamandrei também chega a referir a sumarização, relacionando-a ao caráter provisório das cautelares.²⁰⁸

De todo modo, tem-se que as medidas cautelares, porque tendem à sumarização cognitiva, são marcadas pelo juízo de aparência ou verossimilhança, que se reproduz denominado *fumus boni iuris* – igualmente abordado posteriormente, como pressuposto de tais medidas.

A quarta característica apontada em complementação àquelas referidas por Calamandrei identifica nas medidas cautelares uma incapacidade de gerar coisa julgada material – o que, na verdade, se aproxima da idéia de temporariedade e também da sumaridade cognitiva. Tratando-se de provimento de emergência, em primeiro lugar, a decisão cautelar é produto de justificada diminuição do Contraditório, da Ampla Defesa, do dever de Fundamentação e de outras garantias processuais – o que, em si, já consiste em impedimento para a composição de um juízo de certeza, absoluto e imutável, sob o ponto de vista material²⁰⁹. Em segundo lugar, tendo por objetivo assegurar o efeito material de futura e eventual decisão em outro procedimento – denominado comumente como processo principal²¹⁰ - o processo cautelar “não se estende ou influencia, senão no plano fático, a lide, o conflito de interesses ou o caso penal”.²¹¹ Além disso, como anota Marinoni:

“A essência, a nota distintiva desse tipo de tutela jurisdicional está na circunstância de não caber aí decisão sobre a existência ou não existência (...) da situação acautelada, salvo se a parte, a seu líbto, pretenda também litigar sobre essa relação, propondo demanda em que peça cognição mais intensa do juiz, capaz de declarar ou condenar, em processo subsequente onde a pretensão de direito material seja apreciada ou decidida”.²¹²

²⁰⁸ “O procedimento sumário é, portanto, um *procedimento provisório que aspira torna-se definitivo*: ele nasce provisório, mas na esperança de perde um determinado ponto esse seu caráter de provisoriedade e de tornar-se assim, como se tivesse sido criado no processo ordinário, o procedimento que define irrevogavelmente o mérito. (...) O procedimento sumário é provisório na formação, mas definitivo na finalidade; o cautelar, ainda que formado através de um conhecimento ordinário, é provisório na *finalidade*” (**Estudo sistemáticos dos processos cautelares**, p. 32-33).

²⁰⁹ Segundo Javier Cifuentes, as características cautelares tornam difícil e, para determinados autores, impossível, a atribuição dos efeitos da coisa julgada, inclusive em sua espécie formal (**Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 45).

²¹⁰ Segundo Sergio Seiji Shimura, há “autores que discordam do termo ‘principal’ conferido ao processo de cognição ou de execução em correspondência ao cautelar” (**Arresto cautelar**, p. 36).

²¹¹ RAMOS, João Gualberto Garcez, **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 91.

²¹² **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, p. 69. O Código de Processo Civil possui referência expressa neste sentido, em seu art. 810: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente

Esta incapacidade de gerar decisão materialmente definitiva possui íntima relação com as características antes relacionadas: a referibilidade e a fungibilidade.

Por estarem fundadas em um juízo de verossimilhança, por serem deflagradas por uma situação de emergência, por decorrerem de um processo sumarizado (procedimental e materialmente) e, conseqüentemente, por não constituírem coisa julgada material, as cautelares estão sujeitas a alterações e revogações, sempre que a situação fática demonstrar que o perigo de dano irreparável não mais existe ou que outra circunstância que a justificou tenha perdido subsídio concreto. Por esta razão, as cautelares são medidas fungíveis²¹³. Nas palavras de Javier Cifuentes:

“(...) la alteración en el tiempo de los presupuestos que determinaron en un primer momento el sentido de la resolución judicial cautelar, en conjunción con la función de aseguramiento de las medidas cautelares, que exige una aptitud de continua adaptación a aquello que se trata de asegurar y a las situaciones de peligro, se traduce en la necesaria variabilidad de la decisión judicial que se pronuncie, en uno u otro sentido, sobre la pretensión cautelar y, consecuentemente, en la posibilidad de revocar la medida cautelar otorgada, conceder la previamente denegada, o aumentar o disminuir su inicial ámbito mientras dura el proceso principal”.²¹⁴

De outro lado, como se prestam a assegurar um direito material que é perseguido na ação principal (em que haverá, eventualmente, a declaração definitiva da existência deste direito), as ações cautelares existem sempre em referência a ações principais. Este critério – que se aproxima de uma certa dependência²¹⁵ – deve ser reconhecido como o principal ponto de distinção entre a medida cautelar e a tutela antecipatória, haja vista que, enquanto se vincula referencialmente ao

a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do ator”.

²¹³ Há referência expressa desta característica no art. 807, do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

²¹⁴ CIFUENTES, Javier, **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 44.

²¹⁵ “É certo que o cautelar existe em função do processo principal; depende sempre da existência ou da probabilidade de existência de um direito a ser demonstrado no principal” (SHIMURA, Sérgio Seiji, **Arresto Cautelar**, p. 38).

processo principal, a primeira não possui potencial satisfativo – o que ocorre com a segunda.

“Esta relación necesaria de dependencia que une a las medidas cautelares con la resolución definitiva, con la que constituyen ‘una especie de binomio lógico inescindible’, permite además distinguirlas de otros institutos afines, como, por ejemplo, las cautelas materiales, los procesos sumarios y la práctica anticipada de la prueba, pues éstos, por una o otra razón, no se encuentran como aquéllas indefectiblemente preordenados a la emanación de la resolución definitiva, cuya eficacia práctica tratarían de asegurar”.²¹⁶

Na lição de Marinoni, há sempre referibilidade a um direito material, na cautelar, pois “o direito referido é que é protegido (assegurado cautelarmente)”. Assim, se inexistente referibilidade, ocorre satisfatividade, mas “nunca cautelaridade”²¹⁷ – mesmo porque, como Calamandrei já anotava, seria “absolutamente errôneo considerar o procedimento principal, pelo que se refere à declaração do direito, como uma convalidação do procedimento cautelar”.²¹⁸

Vale anotar, com João Gualberto Garcez Ramos, que:

“Para o processo penal, o conceito de *referibilidade* é importante, mas deve ser enriquecido, um tanto, porque, por força de injunção legal e constitucional, verifica-se com maior intensidade no plano processual. Há *referibilidade* no sentido sustentado pela doutrina do processo civil; de fato, a *medida cautelar* penal é *referível* a uma situação de perigo e dela não se afasta.

Contudo, ainda que o autor peça uma medida processual privativa da liberdade do imputado, afirmando a existência de um direito à sentença condenatória e apresentando provas irretorquíveis da culpabilidade do imputado, não há a possibilidade do Juiz satisfazer, nesse momento, a pretensão da condenação”.²¹⁹

Tal decorre, obviamente, da expressa previsão constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (CF, art. 5.º, LVII) – que, aliás, representa paradigma intransponível e necessariamente presente em toda análise relativa ao Processo Penal Cautelar, conforme o que se verá adiante.

²¹⁶ CIFUENTES, Javier, **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 32.

²¹⁷ **Tutela cautelar e tutela anteciptória**, p. 79.

²¹⁸ CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 100-101.

²¹⁹ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 93-94.

Tomando este caminho de análise, ou seja, confrontando a natureza cautelar com os princípios do Estado Democrático de Direito, não é demais considerar que, embora inspirado pela idéia de eficiência, o processo cautelar não se descaracteriza enquanto via de atuação jurisdicional. Está, pois, sujeito a todas as regras que contêm garantias processuais, consagradas no texto constitucional e nos diplomas internacionais, assim como à lógica procedimental.

Podendo ser preparatórias ou incidentais aos processos principais, as ações cautelares, em geral, seguem o ritual característico do processo judicial²²⁰, devendo ser deflagradas por um pedido inicial²²¹, oportunamente contestado pela parte requerida, e finalmente julgado pelo Magistrado competente, após a necessária instrução.²²²

Além disso, a ação cautelar se reveste das mesmas condições de possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa.

A primeira condição se realiza na previsão legal da medida cautelar – o que envolve, no Processo Penal, a discussão acerca da existência de um poder geral de cautela (a exemplo do ocorrido na esfera civil). Segundo o que considera Romeu Pires de Campos Barros, a ação cautelar somente seria admissível quando correspondente a uma tipicidade processual – “não diferente da tipicidade de direito substancial”.²²³ João Gualberto Garcez Ramos também rejeita aquela idéia, ao afirmar especificamente quanto às medidas privativas de liberdade, que a adoção de um poder geral de cautela no Processo Penal “corresponderia à imposição, por obra

²²⁰ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery referem, a respeito: “O processo cautelar é autônomo (procedimentalmente) do principal, embora seja dele dependente, em seu caráter ontológico (CPC, 186). Assim, ao *processo* cautelar foi reservado todo o Livro III do CPC: deve iniciar-se por meio de petição inicial, com os requisitos do CPC 282 e ss. e CPC 801; deverá haver citação do réu; receberá sentença que desafia o recurso de apelação; o vencido deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários do advogado” (**Código de Processo Civil Comentado**, p. 1214).

²²¹ Cabe anotar que, no processo penal, são previstas diversas hipóteses de determinação de medidas cautelares *ex officio* pelo magistrado, tal como ocorre com a prisão preventiva, com a busca e apreensão e com o seqüestro de bens. Esta circunstância, no entanto, não exclui a necessidade de ser assegurado ao réu o direito a contestar a decisão cautelar, ainda que posteriormente, a despeito do posicionamento de José Frederico Marques: “No processo penal, por exemplo, o juiz, ao aplicar providência cautelar de ofício, examina, antes, o conflito latente entre o *jus perseguendi* do Estado e o *jus libertatis* do réu, que existe em todo o correr da *persecutio criminis*. Dessa forma, a decretação da medida é puro ato decisório solucionando conflito entre duas esferas de interesses juridicamente protegidos” (**Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 15).

²²² Segundo noticia João Gualberto Garcez Ramos, para Calamandrei “não há diferença externa estrutural entre o *processo cautelar* e processo de conhecimento e execução” (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 82).

²²³ **Processo Penal Cautelar**, p. 58.

de analogia, de uma pena criminal”²²⁴. Finalmente, cabe citar a peremptória consideração de Luiz Antonio Câmara:

“No processo penal, distintamente do ocorrente no congêneres, inexistente o denominado poder geral de cautela do Juiz. Naquele não se confere amplos poderes ao magistrado, atuando este dentro da denominada discricionariedade recognitiva, ou seja, verifica ele dentro do caso concreto se os pressupostos legalmente previstos *in abstracto* encontram-se presentes *in concreto* e, somente em caso positivo, poderá (ou, mais corretamente, deverá) valer-se do instrumento cautelar. Os pressupostos em referência são-lhe, desde sempre, fornecidos pelo legislador”.²²⁵

No que se refere ao interesse de agir, o direito de ação (sob o aspecto cautelar) se realiza pela existência dos pressupostos do *fumus boni iuris*²²⁶ e do *periculum in mora*, sobre os quais se fará melhor referência no próximo item. E, finalmente, a legitimidade de agir reconhece-se em coincidência àquela verificada na ação principal – com a ressalva a algumas hipóteses relativas à legitimação passiva. Neste aspecto, cabe referir o disposto no art. 125²²⁷ do Código de Processo Penal, que admite que terceiros não vinculados à ação condenatória tenham bens de sua propriedade constriados – diante de indícios de que tenham sido adquiridos pelo réu com os proventos da infração.

5.2 Pressupostos das medidas cautelares

As características referidas no sub capítulo anterior, sem dúvida, levam à constatação necessária de que a utilização das medidas cautelares (assim como qualquer outra medida de urgência) está limitada a um perfil bem delineado de excepcionalidade, haja vista que através delas se permite uma invasão prematura a direitos individuais, tais como o patrimônio e a liberdade pessoal de ir e vir.²²⁸

²²⁴ A tutela de urgência no processo penal brasileiro, p. 107.

²²⁵ **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 78.

²²⁶ A expressão correspondente e mais adequada ao Processo Penal é *fumus commissi delicti*.

²²⁷ “Art. 125. Caberá seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indicado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

²²⁸ Daí a afirmação de Calamandrei: “Se em certos casos de perigo expressamente considerado pela lei pode ser consentido que a esfera jurídica daqueles, contra os quais é solicitada uma medida

Este carácter excepcional, aliás, conduz à afirmação de que, se as cautelares “antecipam” provisoriamente os efeitos da sentença eventualmente proferida no processo principal, não é, obviamente, razoável e proporcional, que através dela se conceda ou obtenha algo mais do que seria conferido pela decisão definitiva. Em segundo lugar, o provimento cautelar somente deve antecipar o que seja estritamente necessário para assegurar a efetividade da sentença.²²⁹

A valer que, no Estado Democrático de Direito, a inafastabilidade da jurisdição está vinculada impreterivelmente ao Devido Processo Legal, torna-se imperioso reconhecer - como regra - que a imposição de constrições a estes direitos somente pode decorrer de procedimento instruído e formulado integralmente à luz do Contraditório, da Ampla Defesa, da Publicidade, do dever de Fundamentação das decisões judiciais e de todos os outros princípios que são corolários à legalidade processual. Sendo reconhecido que os provimentos cautelares decorrem de uma aberta sumarização destes princípios em vista de uma situação de emergência, devem ser compreendidos necessariamente como hipóteses de verdadeira exceção, somente aplicáveis às situações que apresentem “circunstâncias” capazes de justificar o tratamento incomum, diante dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Estas “circunstâncias” correspondem, na verdade, aos pressupostos cautelares, ou seja, às condições que, “genéricamente deben concurrir en un supuesto concreto para que el órgano jurisdiccional pueba adoptar la medida cautelar solicitada por la parte actora del proceso principal, precisando así algunas nociones que con anterioridad han quedado solamente planteadas”²³⁰.

cautelar seja invadida, e diminuída a sua liberdade, antes que seja certa a existência do direito realçado pelo requerente, essa invasão e essa diminuição não podem de regra acontecer senão através de uma regular cognição completa e definitiva. Por isso todos os procedimentos cautelares devem, a meu ver, ser considerados, *iure condito*, excepcionais; por isso as normas que os disciplinam são comumente consideradas *strictae interpretationis*” (**Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 81-82). Giovanni Arieta faz alerta no mesmo sentido: “Dovendosi, in sostanza, considerare, *iure condito*, eccezionali tutti i provvedimenti cautelari e *strictae interpretationis* le relative norme che il disciplinavano, così come il giudice, basandosi soltanto sul requisito dell’interesse, non avrebbe potuto pronunciare una condanna con riserva fuori dei casi in cui questa figura eccezionale è stata prevista dalla legge, oppure adottare il procedimento d’ingiunzione a tutela di crediti non aventi i requisiti stabiliti dalla legge, non poteva ritenersi sufficiente il mero interesse ad agire a rendere ‘ammissibili figure di misure cautelari ignote al nostro diritto o per adoperare quelle esistenti in casi che il nostro diritto non prevede” (**I provvedimenti d’urgenza**, p. 13-14).

²²⁹ CIFUENTES, Javier. **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 52-54.

²³⁰ CIFUENTES, Javier. **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 54.

Tais condições são agrupadas tradicionalmente sob os brocados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, correspondendo, este último, à situação de perigo que gera a emergência do provimento jurisdicional²³¹.

Neste aspecto, a referência clássica de Piero Calamandrei é pertinente:

“(...) não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha estado de perigo e que o procedimento invocado tenha por isso intento preventivo de um dano somente temido, mas é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência (...). (...) a fim de que surja o interesse específico em solicitar uma medida cautelar, é necessário que a esses dois elementos (*prevenção e urgência*) se acrescente um terceiro, que é aquele no qual reside propriamente a importância da característica do *periculum in mora*: ou seja, que para remediar tempestivamente o perigo do dano que ameaça o direito, a tutela ordinária se revela muito lenta, de modo que, na espera de que amadureça através do longo processo ordinário o procedimento definitivo, deva providenciar-se com urgência de modo a impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave *naquela espera*. O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano *marginal*, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida provisória (...)”²³².

Assim, conforme assevera José Frederico Marques, “se a providência acauteladora não se torna imprescindível, porquanto os efeitos dilatórios do processo não colocam em perigo a proteção ao bem jurídico que nele se procura assegurar, não há *periculum in mora* e a medida cautelar não deve ser

²³¹ “O interesse específico que justifica a emanção de uma medida cautelar qualquer: o qual surge sempre pela *existência de um perigo de dano jurídico, que deriva do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo (periculum in mora)*” (CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 33)

²³² CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 36-37. Com efeito “O *periculum in mora*, ao obstar o que dispõe as medidas cautelares, não seria levado em consideração se fosse possível acelerar adequadamente, através de uma abreviação do processo ordinário, o procedimento definitivo” (CALAMANDREI, Piero, **ob. cit.**, p. 38). Em sentido idêntico: “Non se trata del generico pericolo di danno giuridico, al quale può, in certi casi, ovviare la stessa tutela ordinaria, né di uno stato di pericolo che discenda da un giudizio o da una valutazione meramente soggettiva della parte: *il periculum in mora* deve essere specificamente ricercato nel pericolo di quell’ulteriore danno marginale che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza della tutela ordinaria, del provvedimento definitivo, nel senso che à la mora del provvedimento definitivo, in sé considerata come possibile causa di ulteriore danno, a dover essere neutralizzata attraverso l’emissione del provvedimento cautelare” (ARIETA, Giovanni, **I provvedimenti d’urgenza**, p. 47-48).

concedida”.²³³ Mesmo porque, como acentua Romeu Pires de Campos Barros, “a cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrente”.²³⁴

Ecoando a necessidade de que o perigo justificador da medida cautelar seja efetivo, João Gualberto Garcez Ramos anota que este conceito (de perigo concreto) “é fornecido pela doutrina penal” e não se confunde com a idéia de perigo abstrato²³⁵. Corrobora esta afirmação, a referência de René Ariel Dotti, no sentido de que a idéia de perigo abstrato “não corresponde a nenhum dado sensorial ou concreto” e, portanto, não existe.²³⁶

De outro lado, todo provimento cautelar depende da verificação de que há probabilidade de a parte autora sagrar-se vencedora na demanda principal processual – mesmo porque, repita-se embora possa ser revogada ou alterada no curso do processo, a medida cautelar sempre representa uma invasão “antecipada” do Estado na esfera individual.

A aceitação de uma mera probabilidade de provimento do pedido do autor é associada à idéia de que, no momento em que se requer a cautelar, não é possível a realização de um juízo aprofundado da causa (exatamente em virtude da situação de emergência apresentada). Mesmo porque:

“(...) se para emanar a medida cautelar fosse necessária uma cognição aprofundada e completa sobre a existência do direito, isto é, sobre o mesmo objeto sobre o qual se refere o procedimento principal, melhor valeria esperar este e não complicar o processo com uma duplicação de investigação, que não teria nem a vantagem da prontidão”.²³⁷

Entretanto, ainda que em virtude a situação de emergência, não se exija juízo de certeza, tal não significa que as medidas cautelares possam ser deferidas sem

²³³ MARQUES, José Frederico, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 13.

²³⁴ **Processo Penal Cautelar**, p. 42.

²³⁵ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 86.

²³⁶ **Curso de Direito Penal: parte geral**, p. 323. O autor continua, esclarecendo que, para a doutrina, perigo “é, sempre, perigo concreto. O perigo, pode-se afirmar-, é um *trecho da realidade* que decorre da conduta humana, de fato do animal ou força da natureza”.

²³⁷ CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 98-99.

qualquer respaldo concreto. É necessário que se apresentem elementos que sinalizem esta realidade. Daí o uso da expressão do *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito no Processo Civil), como produto de “un cálculo de probabilidades sobre la existencia del derecho del demandante y, en último término, sobre la buena fundamentación de su demanda”.²³⁸ No Processo Penal, a expressão adequada (e doravante utilizada) corresponde a *fumus comissi delicti*.

Diante da situação de emergência, relevada pelo *periculum in mora*, é certo que a análise feita pelo magistrado que se encontra diante de um pedido cautelar consiste em “una cognizione profondamente diversa da quella esercitata in sede di tutela ordinaria e definitiva genericamente sommaria perché ‘più succinta e meno approfondita, quando en non è addirittura una larva di cognizione’”.²³⁹

Trata-se de um juízo de verossimilhança (e não de certeza), que dispensa a presença de provas definitivas da situação de direito alegada – conforme o que revela a própria característica de sumarização material, antes mencionada. Daí a afirmação de que a cognição cautelar é “sumária, suscinta e não aprofundada como a do processo ordinário”²⁴⁰.

No entanto, com Javier Cifuentes, cabe advertir, que esta flexibilização cognitiva somente diz respeito ao conteúdo do conflito descrito pelo autor como contexto da ação principal. Não se refere à alegação de perigo que justifica a medida cautelar. Com relação a ela, a cognição realizada pelo órgão jurisdicional, “(...) requerirá un juicio de certeza, y no de simple verosimilitud, sobre aquellas condiciones de hecho que, si el derecho subsistiese, serían capaces de hacer verdaderamente temer por el daño inherente a la insatisfacción del mismo”²⁴¹.

A lógica deste raciocínio encontra-se, novamente, no confronto entre os conceitos de necessidade e de segurança (segundo o Estado Democrático de Direito).

²³⁸ CIFUENTES, Javier, **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 63.

²³⁹ **I provvedimenti d’urgenza**, p. 50. Neste mesmo sentido, o autor afirma que a cautelar não fornece e nem intenciona fornecer algum resultado útil à finalidade da decisão de mérito (p. 51).

²⁴⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 13.

²⁴¹ **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**, p. 57.

5.3 Cautelares e liminares

Embora se aproximem em sua inspiração de emergência, cautelares e liminares não expressam conceitos coincidentes, na medida em que estas apenas antecipam os efeitos da tutela pretendida – não importando se se trata de provimento principal ou acessório.

Como apontam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, referindo outros autores:

“Embora a liminar possa apresentar natureza cautelar, não tem necessariamente essa natureza, pois nem todas as liminares são cautelares (Lara, *Liminares*, 23). Exemplo típico é o da liminar possessória, que antecipa efeito da sentença, sem ter o objetivo de assegurar o resultado prático do processo de conhecimento (Ovídio Baptista, *Coment.*, 66; Lara, *Liminares*, 23). A medida liminar constitui-se sempre como antecipatória dos efeitos fáticos da sentença, ao contrário da medida cautelar, que pode ou não apresentar caráter antecipatório. As medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar, ao contrário da liminar, que pode ser concedida em vários tipos de ação, como, por exemplo, na ACP, no MS, na ação possessória, na ação de nunciação de obra e na própria ação cautelar”.²⁴²

Enquanto ações autônomas, embora referíveis ao direito material reclamado no processo ordinário, as ações cautelares podem ser ajuizadas incidentalmente ou de forma preparatória a este outro processo principal. Nas hipóteses em que constituem em medidas preparatórias, observa-se a necessidade de uma estabilidade pré-constituída dos pressupostos cautelares, haja vista que ainda não há relação (ou situação) processual instaurada, a permitir que o conhecimento da causa seja identificado de forma mais estável, a partir da contribuição de ambas as partes.

Esta verificação torna-se ainda mais relevante na medida em que se considera a hipótese de deferimento liminar *inaudita altera pars*²⁴³ – especialmente nas ações preparatórias aos processos principais²⁴⁴.

²⁴² Código de Processo Civil Comentado, p. 1227.

²⁴³ O Código de Processo Civil contém previsão expressa neste sentido, em seu art. 804, que assim dispõe: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

Isto porque, em situações com estas, a análise e o eventual deferimento do pedido liminar ocorre sem que a parte atingida sequer tenha conhecimento de que figura como ré em ação judicial – estando, pois, alheia à possibilidade de sofrer constrições e, principalmente, impedida de prestar os seus esclarecimentos, para auxiliar o juízo na apuração dos fatos. Há, nesta hipótese, séria e radical supressão dos princípios do contraditório e da publicidade – o que deve estar necessariamente justificado por informações - igualmente sérias - de que a omissão judicial importará na produção de graves e irrevogáveis prejuízos à parte autora.

A exigência dos pressupostos cautelares, portanto, deve ser avaliada com incrementado rigor, visando averiguar se, de fato, as informações trazidas pelo requerente constituem, efetivamente, um sinal de probabilidade de procedência das razões principais do requerente e, principalmente, se o perigo na demora argüido existe, de fato, e torna imprescindível o deferimento da medida sem a prévia audiência da parte contrária.

Não seria demais anotar que, assim como a omissão pode causar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao autor, a má atuação jurisdicional pode fazê-lo em relação ao réu. Tanto isso é verdade, que a legislação possui diversas formas de contra-cautela²⁴⁵, como a caução²⁴⁶, assim referida por Calamandrei:

Além disso, especificamente quanto aos alimentos provisionais, estabelece, no parágrafo único de seu art. 854, que “O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção”.

Quanto às medidas previstas no art. 888 (obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público), ainda, o mesmo *Codex* estabelece que “Em caso de urgência, o juiz poderá autorizar ou ordenar as medidas, sem audiência do requerido” (CPC, art. 889, parágrafo único).

Há exceção desta possibilidade quando se tratar de medida requerida contra o Poder Público, nos termos do art. 2.º, da Lei n.º 8.437/1992, que estabelece que “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

²⁴⁴ MARQUES, José Frederico, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 13.

²⁴⁵ Antecipando que a medida cautelar possa provocar danos à parte requerida, o Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 811, que, “sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 deste Código; IV – de o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou prescrição do direito

“(...) a caução funciona, portanto, como cautela da cautela, ou, como foi dito autorizadamente, como *contracautela*; (...) serve para garantir o ressarcimento dos danos que poderão ser causados à parte contrária pela excessiva celeridade do procedimento cautelar, e desse modo restabelece o equilíbrio entre aquelas discordantes exigências”²⁴⁷.

Como alerta Délcio Gomes, se de um lado a longa duração do processo é ruim para a sociedade e para o réu, a duração curtíssima:

“(...) impede o adequado exercício dos direitos de ação e defesa (e seus desdobramentos) no curso do processo, materializados na atividade probatória e invariavelmente por meio do discurso da celeridade e presteza, dissimula a intenção de punição antecipada ou imediata, que é estranha ou intempestiva à aplicação constitucional do processo”.²⁴⁸

Assim, se o provimento de um pedido cautelar, em si, já representa uma restrição aos direitos e garantias constitucionais, inspirando cuidado e ponderação por parte do julgador, ainda maior deve ser a cautela empreendida para o deferimento de liminar *inaudita altera pars* – sempre tendo em mente o conceito de direitos e garantias fundamentais como “um direito sobre o direito”, conforme o registro de Luigi Ferrajoli²⁴⁹.

5.4 Cautelares e antecipações de tutela

Assim como as liminares não se confundem com as ações cautelares, não há coincidência entre estas medidas processuais e a antecipação de tutela²⁵⁰, já que esta última:

do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

²⁴⁶ O Código de Processo Civil trata especificamente desta medida em seus arts. 826-838.

²⁴⁷ **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 75.

²⁴⁸ **(Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**, p. 12.

²⁴⁹ **Derechos y Garantías – La ley del más débil**, p. 67.

²⁵⁰ Calamandrei já distinguia as características do que hoje é definido como tutela antecipada: “(...) quando se acentuar que o futuro procedimento principal constitua novas relações jurídicas ou também ordene medidas inovadoras do mundo externo, o procedimento cautelar, para eliminar o dano que poderia derivar do atraso com o qual o procedimento principal poderá conseguir constituir tais efeitos, deve ter como objetivo não conservar o estado de fato existente, mas operar, em via provisória e antecipada, aqueles efeitos constitutivos e inovadores, que poderiam tornar, se procrastinados, ineficazes ou sem realização (pense-se, por exemplo, na derrubada de um árvore que

“(...) possui como principal característica a possibilidade de permitir a realização do direito subjetivo, antes do final do processo no qual a existência deste direito é discutida. Ela garante a satisfação da pretensão de direito material, desde que o autor – ou o réu – comprove estarem presentes os requisitos para sua concessão. (...) A antecipação de tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo”.²⁵¹

Portanto, a tutela antecipada “não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (...)”.²⁵²

Alerta-se, porém, que:

“(...) o que antecipa ‘não é propriamente a certificação do direito, bem como a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência. (...) em outras palavras, antecipa-se a eficácia social da sentença, não eficácia jurídico-formal”.²⁵³

De todo modo, como foi destacado quando da caracterização das medidas cautelares, o que se constata é que a ausência de satisfatividade delas é que as diferencia da antecipação da tutela, muito embora ambas decorram, via de regra²⁵⁴, da emergência provocada por uma situação de perigo. Colocando-as em distinção,

está em perigo ordenada pelo juiz em seguida à denúncia de dano temido, art. 699 do Cód. Civ.; ou no procedimento de urgência com o qual, o processo de separação pessoal, o presidente constitui provisoriamente, a cargo de um dos cônjuges, a obrigação de prover os alimentos ao outro: art. 808 do Cód. Proc.Civ).” (**Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**, p. 49-50).

²⁵¹ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 41. Em outra passagem da mesma obra, a autora refere que “(...) a tutela antecipada e a tutela cautelar têm em comum o traço da provisoriedade, enquanto se distinguem porque a instrumentalidade, a referibilidade e a dependência só se encontram presentes na segunda” (p. 35).

²⁵² NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**.p. 748. No mesmo sentido, afirma Rogéria Doria: “Enquanto a tutela cautelar tem por finalidade apenas assegurar a futura realização do direito, a tutela antecipatória pretende – desde logo – realizar o direito” (**Ob. cit.**, p. 50). A distinção feita por João Gualberto Garcez Ramos caminha na mesma direção: “O provimento cautelar tem finalidade de prevenir a ocorrência de um dano; o antecipatório, de evitar um dano através da antecipação dos efeitos da sentença. Quanto ao fundamento, o provimento cautelar se baseia na aparência do direito, enquanto o antecipatório, na evidência do direito afirmado e provado, que justifica a antecipação dos efeitos mesmos da sentença” (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 254).

²⁵³ DORIA, Rogéria Dotti. **Ob. cit.**, p. 50, referindo a Teori Albino Zavascki.

²⁵⁴ A ressalva diz respeito a duas hipóteses legais, vinculadas ao processo civil, que autorizam a antecipação de tutela: quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II), ou quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (CPC, art. 273, § 6.º).

ainda, a exigência de prova inequívoca sobre o direito alegado pela parte autora, registra-se como requisito da antecipação de tutela.²⁵⁵

Finalmente, para o presente trabalho é pertinente referir que, por terem natureza satisfativa, as antecipações de tutela não dependem do ajuizamento de uma outra ação – em que haverá a discussão da alegação e pretensão principal da parte autora. Elas se realizam no curso do próprio processo principal e por esta razão são apontadas como medidas mas eficientes e menos dispendiosas, sob o aspecto da movimentação da máquina judiciária.

²⁵⁵ “Nos termos do que estabelece o art. 273 do mencionado diploma legal, os requisitos para a antecipação de tutela são: a existência de prova inequívoca, ou seja, prova clara, evidente, manifesta; a verossimilhança da alegação, o que corresponde a uma alegação que pareça ser verdadeira; o receio de um dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda um abuso no direito de defesa ou propósito evidentemente protelatório do réu” (DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, p. 43).

6. REFERÊNCIAS GERAIS ÀS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Embora o presente trabalho verse sobre medidas de urgência decorrentes do Direito Processual Penal, a menção – ainda que superficial – às principais referências legais contidas no Processo Civil apresenta-se como pertinente, para que se possa efetuar remissões e, principalmente, comparações com os institutos extraídos do Processo Penal. Importante anotar, entretanto, que esta referência não tem qualquer pretensão de promover a simples e irrefletida transposição de conceitos do Processo Civil ao Processo Penal, mas de aproveitar o rico desenvolvimento do primeiro, no aspecto das medidas de urgência, para confrontá-los com as regras processuais penais contemporâneas, assim como com as novas situações sociais, que demandam atuação emergente no âmbito criminal.

Para tanto, tem-se em mente, de um lado, a referência de Jorge Figueiredo Dias a G. Conso, segundo o qual “não se pode deixar de exigir que todo o estudo do processo penal seja colocado e conduzido de modo completamente autônomo”. De outro lado, considera-se a lição do próprio autor lusitano, no sentido de que:

“A conclusão pessimista a que acada de chegar-se quanto à viabilidade de uma teoria geral do processo não deve porém obstar a que se reconheça o altíssimo valor de uma *consideração comparatista* dos diversos tipos de processo, levada a cabo ou como hipótese geral de investigação, ou a propósito de singulares problemas processuais. Ela mostra com inextinguível clareza como os diferentes tipos de processo são, no fundo, determinados pela especificidade do objeto processual e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo”.²⁵⁶

Visto isso, cabe observar que grande parte das referências feitas no capítulo anterior encontram correspondência não só na doutrina como também na legislação processual civil, que teve seu desenvolvimento primeiro e mais sobejo em vista das relações privadas, vinculadas aos direitos patrimoniais.

Vê-se pois, no Código de Processo Civil, um Livro do Título II, inteiramente dedicado ao processo cautelar, no qual, se pode encontrar regras explícitas sobre as

²⁵⁶ **Direito Processual Penal**, primeiro volume, p. 55.

características destas medidas (CPC, arts. 796²⁵⁷ e 809-810²⁵⁸), sobre o procedimento que lhe é próprio (CPC, arts. 801-803²⁵⁹), sobre a competência (CPC, 800²⁶⁰) e possibilidade de deferimento *ex officio* (CPC, art. 797²⁶¹), e sobre as suas hipóteses de decadência (CPC, 806²⁶²), substituição (CPC, arts. 805²⁶³ e 811²⁶⁴) e extinção (CPC, art. 808²⁶⁵).

Ainda no Livro III, do Título II do Código de Processo Civil, observa-se a aplicação de uma técnica legislativa de qualidade, na indicação de medidas cautelares específicas ladeadas pela previsão do poder geral de cautela, (CPC, arts. 798-799²⁶⁶) conferido ao Magistrado civil.

²⁵⁷ “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

²⁵⁸ “Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

²⁵⁹ “Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do nº III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.

Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida”.

²⁶⁰ “Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

²⁶¹ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

²⁶² “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

²⁶³ “Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

²⁶⁴ “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

²⁶⁵ “Art. 808. Na falta ou impedimento do escrivão e seu substituto, servirá pessoa idônea, nomeada pela autoridade, perante quem prestará compromisso, lavrando o respectivo termo”.

²⁶⁶ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Dentre os arts. 813 a 888, o Código de Processo Civil estabelece formas cautelares patrimoniais, pessoais e probatórias.

No primeiro grupo, destacam-se: a) o arresto de bens do devedor que sinaliza uma perspectiva de cumprimento de sua obrigação (CPC, arts. 813-821²⁶⁷); b) o seqüestro (CPC, arts. 822-825²⁶⁸); c) o arrolamento de bens cuja conservação é de interesse da parte (CPC, arts. 855-860²⁶⁹); d) a caução, prestada como forma de

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

²⁶⁷ “Art. 813. O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei.

Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial: I - prova literal da dívida líquida e certa; II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se.

Art. 815. A justificação prévia, quando ao juiz parecer indispensável, far-se-á em segredo e de plano, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas.

Art. 816. O juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia: I - quando for requerido pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei; II - se o credor prestar caução (art. 804).

Art. 817. Ressalvado o disposto no art. 810, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada na ação principal.

Art. 818. Julgada procedente a ação principal, o arresto se resolve em penhora.

Art. 819. Ficarà suspensa a execução do arresto se o devedor: I - tanto que intimado, pagar ou depositar em juízo a importância da dívida, mais os honorários de advogado que o juiz arbitrar, e custas; II - der fiador idôneo, ou prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas.

Art. 820. Cessa o arresto: I - pelo pagamento; II - pela novação; III - pela transação.

Art. 821. Aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente Seção”.

²⁶⁸ “Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro: I - de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações; II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar; III - dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando; IV - nos demais casos expressos em lei.

Art. 823. Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto.

Art. 824. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair: I - em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes; II - em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea.

Art. 825. A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que este assinar o compromisso. Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial”.

²⁶⁹ “Art. 855. Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

Art. 856. Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens. § 1º O interesse do requerente pode resultar de direito já constituído ou que deva ser declarado em ação

garantir a reparação do dano eventualmente provocado por outras medidas de urgência (CPC, arts. 826-838²⁷⁰).

Como medidas cautelares pessoais, o Código de Processo Civil prevê: a) a busca e apreensão de pessoas (CPC, arts. 839-843²⁷¹); b) a posse provisória de

própria. § 2º Aos credores só é permitido requerer arrolamento nos casos em que tenha lugar a arrecadação de herança.

Art. 857. Na petição inicial exporá o requerente: I - o seu direito aos bens; II - os fatos em que funda o receio de extravio ou de dissipação dos bens.

Art. 858. Produzidas as provas em justificação prévia, o juiz, convencendo-se de que o interesse do requerente corre sério risco, deferirá a medida, nomeando depositário dos bens.

Parágrafo único. O possuidor ou detentor dos bens será ouvido se a audiência não comprometer a finalidade da medida.

Art. 859. O depositário lavrará auto, descrevendo minuciosamente todos os bens e registrando quaisquer ocorrências que tenham interesse para sua conservação.

Art. 860. Não sendo possível efetuar desde logo o arrolamento ou concluí-lo no dia em que foi iniciado, apor-se-ão selos nas portas da casa ou nos móveis em que estejam os bens, continuando-se a diligência no dia que for designado”.

²⁷⁰ “Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória.

Art. 827. Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.

Art. 828. A caução pode ser prestada pelo interessado ou por terceiro.

Art. 829. Aquele que for obrigado a dar caução requererá a citação da pessoa a favor de quem tiver de ser prestada, indicando na petição inicial: I - o valor a caucionar; II - o modo pelo qual a caução vai ser prestada; III - a estimativa dos bens; IV - a prova da suficiência da caução ou da idoneidade do fiador.

Art. 830. Aquele em cujo favor há de ser dada a caução requererá a citação do obrigado para que a preste, sob pena de incorrer na sanção que a lei ou o contrato cominar para a falta.

Art. 831. O requerido será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, aceitar a caução (art. 829), prestá-la (art. 830), ou contestar o pedido.

Art. 832. O juiz proferirá imediatamente a sentença: I - se o requerido não contestar; II - se a caução oferecida ou prestada for aceita; III - se a matéria for somente de direito ou, sendo de direito e de fato, já não houver necessidade de outra prova.

Art. 833. Contestado o pedido, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, salvo o disposto no nº III do artigo anterior.

Art. 834. Julgando procedente o pedido, o juiz determinará a caução e assinará o prazo em que deve ser prestada, cumprindo-se as diligências que forem determinadas. Parágrafo único. Se o requerido não cumprir a sentença no prazo estabelecido, o juiz declarará: I - no caso do art. 829, não prestada a caução; II - no caso do art. 830, efetivada a sanção que cominou.

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

Art. 836. Não se exigirá, porém, a caução, de que trata o artigo antecedente: I - na execução fundada em título extrajudicial; II - na reconvenção.

Art. 837. Verificando-se no curso do processo que se desfaleceu a garantia, poderá o interessado exigir reforço da caução. Na petição inicial, o requerente justificará o pedido, indicando a depreciação do bem dado em garantia e a importância do reforço que pretende obter.

Art. 838. Julgando procedente o pedido, o juiz assinará prazo para que o obrigado reforce a caução. Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, presumindo-se que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso”.

²⁷¹ “Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Art. 840. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

Art. 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà: I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência; II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

filhos (CPC 888, III²⁷²); c) o afastamento de menor autorizado a contrair casamento sem autorização dos pais (CPC, art. 888, IV²⁷³); d) o afastamento temporário de um dos cônjuges do lar (CPC, 888, VI²⁷⁴); e) a guarda e o direito de visitas (CPC, 888, VII²⁷⁵).

No plano probatório cabe referir: a) a exibição de documentos que, em algumas hipóteses, pode se mostrar satisfativa (caso o acesso aos documentos exibidos não seja utilizado para instruir outra demanda - CPC, arts. 844-845²⁷⁶); b) a produção antecipada de provas, destinada a preparar a instrução de uma ação futura ou já em curso (CPC, arts. 846-851²⁷⁷); c) a justificação, que objetiva o

III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem. Art. 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas. § 1º Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada. § 2º Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar de duas testemunhas. § 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.

Art. 843. Finda a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas”.

²⁷² “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; (...)”.

²⁷³ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; (...)”.

²⁷⁴ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; (...)”.

²⁷⁵ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; (...)”.

²⁷⁶ “Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Art. 845. Observar-se-á, quanto ao procedimento, no que couber, o disposto nos arts. 355 a 363, e 381 e 382”.

²⁷⁷ “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

reconhecimento do fato cuja demonstração não pode ser obtida por outro meio – tal qual a declaração de óbito de uma pessoa cujo cadáver esteja desaparecido (CPC, arts. 861-866²⁷⁸); d) a posse em nome do nascituro, destinada a reconhecer a criança gestada como possível herdeiro do *de cujus*.

Ainda de encontra no Livro III, do Título II, do Código de Processo Civil uma espécie cautelar destinada a reverter situações de descumprimento de penhora, arresto, seqüestro, imissão ou embargo de obra (o atentado - CPC, arts. 879-881²⁷⁹); além de outras duas, vinculadas à segurança de edificações: a determinação de obras de conservação (CPC, art. 888, I²⁸⁰) e a interdição ou demolição de prédio (CPC, art. 888, VIII²⁸¹).

Medidas semelhantes a estas, ainda, podem ser encontradas em outras seções do Código de Processo Civil e da legislação extravagante, como ocorre com a separação de corpos (Lei do Divórcio) e os alimentos provisórios (Lei de Alimentos)

Além desta multiplicidade de medidas específicas, destinadas a circunstâncias concretas das mais variadas, chama-se a atenção para outra

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem”.

²⁷⁸ “Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 862. Salvo nos casos expressos em lei, é essencial a citação dos interessados. Parágrafo único. Se o interessado não puder ser citado pessoalmente, intervirá no processo o Ministério Público.

Art. 863. A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos.

Art. 864. Ao interessado é lícito contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

Art. 866. A justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão. Parágrafo único. O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.

²⁷⁹ “Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo: I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse; II - prossegue em obra embargada; III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Art. 880. A petição inicial será autuada em separado, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 802 e 803. Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Art. 881. A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado. Parágrafo único. A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado”.

²⁸⁰ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; (...)”.

²⁸¹ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público”.

característica bastante presente nas regras processuais civis dedicadas às medidas cautelares: o detalhamento das situações de perigo e dos ritos procedimentais adequados a cada medida. Com isso, o que se constata é que, além de conter previsões que se conjugam em uma “parte geral do processo cautelar”, o Código de Processo Civil oferece ao aplicador do Direito, critérios bastante claros acerca das hipóteses de cabimento e da forma de processamento das medidas cautelares.

Assim, por exemplo, ocorre com o arresto de bens, autorizado pelo legislador quando o *periculum in mora* estiver representado pelas situações explicitamente consignadas no art. 813, correspondentes à ausência do devedor, à alienação de seus bens, à omissão do pagamento no prazo estipulado, à insolvência, à contração (ainda que tentada) de dívidas extraordinárias, à transferência ou tentativa de transferência de seus bens para terceiros, à prática de atos fraudulentos destinados a frustrar a execução da dívida ou a lesar credores, além da tentativa de alienar, hipotecar ou dar em anticrese todos os seus.

Esta mesma característica de detalhamento das situações de perigo que autorizam o deferimento das medidas cautelares é passível de observação em outras espécies – criadas mais recentemente, com o desenvolvimento legislativo em afeição a temas de direito público. A esfera pública constitui, hoje, terreno fértil para desenvolvimento de instrumentos procedimentais de indisponibilidade provisória de bens – constatação que pode ser tranqüilamente relacionada às realidades da Sociedade do Risco, mencionadas na primeira parte deste trabalho.

Como lá se mencionou, os efeitos reflexivos da sociedade industrial conduziram o ideal de segurança ao patamar de valor central, destinando-se, ainda, a sua realização, ao Estado, que teria se omitido no controle das ações modernas, de forma a permitir a instalação do atual estado de insegurança. Une-se a isso, ainda, a complexidade das relações que caracterizam a Sociedade de Risco e que promove o desenvolvimento de interesses e direitos coletivos, cuja segurança somente pode se proceder por ações estatais.

Neste contexto, o desenvolvimento do Direito Público, voltado à proteção destes altos interesses trans-individuais se apresenta como fenômeno associado à nova realidade social. Pode-se citar como exemplo disso a regulamentação das atividades de seguradoras (Lei n.º 5.627/1970), instituições financeiras (Lei n.º 6.024/1974), de empresas de previdência complementar (Lei Complementar n.º 109/2001), de planos e seguros de assistência à saúde (Lei n.º 9.656/1998), de

organizações da sociedade civil de interesse público (OSCI's – Lei n.º 9.637/1998), além das atividades dos próprios agentes públicos, submetidos a normas como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), o Estatuto dos Servidores Públicos Civis (Lei n.º 8.112/1992) e o Regulamento do Tribunal de Contas da União (Lei 8443/1992).

Respeitadas as suas (muitas) peculiaridades, todos estes diplomas têm em comum, exatamente, a intenção de tutelar atividades que possuem grandes potenciais de extensão coletiva, seja por envolverem o patrimônio ou as funções públicas, seja porque conjugam investimentos de grupos tão numerosos de indivíduos, que chegam a participar da segurança econômica e financeira da Nação.

Pois bem, em todos eles se pode observar normas voltadas a garantir, provisória e antecipadamente, a futura e eventual reparação dos danos provocados no exercício das atividades que lhe são correspondentes.

Assim, por exemplo, as Leis n.º 5.627/1970 (referente às sociedades seguradoras²⁸²), n.º 6.024/1974 (referente às instituições financeiras²⁸³), n.º 9.637/1998 (referente às OCIP's²⁸⁴) e a Lei Complementar n.º 109/2001 (referente

²⁸² “Art 2º Os administradores e conselheiros fiscais das Sociedades de Seguros ou de capitalização, que entrarem em regime de liquidação extrajudicial compulsória, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo os referidos bens ser vendidos, cedidos ou prometidos vender, vedada a constituição de ônus reais sobre eles. Parágrafo único. A indisponibilidade de que trata o presente artigo decorrerá do ato que declarar o regime da liquidação extrajudicial compulsória e atingirá todos aqueles que tenham exercido as funções nos 12 (doze) meses anteriores ao mesmo ato”.

²⁸³ “Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. § 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida: a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título, adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei. § 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. § 4º Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência”.

²⁸⁴ “Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de

às empresas de previdência complementar²⁸⁵), estabelecem que os administradores das pessoas jurídicas que lhes são correspondentes terão todos os seus bens indisponibilizados em consequência da instalação de intervenção, liquidação ou processo de falência.

Embora, via de regra, esta indisponibilidade tenha prazo de duração pré-estabelecido, não há dúvida de que se trata de medida extremamente rigorosa e violenta, no que se refere ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII e XXIII²⁸⁶; CC, art. 1228²⁸⁷). Veja-se, por exemplo, que pelo § 3º, do art. 36, da Lei n.º 6.024/1974, a indisponibilidade pode atingir terceiros além dos administradores, que, nos doze

agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. § 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade”.

²⁸⁵ “Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores. § 2º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar. § 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. § 4º Não são também atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessas de compra e venda e de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público até doze meses antes da data de decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial. § 5º Não se aplica a indisponibilidade de bens das pessoas referidas no caput deste artigo no caso de liquidação extrajudicial de entidades fechadas que deixarem de ter condições para funcionar por motivos totalmente desvinculados do exercício das suas atribuições, situação esta que poderá ser revista a qualquer momento, pelo órgão regulador e fiscalizador, desde que constatada a existência de irregularidades ou indícios de crimes por elas praticados”.

²⁸⁶ “Art. 5º (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

²⁸⁷ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

meses que antecedem à intervenção, tenham concorrido para os prejuízos ou tenham adquirido bens dos administradores ou conselheiros das instituições financeiras. De forma bastante similar, o § 2.º, do art. 59, da Lei Complementar 109/2001 prevê que serão indisponibilizados os bens de pessoas que os tenham adquirido dos administradores, controladores e/ou conselheiros da empresa de previdência complementar (nos doze meses que antecederam à intervenção ou liquidação judicial), “desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos” reparatórios da lei.

A esta última referência, deve-se unir a observação de que, ao contrário do que aparenta, as ordens legais de indisponibilidade total de bens não estão desvinculados de perigos de dano de concreto. Em outras palavras: a leitura das disposições em comento parece induzir à conclusão de que há uma decisão “arbitrária” do legislador, em estabelecer tal indisponibilidade como consequência automática do início dos procedimentos de intervenção, liquidação ou falência das entidades antes referidas. Entretanto, uma leitura mais cuidadosa dos textos legais, em sua íntegra, permite afirmar o contrário.

Veja-se, por exemplo, que a intervenção sobre uma instituição financeira só será decretada quando a entidade tiver sofrido dano, “decorrente da má administração, que sujeita a riscos os seus credores”, quando “forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central” ou, havendo causa para decretação de falência, puder ser evitada a liquidação extrajudicial²⁸⁸.

A liquidação judicial de instituição financeira, de outro lado, decorrerá de eventos “que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência”; da grave violação de “normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais”; da existência de “prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários” ou quando “cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação

²⁸⁸ Lei n.º 6.024/1974, art. 2º.

ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores”.²⁸⁹

De forma semelhante, será iniciada a liquidação extra-judicial de uma empresa de previdência complementar decorrerá da inviabilidade de recuperação ou pela ausência de condição para seu funcionamento.²⁹⁰ A intervenção por sua vez, acontecerá por “irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores”; “aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes”; “descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar”; “situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades”; “situação atuarial desequilibrada” ou “outras anormalidades definidas em regulamento”.²⁹¹

A partir destas referências, percebe-se, de forma clara, que os atos de que decorrem as indisponibilidades de bens antes referidas, por si sós, pressupõem situações de perigo concreto para a higidez das entidades e, conseqüentemente, dos investidores, usuários e do próprio sistema econômico e/ou financeiro.

Registros semelhantes podem ser feitos em relação às espécies de indisponibilidade de bens, vinculadas diretamente ao patrimônio público. O art. 44, da Lei n.º 8.443/1992, por exemplo, prevê que, durante a apuração feita pelo Tribunal de Contas da União, haverá o afastamento do responsável pelas contas “se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou individualizar o seu ressarcimento”. Nestas mesmas circunstâncias de risco, poderá ser decretada exatamente a indisponibilidade de bens (por prazo não superior a um ano), conforme o que está disposto no § 2.º, do referido art. 44.

Com isso, é possível afirmar que até mesmo nas criações legislativas mais recentes, destinadas aos temas de direito público, há uma considerável atenção do

²⁸⁹ Lei n. 6.024/1974, art. 15.

²⁹⁰ Lei Complementar n.º 109/2001, art. 48.

²⁹¹ Lei Complementar n.º 109/2001, art. 44.

legislador na definição das circunstâncias de perigo (*periculum in mora*) que autorizam ou determinam a imposição de constrições provisórias (ou temporárias) de direito. Não se ignora, é certo, que há certos pontos de crítica das normas em comento²⁹². Isto, porém, não anula a conclusão de que o Processo Civil, em geral, oferece exemplo de constante explicitação dos critérios circunstanciais que autorizam a tomada de medidas de urgência quanto a relações de ordem privada e, também, de ordem pública.

Somente para citar um exemplo final, já não vinculado ao processo cautelar, cabe renovar a referência ao art. 273 do Código de Processo Civil, segundo o qual “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação” e, ainda, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I), “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II) ou a “tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (§ 6.º).

Como se vê por mais uma vez, o processo civil concede uma “lição” quanto ao estabelecimento dos motivos que justificam suas medidas excepcionais, ainda que não estejam relacionadas diretamente a uma situação de urgência – como o que ocorre com a antecipação da parte incontroversa da demanda.

Guardadas a devida necessidade de crítica e as diferenças naturais, esta referência serve de importante ponto de comparação para a análise das medidas de urgência atualmente existentes no Processo Penal brasileiro.

²⁹² Como ocorre em relação à Lei de Improbidade Administrativa, que é omissa quanto aos critérios para a decretação da indisponibilidade de bens.

7. REFERÊNCIAS GERAIS ÀS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tendo por finalidade primordial a apuração da responsabilidade criminal no caso concreto, mediante o respeito ao Devido Processo Legal e demais garantias constitucionais²⁹³, o Processo Penal abrange uma série de outros objetivos, que lhe são complementares. Em consequência, embora a ação penal condenatória possa ser reconhecida como a via principal de exercício e manifestação do Processo Penal, não é seu único instrumento.

Na hipótese de condenação do réu, por exemplo, o processo segue atuando na fase de execução penal, em que funcionam regras processuais próprias (como é o caso do recurso de previsto pelo art. 197 da Lei n.º 7.210/1984) e todas as garantias constitucionais relativas ao Devido Processo Penal.

No curso de uma investigação policial, quando sequer está instaurada a ação condenatória, a via processual pode ser deflagrada, com o deferimento judicial de medidas instrutórias de urgência (quebra de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, ou, ainda, a busca e apreensão) ou voltadas à privação da liberdade do investigado para fins de instrução (prisão temporária) ou para preservar a ordem pública e econômica, a instrução processual ou a futura aplicação da lei penal (prisão preventiva).

Boa parte destas medidas também pode ser realizada no curso da ação condenatória, durante a qual ainda podem ocorrer, incidentalmente, arguições da

²⁹³ Cabe aqui referir alguns conceitos de processo e processo penal:

a) "(...) Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto" (NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 73).

b) "(...) o movimento de atos destinados à solução da questão penal, informado, pois, por essa finalidade e ser realizado por meio de procedimentos e ritos diferentes, dependendo da natureza do delito ou da respectiva pena" (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, p. 510).

c) "Cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade. A jurisdição atua para fazer o accertamento do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 134).

d) "Assim, nessa classificação das formas de distribuição da justiça, o processo penal surge com a pena pública e assume a estrutura de um sistema de reparto "heterônomo", por um terceiro imparcial, público e com sua competência previamente fixada em lei (juiz). (...) O processo penal, como instituição estatal é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena" (**Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, p. 06-07).

defesa e até do Ministério Público sobre a suspeição ou a incompetência do juízo, sobre a existência de coisa julgada ou de litispendência de ações.

Como exemplos de providências processuais incidentais à ação condenatória e à investigação preliminar, durante a execução da sentença condenatória ou mesmo após ela são os pedidos de fiança e liberdade provisória, de restituição de coisas apreendidas (também possível a terceiros atingidos pela busca e apreensão), o *habeas corpus*, o próprio mandado de segurança (por exemplo, destinado à obtenção de vista e cópia de autos de investigação), além dos incidentes de execução penal (remição de pena, progressão de regime, livramento condicional, autorização especial de saída), dos pedidos de extinção da punibilidade e da revisão criminal podem ser citados neste ponto.

Esta gama de possibilidades permite a referência de que o Processo Penal congloba não só ações condenatórias, mas também constitutivas e declaratórias. Registra, também, ações executivas e cautelares, podendo, estas últimas, ter finalidades diversas: assegurar a existência de elementos de prova previstos como relevantes para a instrução; adotar medidas voltadas a promover a segurança social ou a garantir o resultado útil do processo, na hipótese de a acusação ser julgada procedente.

Segundo anota João Gualberto Garcez Ramos:

“As medidas de urgência do processo penal se dividem em cinco diferentes grupos: Há as **a)** medidas patrimoniais de urgência, **b)** as medidas instrutórias de urgência e **c)** a busca e apreensão, que tanto pode ser medida instrutória quanto patrimonial, razão pela qual mereceu um tratamento à parte. No campo da liberdade de locomoção do imputado, as medidas pode ser: **d)** privativas ou **e)** protetivas da liberdade”.²⁹⁴

Portanto, “embora grande parte das cautelas visem assegurar a execução da sentença, outras acautelam as provas cuja finalidade se exaure no processo de conhecimento”.²⁹⁵

Assim, em uma tentativa (que se reconhece não exaustiva) de arrolar as medidas processuais de urgência atualmente presentes no processo penal brasileiro, caberia referir:

- a prisão em flagrante (CPP, arts. 301-302²⁹⁶),

²⁹⁴ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, prefácio.

²⁹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 44.

- a prisão preventiva (CPP, arts. 311-312²⁹⁷),
- a prisão temporária (Lei n.º 7.960/1989, art. 1.º²⁹⁸),
- a liberdade provisória (com ou sem fiança – CPP, arts. 321-324²⁹⁹),
- a busca e apreensão (CPP, art. 240³⁰⁰),
- a produção antecipada de provas (CPP, arts. 225³⁰¹ e 366³⁰²),

²⁹⁶ “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

²⁹⁷ “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

²⁹⁸ “Art. 1.º Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (...); seqüestro ou cárcere privado (...); c) roubo (...); d) extorsão (...); e) extorsão mediante seqüestro (...); f) estupro (...); g) atentado violento ao pudor (...); h) rapto violento (...); i) epidemia com resultado morte (...); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (...); l) quadrilha ou bando (...); m) genocídio (...); n) tráfico de drogas (...); o) crimes contra o sistema financeiro (...)”.

²⁹⁹ “Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais; III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio; V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350; II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar; III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

³⁰⁰ “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1.º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2.º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

- a interceptação das comunicações telefônicas e similares (Lei n.º 9.296/1996, arts. 1.º e 2.º³⁰³),
- a ação controlada (Lei n.º 9.034/95, art. 2.º, II³⁰⁴),
- a escuta ambiental (Lei n.º 9.034/95, art. 2.º IV³⁰⁵),
- a infiltração de agentes policiais em quadrilhas, organizações ou associações criminosas (Lei n.º 9.034/95, art. 2.º, V³⁰⁶),
- a quebra do sigilo fiscal, bancário e eleitoral (Lei n.º 9.034/95, art. 2.º III³⁰⁷),
- o seqüestro de bens (CPP, art. 125³⁰⁸),
- a especialização de hipoteca legal (CPP, art. 134³⁰⁹),
- o arresto prévio de bens imóveis (CPP, art. 136³¹⁰) e
- o arresto de bens móveis (CPP, art. 137³¹¹).

³⁰¹ “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

³⁰² “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

³⁰³ “Art. 1.º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova da investigação e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. **Parágrafo único.** O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2.º Não será admitida a interceptação de ligações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. **Parágrafo único.** em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

³⁰⁴ “Art. 2.º em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) II – a ação controlada, consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretiza no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

³⁰⁵ “Art. 2.º (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

³⁰⁶ “Art. 2.º V – infiltração por agente de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”.

³⁰⁷ “Art. 2.º III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”.

³⁰⁸ “Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

³⁰⁹ “Art. 134. 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”.

³¹⁰ “Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

Muito embora possuam finalidades e características próprias, todas estas providências possuem em comum o fato de consistirem em restrições processuais de direitos, ou seja, em diminuições ou supressões de direitos que antecedem ao provimento final e, portanto, se realizam antes de ser reconhecida a responsabilidade criminal do investigado.

Por esta razão, embora a realidade apresente uma multiplicidade de situações que demandam estes tipos de restrições, é imprescindível concebê-las como medidas excepcionais – até mesmo em virtude do conteúdo da Presunção de Inocência, proclamada pelo art. 5.º, LVII, da Constituição.

Referida excepcionalidade expressa-se, inicialmente, pela existência de uma situação de emergência provocada pela presença de um perigo concreto aos direitos assegurados no processo principal ou ao próprio desenvolvimento deste. Nas palavras de Fauzi Hassan Chouck, “a idéia de emergência está atrelada à de urgência – e, num certo sentido, ao de crise”, de modo que as providências processuais restritivas de direitos devem estar atreladas à “necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdurar”.³¹²

Trata-se, assim, de demonstrar concretamente³¹³ que as circunstâncias que envolvem o processo penal condenatório colocam em risco a própria investigação ou a eficácia de eventual sentença condenatória.

Para que se possa, entretanto, promover a defesa “antecipada”³¹⁴ de um provimento final que ainda não é certo, é preciso que os elementos de informação já constantes dos autos permitam afirmar a probabilidade de procedência da acusação – caso contrário, também não se justifica a imposição de restrição de direitos no curso do processo. É preciso que se tenha em mente que esta probabilidade deve estar amparada em dados materiais e não em exercícios meramente especulativos,

³¹¹ “Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis”.

³¹² Processo penal de emergência, p. 1-2.

³¹³ Realçando a necessidade de demonstração material do *periculum in mora*, Cláudia Marlise Alberton anota que são “necessários dados reais que provem o dano que a demora do acerto do direito das partes poderá acarretar à utilidade da sentença futura” (**Tutela de urgência, emergência e evidência – a questão da sumarização frente ao processo penal garantista**, in **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**, p. 183).

³¹⁴ A utilização de aspas tem a finalidade de evitar que a afirmação acima seja identificada com o conceito processual civil restrito de tutela antecipada.

como faz crer Danilo Fontenele Sampaio Cunha, ao afirmar que “basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes (...)”.³¹⁵

De todo modo a presença de elementos materiais sobre a situação de emergência e sobre a provável procedência da acusação é imprescindível para que se justifique a imposição de restrição de direitos no curso da persecução penal³¹⁶, dada a excepcionalidade exigida pela Presunção de Inocência.

Ao contrário do que ocorreu no âmbito civil, entretanto, a doutrina demorou a reconhecer a existência de um Processo Penal de Urgência ou Cautelar – o qual somente veio a ser enunciado como tema próprio por José Frederico Marques, conforme anota João Gualberto Garcez Ramos³¹⁷. Este desencontro entre o desenvolvimento do Processo Civil e do Penal é também registrado por Luiz Antônio Câmara, segundo o qual:

“(...) enquanto o processo civil alcançou nível evolutivo invejável, o processo penal, com crescimento marcado por exagerada timidez – quase sempre fundado no empirismo -, não teve evolução científica satisfatória: ao invés de *pari passo* desenvolver-se como o ramo jurídico que dele mais se aproxima, continua fincando as bases de antanho, de tal forma atarrancado, que não se pode admitir como desprovidas de razões algumas rigorosas críticas dirigidas ao desenvolvimento de tal ramo da ciência jurídica”.³¹⁸

Por conta desta realidade, aliás, o Processo Penal permaneceu por muito tempo (e para alguns ainda é concebido) à sombra do Processo Civil, como ramo

³¹⁵ **Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 171.

³¹⁶ Estas circunstâncias são comumente associadas aos brocados latinos *periculum in mora* e *fumus boni iuri* e, em alguns casos, adaptados às expressões *periculum libertatis* e *fumus comici delicti* (que se adequam às hipóteses de restrições processuais de liberdade do investigado).

³¹⁷ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 37. A menção de Frederico Marques encontra-se no seguinte trecho do quarto volume de sua obra **Elementos de Direito Processual Penal**: “CAPÍTULO XXVI – Do Processo Penal Cautelar (...) As medidas cautelares, no Direito Processual Penal brasileiro, ou se destinam a garantir a indenização do dano advindo do crime, ou atuam estritamente no campo da *persecutio criminis*. Nesta última hipótese, ou são providências coercitivas contra o *status libertatis* do réu, e se destinam a tutelar o interesse punitivo do estado consubstanciado na provável condenação do réu; ou, então, visam impedir danos à liberdade do réu, como providências de contra-cautela, com o escopo de garantir o *status libertatis* em face do poder coercitivo-cautelar do Estado. As medidas cautelares, conexas instrumentalmente à *persecutio criminis*, são as seguintes: a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão provisória, a interdição provisória de direitos, e a aplicação de medidas de segurança – na classe de providências coercitivas; e a liberdade provisória (com ou sem fiança), a soltura cautelar e o *habeas corpus* – na categoria das que se concedem *favor libertatis*” (p. 11 e 17-18). Com relação a este último trecho, há as seguintes anotações do atualizador da obra, da sua 2.^a edição: “Com o advento da lei n.º 7.960/89, foi criada nova modalidade de prisão provisória, denominada prisão temporária. Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, lei n.º 7.209/84, e da lei de execução penal, lei n.º 7.210/84, foram abolidas a aplicação provisória de interdição de direitos e a de medida de segurança” (p. 18).

³¹⁸ **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 67.

jurídico inferior a este, ou como um braço de aplicação de suas normas no espaço criminal. Neste contexto, a própria concepção de uma Teoria Geral do Processo pode ser reputada como resultado desta má compreensão sobre o desenvolvimento descompassado do Processo Penal frente ao Processo Civil.

Aliás, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a dita Teoria Geral do Processo não passaria de uma aplicação estendida dos conceitos processuais civis ao processo penal, representando, assim, uma teoria do processo civil, que, “a cavalo (...) penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo **pobre**, uma parcela, uma fatia da teoria geral”, induzindo à conclusão de que “teoria geral do processo é engodo”.³¹⁹

Esta afirmação encontra respaldo na quase insuperável dificuldade de transportar para o Processo Penal, conceitos básicos relativos aos fundamentos do Processo Civil. É o que ocorre, por exemplo, com a definição carneluttiana de lide, intensamente discutida pelo professor paranaense por último mencionado³²⁰.

De fato, a idéia de “conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida” não se presta a ocupar o lugar de objeto do Processo Penal condenatório, seja porque não se consegue afirmar que o Estado tenha propriamente o interesse na condenação do réu; seja porque este pode não resistir à versão acusatória. Estas e várias outras dificuldades fazem com que diversos autores se posicionem contra a existência de um conceito de lide no Processo Penal ou formulem conceito próprio diferenciado das bases originais, como ocorre no trabalho de Jacinto Coutinho, que propõe a idéia de “caso penal” como definição do objeto da ação penal condenatória³²¹.

Afora isso, tem-se que a distância entre o Processo Civil e o Penal pode ser encontrada na distinção de outros pontos fundamentais, como o que ocorre com a regra de indisponibilidade da ação penal³²², com a inexistência de presunções

³¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 118-119.

³²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Ob. cit.**

³²¹ “Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre -, e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: **caso penal**, por exemplo. Trata-se, entenda bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à determinação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Ob. cit.**, p. 134-135).

³²² Somente excepcionada nas restritas hipóteses de ação penal privada.

decorrentes do silêncio da parte ré e com a realização de uma instrução preparatória ao processo penal condenatório pelo próprio Estado.

Por estas e outras razões, adota-se, como mais prudente, o entendimento já manifestado, de que, embora constituam ramos correlatos, o Direito e o Processo Penal não possuem bases idênticas, não se podendo falar em uma Teoria Geral do Processo. Ainda assim, compreendendo que a relação entre as duas linhas processuais é relevante e fornece contribuições riquíssimas, deve-se reconhecer a pertinência de identificar e confrontar refletidamente as diferenças que existem entre elas, para que se possa contribuir para o desenvolvimento do Processo Penal.

No campo específico das medidas de urgência, a volumosa produção legislativa e doutrinária encontrada no Direito Processual Civil oferece importantes pontos de comparação – como o que já foi mencionado neste trabalho - os quais serão abordados nos sub-tópicos seguintes.

Antes, porém, de realizar a análise pontual de alguns temas mais específicos quanto às medidas de urgência no Processo Penal, cabe fazer um registro bastante relevante, no que se refere à natureza processual de tais medidas.

Como já se disse, demorou-se a reconhecer a existência de um Processo Penal Cautelar ou de urgência dentre os autores nacionais, entendendo-se que as providências de restrição antecipada de direitos possuem caráter de medidas internas à própria ação condenatória ou à investigação preliminar.

No entanto, passou-se a perceber que, embora sempre relacionadas à persecução penal propriamente dita³²³, aquelas “medidas” processuais possuíam (como possuem) autonomia quanto ao seu objeto, quanto à sua finalidade, às suas condições³²⁴, e quanto à relação entre os sujeitos envolvidos. Assim, por exemplo, a

³²³ José Frederico Marques, v. 04, p. 05.

³²⁴ “A possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar ‘prima facie’, se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. (...) No que tange ao interesse de agir na ação cautelar, consiste ele na necessidade de vir o autor a juízo, pelo meio adequado, pedir a segurança, sob pena de se ver despojado do amparo da futura tutela jurisdicional definitiva, ameaçada que se encontra de se tornar inócuo pelo perigo da mutação iminente e grave da situação da outra parte. Portanto, o interesse de agir na ação cautelar se configura pela existência palpável de um perigo que se apresenta, exigindo uma providência para que não se converta a situação perigosa em realidade. (...) Também a legitimidade para agir no processo cautelar é uma condicionante ao exercício da ação em que se pede a tutela jurisdicional, visando assegurar determinada situação ou evitar um prejuízo, tornando ilusório o direito pleiteado no processo principal. Essa legitimidade ‘*ad processum*’ é a mesma exigida para ação de conhecimento condenatória ou executória. No entanto, como bem observa Donaldo Armelin, essa vinculação não existe em um plano de acessoriedade entre a pretensão à tutela jurídica da segurança e a pretensão de direito material, e sim num plano de acessoriedade já que a primeira poderá ser admitida independentemente da última, acentuando: ‘Como, porém, a segurança está jungida à titularidade,

prisão preventiva não se destina à apuração material de uma infração penal e a eventual imposição de pena, mas à garantia da instrução processual (em uma de suas hipóteses). O pedido de liberdade provisória não tem por objeto a imputação de um crime, mas a legalidade de uma prisão em flagrante e – tal qual a restituição de coisas apreendidas – não é requerida pelo Ministério Público ou pelo querelante.

Sujeitos processuais, objeto e finalidades distintas apontam, pois, que as “medidas” de urgência no Processo Penal constituem ações que se distinguem da ação condenatória, embora à ela se refiram.

Neste sentido, é esclarecedora a lição de José Frederico Marques:

“Segundo Manzini, ação penal é somente aquela consubstanciada em ‘atividade do Ministério Público destinada a obter do juiz uma decisão que declare realizável a pretensão punitiva do Estado oriunda de infração penal’. Inaceitável e, porém, esta afirmativa. Rebateu-a, muito bem, GIOVANNI LEONE, mostrando que há ação penal sempre que se peça a atuação da lei penal, pouco importando que a aplicação desta, pelos órgãos jurisdicionais, não tenha por escopo a decisão de pretensão punitiva.

Se o processo, que se instaura, visa solucionar uma lide mediante a aplicação da lei penal (ou da lei processual penal), *processo penal* ele será, muito embora sem o caráter de processo condenatório. É que, como salienta VINCENZO SPIEZIA, outras ações existem, do domínio do processo penal, em que a finalidade não consiste em obter a prorrogação da pena, ao autor “*di un presunto fatto-reato*”. E como a toda ação corresponde um processo, daí se segue que assim como existe *pluralidade de ações penais*, mais de um tipo de processo também se encontra no Direito Processual Penal (*retro*, §§ 36 e 37).”

No mesmo sentido, manifestam-se também Romeu Pires de Campos Barros³²⁵ e João Gualberto Garcez Ramos, reconhecendo a existência de ações cautelares no processo penal brasileiro.

Em oposição a isso, porém, a doutrina contemporânea registra opiniões divergentes. Rogério Lauria Tucci considera que, no Processo Penal “só há lugar para a efetivação de *medidas cautelares*, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei

para efeitos de aferição de legitimidade no que tange a uma determinada situação jurídica, evidentemente, essa relação afeta a legitimidade no tratamento processual das pretensões que as veiculam. No processo, a possibilidade de se aferir a legitimidade na ação cautelar, através da legitimidade da ação de conhecimento ou de execução a ser proposta, não torna, porém, os processos cautelar e de conhecimento ou de execução vasos comunicantes de tal sorte que a legitimidade deferida no primeiro há de ser ‘*ipso facto*’ reconhecida no segundo.”(BARROS, Romeu Pires de Campos, **Processo Penal Cautelar** págs. 58-59 e 61).”

³²⁵ **Ob. cit.**, p. 48-56

(...).³²⁶ Vicente Greco Filho comunga deste pensamento, sem entretanto, aprofundar a questão³²⁷; o mesmo sendo feito por Danilo Fontenele Sampaio Cunha, em artigo dedicado às medidas cautelares previstas pela lei de lavagem de dinheiro.³²⁸

A despeito de tais manifestações, pode-se insistir com tranquilidade na existência de ações cautelares e outros tipos de processo que não se limitem à ação condenatória, no âmbito Processual Penal.

Esta afirmação, inicialmente, é sustentada pela já mencionada autonomia de tais ações, refletida pela diversidade de objeto, condições, finalidade e relação de legitimidade de partes.

Dita característica é reafirmada por referências explícitas do Código de Processo Penal, no sentido que as “medidas” cautelares deverão ser autuadas em apartado. É o que ocorre em relação ao seqüestro, à especialização da hipoteca legal e ao arresto de bens (CPP, arts. 129 e 138).

Soma-se a isso, ainda, a existência de regras procedimentais próprias para tais “medidas”, tal como se verifica pelos arts. 128, 130, 131, 133, 134, 135 (e todos os seus seis parágrafos), 136, 137, § 2.º e 143 do Código de Processo Penal.³²⁹

Portanto, além de possuírem conteúdo autônomo (embora não independente da ação condenatória), os provimentos de urgência no Processo Penal também são legislativamente caracterizados por uma autonomia formal, que afasta a afirmação de Rogério Lauria Tucci e assegura a tais provimentos a inquestionável natureza da ação.

A defesa de entendimento contrário pode significar aliás, um pretenso afastamento de mecanismos de defesa do investigado quanto às restrições de direito que são antecipadamente impostas através das chamadas “medidas cautelares”. A referência de Danilo Fontenele Sampaio Cunha, no sentido de que o

³²⁶ **Teoria do Direito Processual Penal**, p. 107.

³²⁷ Afirma sumariamente que “(...) inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sempre se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento” (**Manual de Processo Penal**, p. 101-102)

³²⁸ “A natureza jurídica da cautelaridade, agora mais clara no sentido de medida e não de ação autônoma, torna a responsabilidade permanente do Ministério Público e do juiz, sempre vinculada à investigação ou ao processo criminal, representando uma tensão entre a garantia e a proteção das liberdades do cidadão, de um lado, e a obrigação estatal de proteção ao conjunto social ante o ilícito, de outro” (**Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 169).

³²⁹ Ainda que o Código de Processo Penal seja omissivo quanto a diversas fases procedimentais (como se verá adiante), é impossível negar a autonomia das “medidas” de urgência.

deferimento de tais providências não depende de sentença³³⁰, é evidente prova disso. A valer este pensamento (completamente inadmissível, diante do que já foi exposto) o requerido não poderia recorrer a instâncias jurisdicionais superiores para discutir a imposição da “medida” de urgência, a não ser através das estreitas vias do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Além disso, seria mais facilmente tergiversado sobre as demais garantias processuais (como o Contraditório e a Ampla Defesa), especificamente quanto ao tema da restrição, já que seria concebida como mera decisão interlocutória da ação penal contraditória.

Felizmente, esta concepção não encontra eco dos conceitos fundamentais do processo e nem mesmo na jurisprudência, que mantém firme entendimento no sentido de que, por exemplo, a decisão que decreta o seqüestro de bens é atacável por recurso de apelação. Nem mesmo as autorizações legais para que algumas “medidas” de urgência sejam decretadas de ofício afasta esta conclusão, já que o art. 5.º, LV, da Constituição obriga que todas as relações submetidas ao Poder Judiciário sejam vinculadas em respeito ao Contraditório e à Ampla Defesa. Mesmo que a manifestação da parte atingida seja colhida após decisão *ex officio* (e, portanto, ainda que o Contraditório seja diferido), a manutenção da “medida” de urgência deverá respeitar às garantias inerentes ao Devido Processo Legal. Deste modo, afasta-se por mais uma vez a afirmação de que os provimentos de urgência no Processo Penal não consubstanciariam ações cautelares, mas decorreriam de decisões interlocutórias proferidas no bojo e no curso da ação penal condenatória.

Reconhecida, pois, a natureza autônoma dos provimentos de urgência no Processo Penal, cabe esclarecer que as expressões “medidas”, “provimento”, “procedimentos” ou “providências” de urgência serão utilizadas nos capítulos seguintes com seu sentido comum e, portanto, desvinculado da proposta antes rechaçada, no sentido de que as espécies de constrição processual não constituem ações próprias.

Compreendidas estas questões, passa-se à análise de alguns temas mais específicos quanto ao processo penal de urgência.

³³⁰ **Medidas Cautelares**, in **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 169

7.1 O deferimento *ex officio* das medidas de urgência no Processo Penal brasileiro

Uma das primeiras questões especiais que deve ser abordada nesta oportunidade, diz respeito à possibilidade de deferimento *ex officio* da cautela penal, em uma discussão que se inicia com referências às origens do Código de Processo Penal brasileiro atualmente em vigor.

Editado em 1941, foi ele produzido sob declarada inspiração do Direito italiano³³¹ que, na época, transpirava os ideais fascistas de Mussolini e, portanto, oferecia paradigmas inquisitivos e repressivos. O seguinte trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, subscrita por Francisco Campos, bem revela estas tendências:

“As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não se pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de código. (...)

As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do *flagrante delito*, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma *faculdade*, para ser um *dever* imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. (...)

É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação de culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de

³³¹ Veja-se o seguinte trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “Quando da última reforma do processo penal da Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de se repetir as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”.

continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano *ex delicto*”.

Neste contexto, a autorização para atuação de ofício do Magistrado é apresentada como uma das “estratégias” da legislação de 1941, segundo o que também se percebe pela referida Exposição de Motivos:

“Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

Pela leitura da legislação, observa-se que a liberdade de iniciativa do julgador não corresponde somente à instrução probatória (CPP, art. 156³³²), mas também com relação às medidas processuais de urgência, com a possibilidade de decretação, de ofício, do seqüestro de bens (CPP, art. 127³³³), da busca e apreensão (CPP, art. 242³³⁴), da prisão preventiva (CPP, art. 311³³⁵) e da produção antecipada de prova oral (CPP, art. 225³³⁶).

Há, pois, verdadeira generalização da autorização para atuação de ofício do magistrado, em relação às medidas penais de urgência, opondo-se ao exemplo extraído do Processo Civil, que admite a atuação processo *ex officio* “só em casos excepcionais” (CPC, art. 797³³⁷).

³³² “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

³³³ “Art. 127. 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”.

³³⁴ “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

³³⁵ “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

³³⁶ “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

³³⁷ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

Esta oposição contribui para a discussão acerca desta característica do Processo Penal, que, porém, encontra nos debates sobre o princípio acusatório o seu principal móvel. Isto porque a separação das atividades processuais corresponde ao principal ponto de distinção entre os sistemas inquisitivo e acusatório: enquanto no primeiro, o julgador acumula as funções de investigação, acusação e defesa, no segundo (visando a “imparcialidade” do magistrado e a maior legitimidade da decisão³³⁸), estas funções são distribuídas a sujeitos diversos³³⁹ como se extrai do magistério de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual:

“(...) o que mais nitidamente caracteriza os dois sistemas é a posição, no processo, dos intérpretes do drama judicial: o inquisidor é um juiz ao qual a lei atribui crédito ilimitado, o que explica porque ao investigado não se permita o papel de interlocutor; no sistema acusatório, pelo contrário, a regra é o diálogo”.³⁴⁰

Pois bem, embora o Código de Processo Penal brasileiro tenha sido criado sob fortes tendências inquisitivas, como foi visto, seu perfil sofreu profunda remodelação com a Constituição de 1988, que lhe impôs, como condição de validade e existência, todas inspirações afetas ao princípio acusatório.

Assim se percebe, inicialmente, pela clara distribuição das funções processuais penais de investigação, acusação e defesa: a primeira, conferida à polícia judiciária (CF, art. 144, §§ 1.º e 4.º³⁴¹); a segunda, destinada ao Ministério

³³⁸ A expressão imparcialidade é utilizada entre aspas, exatamente porque, como anota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na realidade, “é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição da figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história” (**O papel do novo juiz no processo penal**, in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 15).

³³⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, p. 08-09.

³⁴⁰ **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**, p. 68-69. No mesmo sentido, é o seguinte trecho da monografia de Natalie Ribeiro Pletch, publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: “Ainda que a separação física dos órgãos estatais responsáveis pela acusação e pelo julgamento não garanta a eliminação do processo penal inquisitório, a existência do Ministério Público como sujeito processual e a delimitação prévia e exclusiva de suas incumbências são fundamentais para conter poder punitivo estatal, afastando o julgador da atividade das partes e tornando mais rigorosos os critérios para apuração e solução do caso penal” (**Formação da prova no jogo processual penal**, p. 78).

³⁴¹ “Art. 144. (...) § 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 4.º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira,

Público (CF, art. 129, I³⁴²); e a terceira, à advocacia (privada ou dativa – CF, arts. 133-135³⁴³).

De outro lado, o extenso rol de garantias processuais inserido já no início da lei fundamental afasta qualquer dúvida sobre a intenção constitucional de estabelecer um Processo Penal acusatório, na medida em que se desenha uma relação processual contraditória (CF, art. 5.º, LV³⁴⁴), em que as partes são consideradas “em pé de igualdade” (CF, art. 5.º, *caput*³⁴⁵) e no qual a Publicidade (CF, art. 5.º, LX³⁴⁶) e o dever de Motivação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX³⁴⁷) asseguram a transparência da atuação jurisdicional. Além disso, os Princípios do Juiz Natural (CF, art. 5.º, XXXVII e LIII³⁴⁸), do Devido Processo Legal (CF, art. 5.º, LIV³⁴⁹) e da própria Irretroatividade da Lei Penal (CF, art. 5.º, XL³⁵⁰) compõem um sistema que preza pela segurança e estabilidade prévia das regras aplicáveis ao caso, inclusive quanto à determinação do julgador e das medidas processuais que poderão ser por ele conduzidas. Finalmente, a previsão de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (CF, art. 5.º, LVII³⁵¹) encerra a conclusão de que o Processo Penal constitucionalmente projetado rechaça o sistema inquisitivo, no qual o acusado era considerado objeto – e não sujeito – do processo, em que a acusação e a

incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

³⁴² “Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”

³⁴³ “Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4.º”.

³⁴⁴ “Art. 5. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”

³⁴⁵ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

³⁴⁶ “Art. 5.º (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...)”.

³⁴⁷ “Art. 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)”.

³⁴⁸ “Art 5.º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (...)”.

³⁴⁹ “Art 5.º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”

³⁵⁰ “ Art 5.º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...)”.

³⁵¹ “ Art. 5.º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)”.

investigação (então denominada “formação da culpa”) tenham por objetivo a punição, e não a apuração de fatos, e em que o julgador não era submetido a nenhuma espécie de controle de seus atos.

Por estas razões, pode-se dizer, com Eugênio Pacelli de Oliveira, que se “a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”. Segundo este autor, aliás, a “mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”³⁵².

A verificação de todas estas questões, entretanto, não representou um unânime acolhimento, na doutrina e na própria jurisprudência, do caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro³⁵³.

Isto porque, mantido o Código de Processo Penal como legislação principal até os dias de hoje, muitos autores analisam a problemática a partir de uma conjugação (tida como necessária) das regras constitucionais com as contidas na codificação de 1941³⁵⁴.

Observa-se, primeiro, que a persecução penal criada pelo Código de Processo Penal possui uma fase investigatória, não sujeita ao Contraditório e à Ampla Defesa, presidida pela autoridade policial, que não se sujeita aos limites de uma acusação formulada pelo *parquet*. Em outras palavras, o Processo Penal idealizado pelo Código possui uma fase claramente inquisitiva.

As hipóteses de *emendatio libelli* (CPP, art. 383³⁵⁵), *mutatio libelli* (CPP, art. 384³⁵⁶) e a vinculação do Ministério Público aos termos da pronúncia, no momento

³⁵² **Curso de Processo Penal**, p. 07-08.

³⁵³ Como registra Eugênio Pacelli de Oliveira, “(...) ainda se vê prevalecer, sobretudo e de modo particular no Processo Penal, uma interpretação ainda mais atrelada ao perfil da legislação de 1941 que às transformações inauguradas com a nova ordem constitucional de 1988” (**Ob. cit.**, p. 01).

³⁵⁴ Neste sentido, João Gualberto Garcez Ramos, ao apresentar seu trabalho sobre as tutelas de urgência no processo penal, afirma que: “A concepção do autor parte da tentativa de um ponto de equilíbrio entre concepções autoritárias do tipo ‘lei e ordem’ e as que representam um significativo abandono de qualquer eficácia coercitiva do processo penal condenatório” (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, apresentação).

³⁵⁵ “Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

³⁵⁶ “Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8

da formulação do libelo para o Tribunal do Júri (CPP, art. 416³⁵⁷) também respaldam aquele entendimento, principalmente porque representam hipóteses em que o julgador é autorizado a interferir nos próprios termos e limites da acusação.

De forma semelhante, ocorre em relação aos dispositivos que possibilitam que o Magistrado decrete a prisão preventiva, o seqüestro de bens, a busca e apreensão ou determine a produção antecipada de provas sem que tenha havido pedido do Ministério Público, da vítima ou representação da autoridade policial. Retomando o raciocínio relativo às medidas processuais de urgência, assim, observa-se que as autorizações para deferimento *ex officio* encontram-se no centro da importantíssima discussão sobre a natureza do sistema processual brasileiro.

Isto porque é também com base nestas autorizações que se questiona a existência ou a pureza do sistema acusatório no Brasil, já que elas conferem ao magistrado atribuições que são próprias das partes e, assim, podem colocar em risco a imparcialidade do julgamento.³⁵⁸ Não há dúvida, aliás, que esta possibilidade realmente contradiz os princípios de um sistema acusatório – sendo por isso defendida a idéia de que o Processo Penal brasileiro teria natureza mista. Assim ocorre, por exemplo, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que observa que:

“Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionando como um *terceiro sistema*, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjugação dos outros dois, *mas não tem um princípio unificador próprio*, sendo certo que ou é essencialmente *inquisitório* (como o nosso), com apego (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é *essencialmente* acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do

(oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”.

³⁵⁷ “Art. 416. Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório”.

³⁵⁸ Observe-se, por exemplo, que aquele que decreta o seqüestro de bens, declara necessariamente a existência de indícios veementes da sua proveniência ilícita e da participação do acusado em fato criminoso. Se o faz espontaneamente, ou seja, sem ser provocado pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou pela vítima, é porque reconhece, desde logo, a probabilidade de culpa e, portanto, enfrentará inegáveis dificuldades em presidir o processo segundo a presunção da não culpabilidade.

sistema inquisitório. Por isso, *só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema*, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu *princípio unificador*, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da *alienação* que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele. Visitá-lo, ainda que brevemente, é tarefa imprescindível, para se verificar suas estruturas e, a partir daí, situar o papel que desempenha no atuar dos operadores jurídicos e, mais particularmente, dos juízes no processo penal”.³⁵⁹

Vale refletir, com base nisso, que a valer a ordem constitucional, o sistema idealizado pela Lei Fundamental possui ênfase acusatória, mesmo porque, como refletido na primeira parte deste trabalho, a superioridade das regras constitucionais não decorre meramente de uma determinação hierárquica de vigência, mas é fruto do desenvolvimento de critérios de validade material do sistema jurídico – critérios estes que consistem na própria essência da democracia.

Pode-se afirmar, por isso que a questão central envolvida na discussão dos sistemas processuais penais e na possibilidade de decretação *ex officio* de medidas processuais de urgência não decorre da denominação do modelo brasileiro como acusatório ou misto; mas sim da seguinte indagação: haveria lugar, no Processo Penal brasileiro posterior a 1988, para previsões legislativas de escol inquisitivo?

Com toda certeza, a busca de uma resposta coerente e cientificamente embasada demandaria, por si só, uma pesquisa a parte, incabível neste trabalho. A partir dos subsídios oferecidos pelo garantismo, seria, entretanto, possível ensaiar uma resposta negativa e referir, como subsídio, o seguinte trecho da obra de Jorge Figueiredo Dias, que vem apresentado após referências à superação de uma retomada do sistema inquisitivo, no direito europeu que se seguiu à Primeira Guerra Mundial:

“Daqui resultam, entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa *regulamentação legal* de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos. de que alei ordinária nunca elimine o *núcleo essencial* de tais direitos, mesmo quando a Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar; de estrito *controle judicial* da actividade de todos os órgãos do Estado, mesmo dos que cumpram funções puramente administrativas, desde que tal actividade se prenda com as garantias constitucionais; de *proibição das jurisdições de excepção*, através da garantia do juiz legal ou natural, que ponha o arguido a coberto de qualquer

³⁵⁹ O papel do novo juiz no processo penal, in *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 17-18.

manipulação do direito constitucional judiciário; de *proibição de provas* obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando esta consinta naquela; etc. Da mesma fonte deriva, finalmente, o mandamento de que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se perspective a *partir da* Constituição e se leve a cabo *de acordo com esta*³⁶⁰.

A partir disso, viabiliza-se a afirmação de que as previsões legais que autorizam a decretação *ex officio* de medidas processuais de urgência não deve ser concebidas como regras recepcionadas pela Constituição de 1988, pois se tratam de hipóteses que colocam em risco a pretendida imparcialidade do julgador e, assim, ressuscitam o sistema inquisitivo (rechaçado pela Constituição).

No entanto, a doutrina nacional não apresenta resistência a mais esta forma de atuação espontânea do magistrado, autorizada pelo Processo Penal. Para Eugênio Pacelli de Oliveira:

“A autorização concedida ao juiz, para a decretação de ofício da medida, pode ser explicada tanto pelo fato da presença do interesse público em determinados processos, quanto por se tratar de matéria estreitamente ligada ao mérito (proventos resultantes da ação criminosa, sujeitos à pena de perdimento) da ação penal, submetida, portanto, ao amplo conhecimento judicial”.³⁶¹

Na mesma obra, o autor afirma a possibilidade de o juiz decretar de ofício *ex officio* a prisão preventiva não seria um problema para a definição do sistema brasileiro, como acusatório, pois, segundo ele não seria “necessário, em princípio, o requerimento do órgão da acusação para a decretação da prisão”, pois “tal situação não se pode compreender a decretação da medida cautelar como interesse *exclusivo* da parte³⁶². Discorda-se desta afirmação, na medida em que o caráter inquisitivo não se encontra exatamente no fato de o juízo deferir, por sua iniciativa, um pedido de interesse exclusivo da parte; mas de deferi-lo sem ter sido provocado e, portanto, de forma a manifestar uma pré-disposição na análise do caso, como se vê na nota seguinte. Além disso, o argumento de que o decreto de prisão preventiva envolve interesse público não o torna especial no contexto do Processo Penal, pois ele é todo preenchido por questões desta natureza.³⁶³

³⁶⁰ **Direito Processual Penal**, p. 75.

³⁶¹ **Curso de Processo Penal**, p. 269.

³⁶² **Ob. cit.**, p. 11

³⁶³ Corroborando esta afirmação, Antônio Scarance Fernandes assevera que o postulado acusatório firma regra estritamente processual para regular as medidas cautelares, fazendo referência a regra do

Antes de encerrar esta análise acerca da possibilidade de atuação *ex officio* do Magistrado em relação às medidas processuais de urgência na esfera penal, cabe registrar a existência de uma controvérsia que dela advém e que está vinculada à participação da autoridade policial.

Com efeito, tal qual ocorre com o decreto de ofício, observa-se que a legislação pátria estabelece em geral que os provimentos urgentes poderão ser deferidos mediante representação da autoridade policial.

Por certo, a valer a tese de que o Juiz da causa poderá decretar tais medidas sem provocação, não haveria qualquer inconveniente em acolher-se a iniciativa policial. Até mesmo por que se fala em representação e não em requerimento; afastando-se as discussões sobre o poder postulatório do delegado de polícia.

No entanto, se concebida a acusatoriedade do sistema processual, esta possibilidade deixa de existir, na medida em que o Magistrado fica vinculado à provocação pelo exercício do direito da ação. – do qual a autoridade policial não é titular (CF, 129, I). Sob este raciocínio, há manifestações recentes no sentido de que, após a Constituição de 1988, as representações policiais teriam por único destinatário o Ministério Público.

De fato, os fundamentos do sistema acusatório conduzem a esta conclusão que, entretanto, não tem sido acolhida no exercício diário do Processo Penal.

7.2 Poder geral de cautela no Processo Penal brasileiro?

Relacionado ao anterior, um segundo tema se põe para análise geral das regras básicas do Processo Penal Cautelar, em comparação com as disposições do Processo Civil: o poder geral de cautela. Ao contrário do que ocorre naquele outro ramo do direito, o Código de Processo Penal não possui regra prevendo esta possibilidade – como, aliás, não possui disposições legislativas próprias para um processo cautelar e/ou de urgência. Ainda que esta última característica deva ser apontada como negativa – especialmente em tempos de grande demanda cautelar -,

processo penal português, que obriga a prévia oitiva do Ministério Público quando a medida não for requerida por aquele órgão (**Processo Penal Constitucional**, p. 305).

o mesmo não se pode dizer quanto à falta de previsão de um poder geral de cautela penal.

Segundo o que considera Romeu Pires de Campos Barros, no âmbito penal, a ação cautelar é somente admissível quando correspondente a uma tipicidade processual – “não diferente da tipicidade de direito substancial”.³⁶⁴ João Gualberto Garcez Ramos expressa a mesma opinião, ao afirmar - especificamente quanto às medidas privativas de liberdade - que a adoção de um poder geral de cautela no Processo Penal “corresponderia à imposição, por obra de analogia, de uma pena criminal”.³⁶⁵ Neste mesmo caminho são as considerações de Luiz Antônio Câmara, referidas no capítulo 05 retro.

A despeito da coerência deste posicionamento, cabe registrar a existência de manifestações contrárias, que se baseiam na necessidade de o Magistrado penal atuar com maior liberdade para que possa combater com mais eficiência especialmente a criminalidade organizada.

Entretanto, esta tese encontra óbice evidente no Princípio da Legalidade, posto que, como se disse, a legislação processual penal brasileira não contempla Juiz criminal com o poder geral de cautela. Pretender que sua atuação seja “criativa”, portanto, significa ignorar uma das primeiras e mais importantes conquistas do Iluminismo.

Além disso, é preciso ter em mente que a evocação do Processo Penal como instrumento direto de combate à criminalidade se deduz em enorme equívoco – evidentemente promovido pela intensidade dos reclamos sociais de atuação imediata do Direito Penal.

Apesar disso, não se pode conceber que a restrição processual de direitos seja justificada em intentos de contenção criminal, na medida em que esta seria função da própria sanção penal (somente aplicável ao final de uma ação penal condenatória, cujo pedido tenha sido julgado procedente).

³⁶⁴ **Processo Penal Cautelar**, p. 58.

³⁶⁵ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 107.

7.3 As medidas processuais de urgência no Processo Penal e o Princípio da Presunção de Inocência (ou Presunção de Não Culpabilidade).

Um terceiro tema palpitante que se refere às medidas de urgência no Processo Penal relaciona-se ao inciso LVII, do art. 5.º da Constituição de 1988³⁶⁶ segundo o qual, no, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Denominada Presunção de Inocência, de Não Culpabilidade, de Não Consideração Prévia de culpabilidade, ou de Estado de Inocência, essa disposição constitucional consagra, no ordenamento pátrio, regra já proclamada internacionalmente, no bojo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, inspirada pelos ideais iluministas, estabelecia que “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei” (art. 9º)³⁶⁷.

Pela leitura deste texto, pode-se observar que a Presunção de Inocência nasce no contexto internacional, como regra de proteção do acusado em face da atuação repressiva do Estado durante a investigação processual e, especialmente diante das possibilidades de prisão anteriormente à prolação de um decreto condenatório definitivo. Funda-se, portanto, na lógica de que os efeitos da atuação penal não podem ser impostos ao indivíduo enquanto o Estado não tiver concluído a persecução com um juízo definitivo de responsabilidade do réu.

Segundo o que é tradicionalmente anotado pela doutrina, aliás, esta regra (que consubstancia verdadeira garantia fundamental) influencia a produção legislativa e a atividade jurisdicional, produzindo basicamente duas espécies de consequências:

³⁶⁶ Segundo Luiz Antônio Câmara, “ainda que não previsto na ordem constitucional anterior – e também nas antecedentes – é inegável que tal princípio sempre informou o ordenamento processual penal” (**Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 40).

³⁶⁷ No mesmo sentido, é o art. 11 da declaração internacional de direitos de 1948: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

“(…) Uma de *tratamento*, segundo a qual, o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas a demonstração da eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada”.³⁶⁸

Nesta segunda concepção, a presunção de não culpabilidade condiciona materialmente as medidas processuais, vinculando-as à demonstração de justa causa pelo acusador; além de estabelecer que o réu só poderá perder a qualidade jurídica de inocente se a persecução penal demonstrar, de forma cabal, a responsabilidade criminal em suas esferas objetiva e subjetiva. Por esta razão, esta garantia integra-se “ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) garantindo que em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado”.³⁶⁹

Para o presente trabalho, porém, mais relevante é o primeiro aspecto da Presunção de Inocência, na medida em que se trata de limitação peremptória das formas de restrição de direitos anteriores à sentença condenatória definitiva (a exemplo do que ocorre com as medidas de urgência de ordem pessoal e patrimonial).

E exatamente por esta razão que se considera que a referência explícita de tal Princípio na Constituição de 1988 provocou grande polêmica na doutrina e na jurisprudência conforme o que é registrado por Luiz Antônio Câmara, a partir de Enio Amodio³⁷⁰:

“Tomado como referencial o modelo peninsular, depois de muita discussão, encontra-se em ENIO AMODIO os principais vetores para a resolução dos problemas mais intrincados e que guardam referência com o princípio, com destaque para a questão de que finalidades cautelares seriam compatíveis com a presunção. Dito autor sustentou que a presunção de não culpabilidade do acusado determina que nenhuma medida cautelar se justifica tendo como base somente afirmação que implique a culpa daquele relativamente a uma determinada espécie infracional para apuração da qual se move o procedimento. Não se pode prender o acusado sob o argumento de que já cometeu o delito que lhe é imputado. Ainda nos debates doutrinários chegou-se com facilidade a um consenso no sentido de que, no tocante às finalidades endoprocessuais, não haveria incompatibilidade entre a previsão

³⁶⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p 31-32.

³⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo Penal e Execução Penal**, p.78

³⁷⁰ **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 41.

constitucional e a adoção de cautela. as dificuldades, todavia, surgiram quando foram postos em destaque fins extraprocessuais da cautela, representados pela previsão especial”.³⁷¹

De fato, a valer a existência de justificativas relacionadas à lisura do processo (em sua realização e conclusão), parece não haver dificuldade em conciliar a Presunção de Inocência com medidas processuais restritivas, como a busca e apreensão dos instrumentos do crime investigado ou a prisão preventiva do réu que empreende tentativa de fuga e, assim, coloca em risco a futura (embora eventual) aplicação da lei penal. Estando devidamente corroboradas por provas do *periculum in mora* e pelo *fumus boni iuris*, tais medidas não decorrem da própria acusação, não representam uma antecipação da culpa e, portanto, são coerentes com a conjugação dos princípios constitucionais.

No entanto, como anota o professor paranaense antes referido, há severas dificuldades em admitir a constitucionalidade de restrições processuais penais que não estão cercadas pelos estritos caracteres cautelares – ou seja, pela referibilidade, provisoriedade e prejudicialidade.

É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de decreto de prisão preventiva com base no risco à ordem pública. Não havendo nenhum interesse interno ao processo, constata-se que esta espécie de prisão não é referível à ação condenatória e, portanto, não consiste em medida cautelar, já que está justificada na possibilidade de o réu “voltar a delinquir”.

Esta última expressão (muito utilizada na jurisprudência contemporânea), já é suficiente para demonstrar que a prisão em comento não se afina com a Presunção de Inocência, posto que parte da concepção de que a liberdade do acusado representa um risco à ordem pública, já que ele pode praticar “novos delitos”³⁷². Assim, se esta modalidade de prisão preventiva não é referível ao processo, se está baseada na prevenção especial negativa e se, em caso de futura condenação, o tempo de prisão será computado como tempo de pena cumprida (pela detração), parece não haver dúvida quanto à sua inconstitucionalidade.

³⁷¹ **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 43.

³⁷² Veja-se que a presunção de culpabilidade (inversa ao Princípio constitucional) aqui funciona duplamente por considerar que o acusado ou indiciado irá delinquir e por admitir esta projeção futura como repetição de um ato passado, que na verdade constitui o próprio objeto da persecução penal (e ainda sujeito ao benefício da dúvida).

Cabe, entretanto, anotar a ressalva de João Gualberto Garcez Ramos, para quem a prisão preventiva decretada para proteção da ordem pública corresponde à “*medida judiciária de polícia*; justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo”³⁷³ e, por assim não consistir em antecipação da tutela penal, não violaria a Presunção de Inocência. De todo modo, não há como questionar que a prisão preventiva que objetiva evitar danos à ordem pública afronta o disposto no art. 5.º, VLII, da Constituição, independentemente da natureza processual que lhe quiserem dar.

Este conflito de idéias que recai sobre apenas uma das medidas restritivas presentes no Código de Processo Penal brasileiro bem dá conta da polêmica que envolve este tema, quando analisado à luz do Princípio Presunção da Não Culpabilidade.

Sem que se pretenda resolver todos os conflitos daí decorrentes e deixando a discussão quanto às medidas patrimoniais de urgência para os próximos capítulos, opta-se, por ora, por concluir que a regra constitucional especialmente dedicada ao Processo Penal não permite que nenhuma medida seja tomada contra o réu como consequência exclusiva da acusação, independentemente de sua gravidade e das condições pessoais do indivíduo acusado³⁷⁴. Caso contrário, o próprio processo pode ser transformado em instrumento de aflição e punição, resgatando-se ideais há muito superados pela história.

7.4 A “jurisdicionalização” das medidas de urgência no Processo Penal brasileiro.

As referências já feitas neste capítulo deixam transparecer, com bastante clareza, que o tema das medidas de urgência no Processo Penal brasileiro se trata, realmente, de um assunto ainda bastante intrincado e carente de aprofundamentos.

O enfrentamento de cada uma das espécies destas medidas de urgência (especialmente consideradas em sua aplicação judicial) aprofunda ainda mais esta

³⁷³ RAMOS, João Gualberto Garcez, **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 143.

³⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, p. 386-387.

percepção, que conduz Luiz Antônio Câmara a referir a necessidade de jurisdicionalização do Processo Penal Cautelar³⁷⁵.

De fato, a análise legislativa conduz ao reconhecimento de que não há, absolutamente, qualquer forma de sistematização do assunto, assim como inexistem regras de regulamentação satisfatória os procedimentos que devem anteceder aos provimentos de urgência.

No plano doutrinário, constata-se uma preferência às espécies de prisão, como objeto de dedicação, sendo escassas as incursões em outras modalidades, como a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, as quebras de sigilo (telefônico, fiscal e bancário), o seqüestro e o arresto de bens, assim como a especialização de hipoteca legal.

Na esfera judicial, finalmente observa-se uma constância cada vez maior de uso destas medidas³⁷⁶, sem que, contudo, haja aprofundamento jurisprudencial refletido sobre as questões mais controvertidas. Aliás, a experiência profissional junto ao foro criminal permite observar uma forte tendência de afastamento das discussões constitucionais em relação às medidas de urgência no Processo Penal. Conforme o que será abordado mais adiante, por exemplo, decretos de seqüestro de bens ou de interceptações telefônicas são mantidos em segredo, mesmo depois de cumpridas as medidas constritivas e a despeito de requerimentos de defesa em vista do acesso aos autos. Prisões preventivas são mantidas (freqüentemente por meses) ainda que a expectativa de condenação não seja a de imposição de uma pena a ser cumprida em regime fechado. Quebras de sigilo fiscal ou bancário e suas apreensões são determinadas em decisões carentes de justificativas concretas e/ou como diligências inaugurais de uma investigação.

Guardadas as ressalvas devidas e sem propósitos generalizantes, estas medidas acabam sendo realizadas em nome de uma insegurança sentida, e, assim, em flagrante violação às garantias constitucionais – situação lamentável que poderia ser amenizado pela retomada do diálogo entre doutrina e Poder Judiciário, em vista da referida “jurisdicionalização” do Processo Penal de Urgência.

³⁷⁵ CÂMARA, Luiz Antônio, **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 51.

³⁷⁶ Como o que foi tratado na primeira parte deste trabalho.

Neste diálogo deve ser, inicialmente, discutida e assimilada a idéia de que o processo jamais pode representar uma antecipação da condenação ainda incerta, como enfatiza Romeu Pires de Campos Barros:

“(...) é bom se lembre que a medida cautelar penal não visa reagir ao ilícito, nem exigir o cumprimento de uma obrigação, ou reagir, a um comando inobservado; nem visa a segurança social. Sujeitando-se à prisão preventiva o imputado, apenas se garante a futura execução da pena, bem como, assegura-se a sua presença ao processo, que dele também necessita como instrumento de prova. Daí ensinar De Luca, que: “o fim da garantia, que caracteriza o meio de coação, representado pela medida cautelar, é o elemento discriminador, que confere à última uma certa autonomia com relação às outras medidas”³⁷⁷

É preciso, também, reconhecer a necessidade de uma procedimentalização das medidas de urgência de acordo com a Constituição. Neste sentido, Luiz Antônio Câmara anota que :

“No direito brasileiro (...) anteriormente à nova ordem constitucional, pouco ou nada se tinha discutido acerca da promoção de alterações na lei processual, de molde a que a instrução contraditória se estendesse, também, ao incidente através do qual se discute a adoção de medidas cautelares, que podem ser decretadas no curso do processo, ou mesmo, anteceder-lo, sendo, todavia, de ressaltar algumas passagens doutrinárias a propugnar, ao menos, para que seja o acusado ouvido relativamente à restrição de sua liberdade. A nova ordem, porém, parece ter alterado substancialmente o direito posto. A doutrina mais recente, atenta às alterações trazidas pela Carta Magna, tem afirmado que a restrição à liberdade do acusado precisa resultar, não simplesmente de uma ordem judicial, mas basicamente, de um procedimento qualificado por garantias mínimas, tais como a imparcialidade do Juiz, a publicidade, a igualdade processual, o contraditório, o duplo grau de jurisdição.(...) O regime ideal do processo cautelar tem que, necessariamente, partir da seguinte constatação: **sempre e invariavelmente**, após a realização de um efetivo debate contraditório, o Juiz proferirá sobre a decretação ou manutenção da cautela, devendo isso ocorrer em todas as fases processuais onde seja vislumbrável a possibilidade de adotá-la ou não. (...) A jurisdicionalização do processo cautelar manifesta-se como imperativo da moderna processualística, devendo adotar-se a regra *audita altera pars* em relação ao custodiado, coroado o processo com a recorribilidade das decisões, sendo necessário que a espécie recursal tenha efeito devolutivo pleno, devolvendo-se ao órgão julgador não só as questões formais como, também, as questões de fundo”.³⁷⁸

³⁷⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos, **Processo Penal Cautelar**, p. 11.

³⁷⁸ CÂMARA, Luiz Antônio, **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 55-56, 62 e 64.

Certamente, as medidas de urgência só possuem legitimidade constitucional e, assim, não consistem em atos de violência contra o indivíduo e a sociedade, quando decorrem de uma decisão subsidiada por razões jurídicas e em elementos concretos suficientes; e quando decretadas em procedimentos validados pela Publicidade, pela Legalidade, pelo Contraditório, pela Ampla Defesa e pela Fundamentação.

É evidente que hipóteses existem em que a publicidade plena e o Contraditório prévio podem significar a ineficácia da medida e a conseqüente produção de um dano irreparável ou de difícil reparação em vista dos objetivos legítimos da medida processual de urgência. No entanto, existem inúmeras possibilidades de evitar que isso ocorra sem que se tenha que anular as garantias constitucionais. É preciso enfatizar que mesmo estas vias alternativas de respeito aos Princípios constitucionais só devem ser utilizadas excepcionalmente – ou seja, quando o exercício pleno dos ditames da Constituição representarem concretamente riscos iminentes de frustração dos objetivos processuais.

Assim, por exemplo, o assecuramento diferido (imediatamente após o cumprimento da medida constritiva), apresenta-se como coerente alternativa à excepcional necessidade de vedação do contraditório prévio. Quanto a isso, tratando especificamente dos atos privativos de liberdade, João Gualberto Garcez Ramos assevera que, embora não se dê ciência prévia do decreto ao imputado, o Contraditório e a Ampla Defesa, podem ser preservados:

“(...) na medida em que os documentos da prisão devem ser submetidos ao imputado preso, a fim de dar-lhe a oportunidade de impugnar a legitimidade da prisão. (...) O *princípio da ampla defesa*, em matéria de medidas de urgência privativas da liberdade do imputado, está também garantido pelo inciso LXIII do artigo 5º da Constituição que, em sua segunda parte, determina que a autoridade policial viabilize ao preso em flagrante, com atitudes concretas, a assistência familiar e de advogado. É indisfarçável a finalidade da norma de dar ao imputado, nesse caso, a possibilidade palpável de começar a traçar, tão cedo quanto possível, sua estratégia de defesa”.³⁷⁹

Esta hipótese de postergação, entretanto, não se confunde com a idéia de José Frederico Marques, no sentido de que “o controle jurisdicional prévio que o juiz exerce para conceder ou decretar a providência cautelar, é o suficiente para caracterizar a providência acauteladora como de natureza não administrativa e,

³⁷⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez, **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 119.

assim, de jurisdição contenciosa”.³⁸⁰ Com efeito, como já referido diversas vezes, a validade da atuação jurisdicional, sob qualquer pretexto, depende do respeito à todas as garantias processuais, não se vislumbrando nenhuma possibilidade de reconhecer a constitucionalidade de uma decisão não submetida ao controle das partes e, principalmente, da ciência e manifestação daquele que têm direitos restringidos por esta mesma decisão.

Não há, efetivamente, como se dispor da constitucionalização (ou jurisdicionalização) das medidas processuais de urgência – especialmente na esfera penal.

Para esta tarefa, somando às regras extraídas da Lei Fundamental, a doutrina apresenta elaboração sobre princípios próprios de um Processo Penal de urgência, apontando-os como “aplicativos interdependentes”³⁸¹ afetos à necessidade, adequação, proporcionalidade (ou gradualidade) e precariedade das medidas processuais de urgência.

Pelo Princípio da Necessidade, só se apresenta como legítima constrição processual absolutamente imprescindível para a evitação do dano temido na investigação – o que significa dizer que não haverá viabilidade jurídica da medida se o seu resultado puder ser alcançado por outro meio, menos gravoso para o acusado.

A isso, conjuga-se o Princípio da Adequação, pelo qual o ato processual de urgência somente será válido se tiver aptidão para, concretamente, promover o resultado pretendido.

O Princípio da Proporcionalidade, de sua parte, é também denominado como Princípio da Gradualidade, exatamente por impor a exigência da graduação da intensidade da medida processual de urgência de acordo com a gravidade dos possíveis efeitos condenatórios da ação penal. Destaque-se que este critério não se confunde com a utilização da gravidade dos fatos investigados para justificar restrições de ordem processual, na medida em que tal gravidade deva funcionar simplesmente como limite máximo da extensão restritiva, quando esta estiver amparada nos pressupostos que lhe são afetos (*fumus comissi delicti* e *periculum in mora*).

³⁸⁰ **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 15.

³⁸¹ A expressão em destaque é de Luiz Antônio Câmara (**Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 84), em cuja obra se encontra extensa abordagem dos princípios mencionados (p. 87).

Finalmente, o Princípio da Precariedade estabelece que os atos processuais de urgência somente podem submeter o acusado enquanto existirem as circunstâncias materiais que o autorizam. Além disso, determina que estes atos “não podem ultrapassar o limite do **comunitariamente suportável**, o qual ganha particular expressão quando as medidas protelam no tempo para além do que é razoável”.³⁸²

Esta regra, aliás, sequer precisaria ser enunciada propriamente com relação às medidas de urgência diante da existência do Princípio ou da garantia fundamental da Razoável Duração do Processo.

Atualmente explicitado no inciso LXXVIII, do art. 5.º, da Constituição³⁸³, este enunciado já havia sido previsto por diplomas internacionais e estava incorporado ao sistema brasileiro como princípio geral, estabelecendo que todas as ações judiciais deveriam ser processadas de forma tempestiva. A vasta produção jurisprudencial que se verifica anteriormente a 2004, acerca do reconhecimento de excesso de prazo como causa para revogação de prisões cautelares³⁸⁴.

Seja, pois, enunciado como “Princípio da Precariedade” seja como “da Razoável Duração do Processo”, é certo que esta regra submete todas as medidas processuais de urgência a um critério temporal de validade, que deve ser periodicamente reavaliado pelo Juiz da causa.

Deste modo “*jurisdicionalizada*” – vigorando por tempo razoável; não superando os limites do eventual provimento final; realizando os efeitos concretos para os quais foi deferida; decorrendo de um procedimento contraditório, público e correspondente à legalidade; encontrando respaldo em justificativas concretas e tendo sido decretada em decisão fundamentada, - a medida processual de urgência pode atender às necessidades de segurança que emanam da Sociedade de Risco e, também, cumprir com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sem os quais a retomada à barbárie pode ser tida como inevitável.

³⁸² CÂMARA, Luiz Antônio, **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, p. 103.

³⁸³ Texto do inserido em 2004, pela Emenda Constitucional n.º 45: “Art. 5.º (...). LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁸⁴ Vide p. 724-795 do **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial** (coordenado por Alberto Silva Franco e Rui Stoco).

7.5 Considerações gerais sobre as medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro

De acordo com o que foi exposto no capítulo anterior, a legislação processual penal brasileira prevê espécies diversas de medidas de urgência, não obstante estejam dispersas pelo Código de Processo Penal e pelas leis especiais, sem qualquer sistematização. Também conforme anotou-se anteriormente, tais medidas podem estar relacionadas à instrução probatória ou aos efeitos de eventual sentença condenatória.

Sobre este último objetivo, as referências mais comuns dizem respeito à prisão processual do indivíduo acusado da prática de infração penal, punível com privação de liberdade

Ocorre que as penas privativas de liberdade não representam a única modalidade prevista no ordenamento pátrio, como forma de punição. Cabe registro à pena de multa, aplicada alternativamente à pena privativa de liberdade ou como sanção autônoma. Além disso, outras espécies de penas que atingem ao patrimônio do autor do fato, são previstas como substitutivas a pena de prisão, ora destinando-se ao Fundo Penitenciário Nacional (CP, art. 45, § 3.^o³⁸⁵), ora em benefício das próprias vítimas, nos limites do dano causado pelo crime (CP, art. 44, §1.^o³⁸⁶). Estas duas últimas modalidades de penas (chamadas “alternativas”) foram introduzidas no sistema brasileiro pela Lei 9.714/1998 sob inspirações político-criminais que reconhecem a falibilidade da pena privativa de liberdade, a maior eficiência das penas pecuniárias (ou que atingem ao patrimônio do agente) em diversas situações e, também, a necessidade de contemplar-se a vítima na relação penal.

³⁸⁵ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (...)”.

³⁸⁶ “Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (...)”.

Ademais, observa-se, na atualidade, uma tendência à valorização de tais formas de punição, com a criação e mais constante utilização dos mecanismos de agravamento do valor a ser imposto ao condenado. Vale citar, por exemplo, o § 1.º, do art. 60, do Código Penal³⁸⁷, o art. 77, da Lei n.º 8.078/1990³⁸⁸ e o art. 33, da Lei n.º 7.492/1986³⁸⁹.

Diante disso, reconhece-se que a necessidade de “assegurar o resultado útil do processo”, no caso de eventual condenação, não se limita à garantia de que o réu não empreenderá fuga, para evitar a sua prisão, já que ações de dilapidação ou ocultação do seu patrimônio também são atos pelos quais o acusado pode frustrar a execução da pena (o que se apresenta com especial relevância nos crimes econômicos ou nas situações em que os réus possuem potencial econômico elevado).

Mas não é só: há ainda outras previsões legais que vinculam a condenação criminal à responsabilidade patrimonial do acusado, estabelecendo o custeio do processo, a reparação do dano e o confisco dos instrumentos ou dos bens que resultam do crime.

A primeira situação, de natureza mais simples, decorre do art. 91 do Código Penal³⁹⁰, inclusive sendo garantida pela previsão de hipoteca legal, nos termos do art. 1489, III, do Código Civil³⁹¹.

Mais relevante que isso, é a previsão de que, como efeito automático da condenação, o acusado tenha o dever de reparar o dano. Com efeito, embora

³⁸⁷ “Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. (...)”.

³⁸⁸ “Art. 77, A pena pecuniária prevista nesta Seção será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa da liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o juiz observará o disposto no art. 60, § 1.º, do Código Penal”.

³⁸⁹ “Art. 33. Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta Lei, o limite a que se refere o § 1.º do art. 49 do Código Penal, aprovado pelo Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada”.

³⁹⁰ “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - 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”.

³⁹¹ “Art. 1.489. A lei confere hipoteca: I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas; II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior; III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais; IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente; V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação”.

muitas infrações penais não dependam da realização de efeitos deletérios (os crimes de perigo ou mera conduta), diversos deles produzem prejuízos materiais de ordem patrimonial (ou moral) a pessoas específicas. Nestes casos, há a “particularização ou personificação da vítima”³⁹², aplicando-se a regra do art. 91, I, do Código Penal³⁹³. Por esta previsão legal, ainda que o dever de reparar o dano não seja justificado ou mesmo declarado na sentença ou acórdão condenatório, o réu estará submetido a ele.

Tal decorre do princípio da responsabilidade patrimonial pela prática de atos ilícitos, que é enunciado diretamente pela Constituição e pelo Código Civil, segundo o qual o responsável pelo ato ilícito deverá indenizá-lo³⁹⁴, ainda que se trate de dano exclusivamente de ordem moral. Sobre esta última referência, já se tem entendido que a vítima de infração penal também pode requerer indenização por danos morais³⁹⁵.

Pois bem. Uma vez que o crime contém em sua própria definição o conceito de ilicitude (já que consiste em uma conduta típica, antijurídica e culpável³⁹⁶), a sua realização enquadra-se nas ações que ensejam o dever de indenizar – pela

³⁹² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Manual de Processo Penal**, p. 155.

³⁹³ “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - 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”.

Previsão idêntica consta do art. 7.º, I, da Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro): “Art. 7.º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal: I - a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9.º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada”.

³⁹⁴ “PENAL E PROCESSUAL. SEQUESTRO PRÉVIO E HIPOTECA LEGAL. ARTIGOS 134 E 136 DO CPP. REQUISITOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANÁLISE DO MÉRITO DA ACUSAÇÃO. INVIÁVEL. BEM DE FAMÍLIA. ARTIGO 3º, INCISO VI, DA LEI Nº 8.009/90. APELO IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 142 do Código de Processo Penal, o Ministério Público tem legitimidade para requerer o sequestro e posterior hipoteca legal de imóvel, havendo interesse da Fazenda Pública. 2. Embora a responsabilidade civil e criminal sejam independentes, em nosso ordenamento é efeito extrapenal da sentença condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano ex delicto. Os artigos 134 e 136 do CPP buscam assegurar a eficácia desse instituto jurídico. (...)” (TRF – 4.ª Região – 8.ª Turma - Apelação Criminal 2005.04.01.000468-1 – Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro – julgamento em 31/05/2006 – publicação no Diário da Justiça da União de 14/06/2006).

³⁹⁵ Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “(...) ao tratar de indenização civil, é natural supor que a vítima possa pleitear, além dos danos materiais sofridos, a reparação pelos danos morais” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 343).

³⁹⁶ Registra-se, como ressalva, que René Ariel Dotti e Damásio Evangelista de Jesus entendem que a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo mero pressuposto para a aplicação da pena.

expressa definição do art. 927 do Código Civil³⁹⁷. Não há, portanto, necessidade de explícita declaração na sentença penal.

Além disso, vale o registro de que a reparação do dano recebe diversas referências que a valorizam dentro do próprio sistema penal³⁹⁸. Como se vê, por exemplo, nas seguintes passagens do Código Penal: a última parte da alínea “b”, do inciso III, do art. 65³⁹⁹ (circunstância atenuante); o inciso II, do art. 81⁴⁰⁰ (condição da suspensão condicional da pena); o inciso IV, do art. 83⁴⁰¹ (condição para o livramento condicional); o inciso III, do art. 94⁴⁰² (condição para a reabilitação); o § 3.º, do art. 312⁴⁰³ (causa de extinção da punibilidade no crime de peculato culposo). Na Lei dos Juizados Cíveis e Criminais (n.º 9.099/1995), a tentativa de composição dos danos civis é apresentada como objetivo primeiro do procedimento criminal, de acordo com o disposto nos arts. 72 e 74⁴⁰⁴, assim como a Lei Maria da Penha (n.º 11.340/2006) estabelece a competência conjugada (cível e criminal) dos Juizados de Violência Doméstica, por seu art. 14⁴⁰⁵.

³⁹⁷ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e de Execução Penal**, p. 212.

³⁹⁹ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (...)”.

⁴⁰⁰ “Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (...)

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano (...)”.

⁴⁰¹ “Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração (...)”.

⁴⁰² “Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (...)

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida (...)”.

⁴⁰³ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. (...) § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta (...)”.

⁴⁰⁴ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”.

“Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a será executado no juízo civil competente”.

⁴⁰⁵ “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e

No espaço do Processo Penal tradicional, a reparação do dano é contemplada com a previsão da ação civil *ex delicto*, concebida sob o “sistema da independência relativa ou mitigada”.⁴⁰⁶ Segundo o que dispõe o art. 64 do Código de Processo Penal⁴⁰⁷, a vítima pode ajuizar a ação de indenização correspondente ao delito, simultaneamente ao processamento da investigação criminal. Tal ação, no entanto, pode ser suspensa se, a juízo do Magistrado competente, for pertinente aguardar o término da persecução penal para averiguar as provas lá produzidas e para evitar que decisões contraditórias sejam proferidas quanto à existência do fato, a sua ilicitude e o seu responsável (CPP, art. 64, parágrafo único). É esta possibilidade de suspensão da ação civil (no aguardo da ação penal) que torna mitigada ou relativa a independência das duas esperas, havendo uma certa prevalência da esfera criminal, diante do que estabelece o art. 935 do Código Civil⁴⁰⁸.

A outra possibilidade que se apresenta à vítima é aguardar o término da ação penal (sem promover a demanda civil), para, após, utilizar a sentença condenatória transitada em julgado como título executivo, já que, por força do art. 63 do Código de Processo Penal, transitada “em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução no juízo cível, para a execução do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Sobre esta via, algumas considerações se mostram pertinentes. A primeira delas diz respeito à qualidade do título executivo representado pela sentença penal condenatória: à exceção da hipótese em que é aplicada a pena de prestação pecuniária (em substituição da pena privativa de liberdade), a decisão condenatória caracteriza título certo, embora ilíquido. Portanto, a execução que se dará no juízo cível⁴⁰⁹.

pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (...)”.

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Manual de Processo Penal**, p. 155.

⁴⁰⁷ “Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela”.

⁴⁰⁸ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

⁴⁰⁹ “Transitando em julgado e tornando-se, pois, definitiva, pode a sentença ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha a reparação do dano (art. 63, CPP). Não mais se discutirá se esta é devida (*na debeat*), mas tão-somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeat*). Facilita-se o processo, impedindo-se o reinício da discussão em torno da culpa, pois o retorno ao debate a

Em sendo estabelecida a prestação pecuniária como forma de punição, a vítima já estará contemplada pela reparação do dano diretamente no processo penal, em razão do que, ao que parece, carecerá de legitimidade para seguir na ação de indenização eventualmente ajuizada, em paralelo à ação penal. Da mesma forma, como a própria execução penal consistirá na realização da reparação do dano, não haverá legitimidade ativa da vítima para executar a sentença penal no juízo cível. Ao lado desta hipótese, a doutrina aponta a multa reparatória, prevista no Código de Trânsito Brasileiro, como avanço do sistema processual na tarefa de melhor contemplar a vítima de infrações penais⁴¹⁰.

Vale referir, ainda, que a sentença condenatória perde o seu caráter de título executivo com a procedência de revisão criminal, pela qual se reconhece a impossibilidade de manutenção da condenação (por inexistência do fato, por insuficiência de provas, pela demonstração da inocência do condenado ou, ainda, por nulidade absoluta da ação penal). Segundo alerta Guilherme de Souza Nucci, nesta hipótese, “se já tiver sido paga a indenização (...) caberia ação de restituição, onde se poderia então debater a culpa do pretendo autor de ato ilícito”.⁴¹¹

Como terceira e última consideração suscitada pelo tema da ação civil *ex delicto*, encontra-se a dificuldade surgida em situações de responsabilidade civil de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas), sendo, assim, possível que a reparação do dano decorrente do crime deva ser arcada por outrem – que não o autor da conduta típica. Com efeito, o art. 932 do Código Civil estabelece - como civilmente responsável pelo pagamento de indenização - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados (inciso II); o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais, prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (inciso III); os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos (inciso IV); os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (inciso V)⁴¹².

respeito da ocorrência do crime ou não somente iria causar o desprestígio da Justiça” (NUCCI, Guilherme de Souza, p. 214).

⁴¹⁰ Segundo Guilherme de Souza Nucci, através do art. 297 do referido Código de Trânsito, “deu-se início a essa nova fase, estabelecendo-se que o juiz criminal pode, na sentença condenatória, não somente impor a pena, mas também um ressarcimento à vítima” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 213).

⁴¹¹ **Ob. cit.**, p. 215.

⁴¹² Além dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (inciso I) – o que não se mostra relevante para o presente trabalho, na medida em que versa sobre a

Surge daí a seguinte problemática: como executar a sentença penal condenatória no Juízo Cível contra pessoa que não participou da apuração judicial dos fatos e dos debates pelos quais se concluiu pela existência do ato ilícito? Tal não se mostra viável, diante do sistema constitucional, que encontra no Contraditório e na Ampla Defesa dois de seus fundamentos essenciais. O processo penal brasileiro também não contempla nenhuma possibilidade de “chamamento à lide” de terceiro interessado nas conseqüências patrimoniais do feito, para que componha o pólo passivo da ação penal. Prevê, somente, pelo seu art. 144, que os “interessados ou, nos casos do art. 142, o Ministério Público poderão requerer no juízo cível, contra o responsável civil, as medidas previstas nos arts. 134, 136 e 137”.

Ao lado de todas estas considerações acerca da reparação de dano, ainda há outras a serem feitas sobre as conseqüências patrimoniais do crime, mas relativas ao confisco dos instrumentos do crime (que “consistam em coisas cujo fábriço, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” – CP, art. 91, II, “a”), de seu produto ou “de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. Esta hipótese constitui o segundo efeito necessário da condenação criminal.

Cabe observar que, na anotação de Guilherme de Souza Nucci, “a expressão *crime*, constante do art. 91, II, do Código Penal, admite interpretação extensiva, abrangendo *contravenção penal*, como tem interpretado majoritariamente a jurisprudência”.⁴¹³

A exposição feita neste tópico acerca dos efeitos patrimoniais da sentença condenatória e dos mecanismos processuais que promovem a sua realização revela que, efetivamente, o “resultado útil” do processo penal condenatório está longe de limitar-se à execução de penas privativas de liberdade. A existência de penas pecuniárias, de multa e perdimento de bens, a obrigação de reparar o dano provocado pelo crime e efetuar o pagamento das custas processuais, além do confisco dos instrumentos, do produto e demais proventos do crime induz a concluir que as conseqüências econômicas do crime ocupam um espaço significativo do ordenamento jurídico nacional. Ademais, não se pode olvidar que há forte movimento doutrinário em prol da valorização das medidas pecuniárias em

responsabilidade estritamente criminalmente, que não alcança pessoas menores de 18 (dezoito) anos.

⁴¹³ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 333.

detrimento das penas privativas de liberdade – especialmente em razão da ineficiência destas e de seu altíssimo custo econômico e social desde há muito identificado como objeto de severas críticas de todos os setores.

Por estas razões é que se reconhece nas medidas patrimoniais de urgência, previstas pelo Processo Penal, instrumentos de atualidade e relevância inquestionável, muito embora não sejam objeto de aprofundamentos doutrinários equivalentes a esta importância.

De todo modo, os próximos capítulos serão dedicados ao estudo de tais medidas, a partir da produção nacional existente, situando-se as análises, sempre, no palco em que contracenam as características da Sociedade de Risco e os princípios do Estado Democrático de Direito.

8. BUSCA E APREENSÃO

8.1 Considerações gerais

Previstas originalmente pelo art. 240⁴¹⁴ do Código de Processo Penal, a busca e a apreensão, na esfera criminal⁴¹⁵, correspondem a tema constantemente associado à atividade probatória da persecução penal e, na verdade, congloba duas medidas de urgência que não se confundem, haja vista que nem sempre uma busca (domiciliar ou pessoal) resulta em apreensão de bens, assim como nem toda apreensão decorre da realização prévia de buscas pelos agentes de investigação⁴¹⁶. Segundo Cleonice Bastos Pitombo, a busca consiste em “ato do procedimento persecutivo de direito individual (...), consistente em procura, que pode ostentar-se na *revista* ou no varejamento, conforme a hipótese: de *pessoa* (...), *semoventes*, *coisas* (...), bem como *vestígios* (...) da infração”.⁴¹⁷ Já a apreensão, equivale à “tomada de alguma coisa ou pessoa”⁴¹⁸, conforme enunciado por Romeu Pires de Campos Barros.

Referindo-s à definição de A. Mayer, Eduardo Espínola Filho registra que a busca e apreensão “é um meio coercitivo, pelo qual é, a lei, utilizada a força do

⁴¹⁴“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

⁴¹⁵ A medida também pode decorrer de regras processuais civis e administrativas, não sendo, estas, objeto da presente análise.

⁴¹⁶ Segundo Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, “a apreensão, no mais das vezes, segue a busca. Emerge, daí, o costume de vê-las unidas. Conceito que se teriam fundido, como se fosse uma e mesma coisa, ou objetivamente inseparáveis. As buscas, contudo, se distinguem da apreensão como os meios diferem dos fins” (**Do seqüestro no Processo Penal brasileiro**, p. 60).

No mesmo sentido, Romeu Pires de Campos Barros observa que a apreensão pode ocorrer quando “a pessoa que detém a coisa que deverá ser apreendida a entregue, à autoridade encarregada da apreensão” (**Processo Penal Cautelar**, p. 401).

⁴¹⁷ PITOMBO, Cleonice Bastos. **Da busca e da apreensão no Processo Penal**, p. 109.

⁴¹⁸ **Ob. cit.**, p. 396.

Estado para apossar-se de elementos de prova, de objetos a confiscar, ou da pessoa do culpado, ou para investigar os vestígios de um crime”.⁴¹⁹

Estes instrumentos processuais mantêm relação com o texto constitucional, a partir dos incisos II, X, XI e XXII⁴²⁰ do art. 5.^o⁴²¹, pois podem representar busca pessoal, havendo interferência no direito à incolumidade física do indivíduo; podem consistir em busca domiciliar, ocorrendo invasão à intimidade à vida privada; e podem resultar na apreensão de bens, ocasionando restrição ao direito de propriedade.

Estas regras constitucionais, de fato, impõem limites à legalidade dos institutos no Processo Penal, importando diretamente à busca e à apreensão.

Em se tratando da apreensão de objetos ou documentos, há que se considerar o conteúdo do direito de propriedade que, aliás, permeia o conteúdo de todas as outras medidas tratadas adiante.

Considerando-se, de outro lado, que referida a apreensão decorra de diligência de busca domiciliar, deve-se ter em mente os conceitos de intimidade, vida privada e do próprio ambiente – “casa” – onde estes últimos são protegidos.

A expressão em destaque é associada aos conceitos legais “residência” e “domicílio”, que, no âmbito do Direito Civil, não possuem definições coincidentes⁴²². Alheio a esta distinção, o Direito Penal tipifica a inviolabilidade de domicílio⁴²³,

⁴¹⁹ **Código de Processo Penal Anotado, V. III, p. 195.**

⁴²⁰ “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; (...)”.

⁴²¹ Há que se fazer referência, também, ao § 3.º, do art. 5.º, da Constituição, que reconhece a validade jurídica dos tratados internacionais internalizados no ordenamento jurídico, havendo referências diversas, neste âmbito externo, aos direitos afetados pela busca e apreensão. Assim ocorre no Pacto de San Jose da Costa Rica (que em seu art. 11 estabelece que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade” (n. 1) e que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (n. 2). Em caminho semelhante, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece, em seu art. 12, que “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio e sua correspondência, nem de ataques a sua honra e sua reputação. Toda pessoa tem direito a proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”. Diversos outros diplomas internacionais corroboram estes direitos, conforme noticia Cleunice Bastos Pitombo, na obra **Da busca e da apreensão no Processo Penal** (p. 58-64).

⁴²² “Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

⁴²³ “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. § 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego

definindo-o como “qualquer compartimento habitado”, como “apartamento ocupado de habitação coletiva” ou como “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. No âmbito legislativo, ainda, encontra-se a definição contida no Código Penal Militar, que muito se assemelha à anterior⁴²⁴.

Estas referências legislativas, obviamente, possuem finalidades diversas e, com isso, não esgotam o conteúdo da expressão referida pela Constituição. Concebendo que a interpretação de direitos e garantias fundamentais jamais pode ser restritiva, Cleonice Bastos Pitombo considera que a proteção constitucional que limita os atos de busca estende-se a “qualquer lugar que, de um modo ou de outro, sirva de residência ou morada” e a todo “lugar que o indivíduo possa ter como refúgio e se agasalhar contra a ingerência de terceiros, ainda que local de trabalho”.⁴²⁵

Aliam-se a este, os conceitos de intimidade e vida privada, que igualmente suscitam abordagens doutrinárias das mais diversas, mas que expressam o direito que o indivíduo tem de manter em reserva as suas características afetivas, familiares, domésticas, preservando-as e à sua imagem de qualquer espécie de exploração por ele não autorizada.⁴²⁶

É certo que, na relação com outros direitos da mesma espécie, os atos e as garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo ser flexibilizados⁴²⁷.

de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. § 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder. § 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. § 4º - A expressão “casa” compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - apartamento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º - Não se compreendem na expressão “casa”: I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

⁴²⁴ “Art. 226. (...) § 4º O termo “casa” compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - apartamento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º Não se compreende no termo “casa”: I - hotel, hospedaria, ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, boate, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

⁴²⁵ **Da busca e da apreensão no Processo Penal**, p. 68

⁴²⁶ PITOMBO, Cleonice Bastos, **Ob. cit.**, p. 72-82.

⁴²⁷ Neste sentido, igualmente, Fauzi Hassan Choukr faz referência ao seguinte acórdão, do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região: “(...) ‘Apesar de consagrados pela Carta Constitucional, os direitos individuais não são absolutos, cedendo ante à existência de interesses maiores, preponderantes: Precedentes do STF (RTJ 173/805-810, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno) (...) O que se exige é que o Magistrado, nestas hipóteses, cerque-se de maiores cautelas na aferição dos elementos de convicção. Busca e apreensão determinada com base em fatos concretos, apresentados pela autoridade policial e endossados pelo Ministério Público Federal, pelo que não há que se cogitar de

Esta tarefa, entretanto, válida, se realizada com respeito aos princípios da legalidade e proporcionalidade⁴²⁸.

Disto resulta que, se a busca e apreensão atenta contra a propriedade, a intimidade, a vida privada e a inviolabilidade de domicílio, sua legitimidade dependerá da observância rigorosa de seus requisitos legais (que, aliás, também devem ser compreendidos segundo a ordem constitucional).

8.2 Natureza

O aprofundamento do estudo da busca e apreensão para os fins do presente trabalho passa impreterivelmente pela discussão de sua natureza, uma vez que há hipóteses em que esta providência não possui afetação patrimonial.

De acordo com o que anota João Gualberto Garcez Ramos, a despeito da importância desta medida, “há uma enorme dificuldade para situá-la, organicamente, entre as medidas de urgência no Processo Penal”.⁴²⁹ Isto decorre, primeiro, da conjugação das duas medidas antes identificadas (ou seja, da busca e da apreensão), em um só instituto processual. Em segundo lugar, porque, pela leitura dos incisos do art. 240 do Código de Processo Penal, observa-se que a busca e apreensão possuem finalidades bastante distintas: “prender criminosos”, “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos”, “apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”, “descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu”, “apreender cartas, abertas ou não, destinados ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil e à elucidação

ilegalidade, ou abusividade, no caso” (**Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 409).

⁴²⁸ Fauzi Hassan Choukr também faz referência ao assunto, mencionando o seguinte acórdão, do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região: “(...) Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, informadores do equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelo Sistema Normativo que legitima a persecução criminal e os direitos da sociedade, protegidos por esse mesmo sistema, recomendam que não se exponha, indiscriminadamente, a intimidade pessoal ou empresarial daqueles atingidos pela busca e apreensão realizada, sendo de se reservar, nesta fase, o exame dos materiais apreendidos às autoridades às quais foi deferida a medida acutelatória’ (TRF – 4.^a Região – Rel. Juiz Luiz Fernando Wowk Penteado – 09/12/2002)” (**Ob. cit.**, p. 410).

⁴²⁹ **A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro**, p. 277.

do fato”, “apreender pessoas vítimas de crimes” ou, ainda, “colher qualquer elemento de convicção”.

Disto resulta, na verdade, que, nos termos da lei, a providência em comento pode funcionar como auxílio para o cumprimento de medidas de urgência pessoais (prisões), para o cumprimento de medidas instrutórias (permitindo que sejam recolhidos documentos e objetos de relevância para o esclarecimento dos fatos investigados), para a garantia da restituição do *res* à vítima e para a execução de medidas de polícia, consistentes na apreensão de objetos ilícitos ou, ainda, das vítimas do delito⁴³⁰. Por isso, é “impossível determinar-se, de forma excludente, uma única natureza jurídica para a *busca e apreensão*”⁴³¹, ainda que se observe uma tendência bastante forte de associação desta medida à atividade probatória, (conforme se vê pela própria “geografia” do Código de Processo Penal⁴³² e pela constância do tema nos tópicos dos manuais de Direito vinculados à prova⁴³³). Há autores, inclusive, que definem a busca e apreensão como meio de prova – tal como ocorre com João Mendes de Almeida Júnior e Antônio Bento de Faria.

Segundo Romeu Pires de Campos Barros, esta realidade decorre da própria incidência prática da medida, que, no mais das vezes, é destinada à busca de informações ou objetos pertinentes à investigação dos fatos.⁴³⁴

No entanto, as referências legais à apreensão de pessoas (reconhecidas como suspeitas ou vítimas de infrações penais), bem como de objetos que constituem o próprio produto do crime afasta completamente a procedência desta impressão de exclusividade.

⁴³⁰ Na ótica de João Gualberto Garcez Ramos, “a *busca e apreensão* é utilizável, no Processo Penal condenatório, como **a)** providência tendente à privação da liberdade do imputado, **b)** providência dirigida à proteção da atividade instrutória, **c)** providência preventiva de natureza policial e, finalmente, **d)** medida preordenada à viabilização da responsabilidade civil decorrente do crime. Em outras palavras: não é possível situá-la, de forma excludente, em qualquer dos capítulos do direito Processo Penal” (**A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro**, p. 277).

⁴³¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Ob. cit.**, p. 279.

⁴³² O Capítulo relativo à busca e apreensão está inserido no Título VII, do Código, que se dedica exatamente à prova.

⁴³³ Neste sentido: E. Magalhães Noronha aponta a busca e apreensão como medida cautelar destinada a assegurar a prova do processo. Do mesmo modo, Fauzi Hassan Choukr (**Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 408); Fernando Capez (**Curso de Processo Penal**, p. 260 e seguintes); Fernando da Costa Tourinho Filho (**Curso de Processo Penal**, p. 367 e seguintes); E. Magalhães Noronha (**Curso de Direito Processual Penal**, p. 92 e seguintes); Paulo Lúcio Nogueira (**Curso Completo de Processo Penal**, p. 187 e seguintes), Antônio Miguel Feu Rosa (**Processo Penal**, p. 364 e seguintes) e Eugênio Pacelli de Oliveira (**Curso de Processo Penal**, p. 358 e seguintes).

⁴³⁴ **Processo Penal Cautelar**, p. 391.

Por esta razão é que Cleonice Bastos Pitombo assevera que a “apreensão, no Processo Penal, apresenta natureza jurídica variada”, de modo que a sua “classificação vincula-se à função, que se lhe der”.⁴³⁵

Para o estudo presente – dedicado às medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal – interessa, pois, discutir a natureza jurídica da apreensão dos bens obtidos ou achados por meios criminosos e, com menor relevância, dos objetos com finalidade probatória.

Os primeiros correspondem ao próprio produto do crime e, por isso constituem alvo do ordenamento penal, em vista do dever de reparação de dano, tratado no capítulo anterior. Constata-se a partir disso, que a apreensão destas coisas (geralmente precedida de diligência de busca) constitui medida referível ao objeto da própria persecução, caracterizando-se, assim, o primeiro requisito para o reconhecimento da cautelaridade desta medida⁴³⁶.

Reconhece-se também, que a medida é decretada em procedimento sumário e mediante juízo de verossimilhança, não gerando coisa julgada material, pois o reconhecimento da origem criminosa do bem somente poderá decorrer da própria declaração de existência do delito, no bojo da sentença condenatória definitiva. Em virtude disso, aliás, a apreensão pode ser revertida em benefício do próprio indiciado no curso da investigação, restando patente a sua fungibilidade.

Assim identificadas todas as características cautelares na busca e apreensão das coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, pode-se afirmar que se trata de medida cautelar.

A mesma conclusão pode ser aplicada à busca e apreensão de coisas destinadas à instrução do feito, com destaque para o seu intenso caráter fungível: isto porque a apreensão só será mantida enquanto a coisa interessarem ao processo. Assim, uma vez procedida à perícia e/ou ao registro dos dados contidos, por exemplo, em um computador, não há por quê mantê-lo apreendido.

⁴³⁵ **Da busca e da apreensão no Processo Penal**, p. 239.

⁴³⁶ Por isso, deve-se ler com bastante ênfase a ressalva feita por João Gualberto Garcez Ramos, após a afirmação de que a busca e apreensão destinadas a prender criminosos, apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, pessoas vítimas de crime, ou instrumentos de falsificação constitui mera providência preventiva de polícia, “quando qualquer desses objetos ou pessoas não estejam relacionados com a infração penal que seja objeto do trabalho de pesquisa da autoridade” (**A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro**, p. 279 - sublinhei).

8.3 Hipóteses e pressupostos

A busca e apreensão de objetos que consubstanciam o produto do crime estão previstas genericamente no art. 240, §1º, “b”, do Código de Processo Penal, sendo também contempladas em diplomas mais recentes.

Assim ocorre com a nova Lei de Tóxicos (Lei n.º 11.343/2006, art. 60-62), com a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998, art. 4º), com a Lei de Proteção da Propriedade Intelectual de Programas de Computador (Lei n.º 9.609/1998, art. 13) e com a Lei de Propriedade Industrial/Patentes (Lei n.º 9.279/1996, arts. 198-204).

Não obstante mantenham distinções procedimentais, as medidas de busca e apreensão previstas nestas leis possuem as mesmas características daquelas descritas no Código de Processo Penal, em razão do que será feita de forma conjunta a análise desta seção.

Guilherme de Souza Nucci assevera que somente “se a diligência se mostrar imprescindível à formação do seu convencimento (...) pode o julgador intervir, determinando seja feita a busca, fazendo-o de modo fundamentado”.⁴³⁷ Esta referência bem se afina com a natureza cautelar da busca e apreensão, que, assim, exige a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum in mora*.

Em relação aos bens achados ou obtidos por meios criminosos, o primeiro pressuposto consiste na existência prévia de elementos de informação que, embora não definitivos, possam sustentar uma séria suspeita acerca da existência do delito e da sua relação com os objetos e o local estabelecido para a realização da busca. É importante anotar que a seriedade de tais elementos exclui a fundamentação da medida em informações anônimas não averiguadas pela autoridade investigatória; em relatórios de investigação desacompanhados de outros elementos concretos de informação ou, ao menos, elaborados a partir de dados específicos sujeitos à confirmação judicial.

Sobre esta questão, aliás, Fauzi Hassan Choukr remete-se ao contido no § 2.º, do art. 240⁴³⁸, do Código de Processo Penal, registrando que, quando a lei “fala

⁴³⁷ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 487.

⁴³⁸ “§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

em ‘fundadas razões’, não se refere, por certo, à mera fumaça do bom direito”. Ao contrário, exige que a razão ou o motivo provável da medida sejam dotados de “certo grau de credibilidade que justifique afastar as garantias constitucionais para se colher elementos capazes de alicerçar eventual ação penal”.⁴³⁹ Em sua obra clássica, Edurado Espínola Filho também enfatiza esta questão, mas duas passagens que merecem a transcrição que segue:

“Para não degenerar a medida, sem dúvida violenta, num abusivo constrangimento, o que se faz mister é muito critério e muita circunspeção da autoridade, no aferir a base das razões de suspeitar que os objetos se relacionem, de algum modo, com a infração, cuja prova se procura. GARRAUD (*Traité theorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale* vol. 3º, 1912, págs. 206-207), registrando ser muito extenso esse direito de busca (*droit de perquisition*), recomenda: “por muito amplo seja o seu poder, deve o juiz observar, exercendo-o, regras, que resultam da própria natureza da sua missão e que a lei julgou inútil formular”.(...) o eminente escritor francês alinha as condições gerais para legitimidade das buscas, sendo, em confronto com o nosso direito atual, de estabelecer o seguinte: 1º) haja um crime ou delito constatado, e tenha o fato bastante gravidade para justificar o recurso a tal medida; investida de um poder excepcional, a autoridade só deve proceder a busca, quando indispensável à marcha da instrução, sendo a necessidade o único título e a condição de tal medida; 2º) haja indícios graves da culpabilidade do incriminado, condição que, como a primeira, se vincula à idéia de não ser a busca destinada a fazer incidir, sobre um indivíduo, suspeitas, por enquanto vagas e aplicáveis a outrem, mas a corroborar uma prova, que já se esboçou (*est amorcée*), e a apoiar presunções já estabelecidas; haja fortes presunções de que a busca dará o resultado de se encontrarem de elementos de convicção”.⁴⁴⁰

“Mas, é a autoridade que cumpre, conscia da gravidade da diligência, em ordem a acarretar ofensa à liberdade individual ou à inviolabilidade do domicílio, julgar da seriedade e da consistência das suspeitas, em forma a, mesmo quando a parte, ou, até, o Ministério público, haja requerido a medida, deferi-la, ou não, usando de todo o critério, que o poder discricionário não elimina nunca, no aferir se há fundadas razões. (...) É tão séria a necessidade de ter bem justificada a ordem de busca, que, não sendo seguida da apreensão ou da prisão, por não encontrada a coisa ou a pessoa procuradas, será dada ciência dos motivos determinantes quem tiver sofrido, na sua pessoa ou na sua casa, a medida constrangedora, se o requerer; satisfação muito razoável e que permitirá apurar responsabilidades,

⁴³⁹ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 240-241. Seguindo o seu raciocínio, o autor traz à colação a seguinte decisão, do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região: “Meras suspeitas não podem ser identificadas como ‘fundadas razões’, a justificar a expedição, *in limine*, da busca e apreensão. A concessão do *mandamus* não impede, contudo, a determinação de novas diligências, desde que justificável por decisão devidamente fundamentada, nem compromete a validade das diligências realizadas, em que se tenha apurado algum fato de interesse das investigações” (TRF – 2ª Região – Rel. Juiz Carneira Alvim – 19/08/1996).

⁴⁴⁰ **Código de Processo Penal Anotado**, V. III, p. 197-198.

no caso de ter havido ilegalidade, abuso ou excesso na efetuação da diligência”.⁴⁴¹

Para ilustrar estas afirmações, cabe a menção a situação emblemática, ocorrida no ano de 2003, na cidade de Curitiba. Em cumprimento a propósito firmado durante encontro nacional, visando o combate à “pirataria”, o Ministério público do Paraná requereu à, então, Central de Inquéritos de Curitiba, a busca e apreensão contra três pessoas. O único subsídio concreto do pedido constitui meramente em cópia de anúncios, mantidos na lista telefônica regional, por aquelas três pessoas, que, assim, divulgavam o trabalho de gravação e duplicação de cd’s (autos nº 2003.5252-9).

Ainda que a medida tenha sido deferida, pôde-se reconhecer neste exemplo a evidente falta de *fumus comissi delicti*, já que, como é sabido, a produção e duplicação de cd’s possuem um sem número de finalidades lícitas, ao lado das quais se coloca a contrafação de obras musicais ou cinematográficas em violação a direitos autorais. Assim ocorre com a produção de cd’s educacionais, institucionais, organizacionais, além de outros, com finalidades pessoais, por exemplo, vinculadas a digitalização e arquivamento de fotografias familiares e vídeos domésticos.

Por esta razão, para que fosse lícito o deferimento da busca e a apreensão neste exemplo, seria necessário que, previamente, tivessem sido colhidos indícios de que as pessoas que mantinham os anúncios na lista telefônica também exerciam atividades ilícitas. A restituição de todos os bens apreendidos nesta diligência a uma destas pessoas, que atuava no ramo educacional, demonstrou o acerto desta referência.

Esta ilustração também se presta a servir como exemplo da necessidade de demonstração do *periculum in mora*, para que a invasão de privacidade e o descumprimento do direito de propriedade sejam justificados.

Não obstante haja praticamente nenhuma abordagem deste tema na doutrina nacional, pode-se enunciar que, em se tratando de medidas cautelares, a busca e a apreensão dependem da existência de circunstâncias que justifiquem a restrição “antecipada” de direitos. É preciso, pois, que seja demonstrado por qual razão a busca e a apreensão merecem ser realizadas no momento em que são

⁴⁴¹ Código de Processo Penal Anotado, V. III, p. 210.

determinadas. É necessário, em outras palavras, que se apresentem os motivos pelos quais a providências não pode aguardar um melhor desenvolvimento das investigações e, assim, um possível aprofundamento das suspeitas que recaem sobre o indivíduo e/ou os objetos.

Não se ignora, é certo, que, no caso de busca e apreensão destinadas ao produto do crime, a expectativa comum é a de que o sujeito ativo venha a tomar providências para assegurar o exaurimento do delito, com o gozo de seus benefícios. Deve-se reconhecer, portanto, que há dificuldade em encontrar razões que excluam a necessidade de medidas ostensivas em vista da recuperação do produto da infração.

Entretanto, considerando-se que a busca e a apreensão são realizadas durante a investigação e, portanto, sem a certeza da procedência criminosa dos objetos em si, não é possível também olvidar que se trata de providência que merece estar respaldada concretamente da melhor forma possível. Daí a dizer que o *periculum in mora* nesta espécie cautelar consiste na demonstração das razões pelas quais ela deva ser realizada naquele exato momento e estado do processo. Alguma referência a esta questão pode ser extraída do seguinte trecho da obra de Hélio Tornaghi, quando o autor faz menção ao “temor” que estimula a ação constritiva: “A lei exige fundadas razões e essas razões se baseiam na suspeita grave, séria, confortada pelo que a autoridade sabe pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar (...)”.⁴⁴²

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que a busca e a apreensão deverão ser decretadas “somente quando fundadas razões de urgência e necessidade da medida, estiverem presentes (...) tanto na fase de investigação, como no curso da ação penal”.⁴⁴³

Retomando o exemplo antes apresentado, pode-se afirmar que a ilegalidade do decreto de busca e apreensão (contra os anunciantes de serviços gravação e duplicação de cd's) não decorre somente da falta de elementos sobre a prática criminosa; mas também da completa inexistência de justificativa para que a medida fosse realizada naquele estágio da investigação. Houvesse, por exemplo, informação de que um daqueles prestadores de serviço estava prestes a entregar

⁴⁴² **Instituições de Processo Penal**, v, 3, p. 60.

⁴⁴³ **Curso de Processo Penal**, p. 359.

um carregamento de cd's, talvez se justificasse a providência constritiva, ainda que fossem frágeis os indícios sobre a ilicitude daqueles objetos.

Estas observações, na verdade, revelam que, tal como ocorre em todas as outras medidas cautelares, há íntima relação entre o *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora*, cujo conteúdo e análise objetivam evitar que a busca e a apreensão sejam cumpridas de forma precipitada e, por isso, ilegal.

8.4. Condições de validade da execução da medida

Uma vez justificada pelos pressupostos antes referidos, a busca e a apreensão dependem, ainda, do cumprimento de diversos requisitos para que sejam consideradas válidas em relação aos da Legalidade, Proporcionalidade e Razoabilidade.

Inicialmente, quanto ao momento em que pode a medida ser realizada, é preciso ter em mente que o apossamento pode ocorrer sob a forma apreensão voluntária, de prisão em flagrante ou de busca profícua, determinada pela autoridade judicial.⁴⁴⁴

A apreensão voluntária, por decorrer da apresentação da coisa móvel pelo seu detentor, independe de invasão da intimidade e da vida privada e, portanto, poderá ser realizada pela autoridade policial, em qualquer momento da investigação, desde que seja observada “(1) a licitude, ou não, da obtenção da coisa exibida à autoridade policial ou judiciária; (2) a necessidade de retirá-la do poder de quem a retém; e (3) a imprescindibilidade, para a instrução criminal do apossamento”.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Cleonice Bastos Pitombo também faz referência a uma outra espécie de apreensão: a decorrente de encontro casual pelo investigador, durante o cumprimento de mandado de busca, de objetos ou documentos não relacionados no referido mandado. Quanto a esta hipótese, a autora considera inadmissível alargar o âmbito de atuação da autoridade policial, de modo que “a apreensão de coisa encontrada ao acaso, sem relação com o fato investigado, resultante de busca legal, não pode ser realizada de pronto. Melhor que autoridade policial preserve o local, providenciando a autorização judicial para que a tomada se concretize em plena legalidade” (**Da busca e da apreensão no Processo Penal**, p. 266-267).

⁴⁴⁵ PITOMBO, Cleonice Bastos, **Ob. cit.**, p. 265.

Seguindo este raciocínio, a apreensão decorrente de situação de flagrante delitotambém estaria autorizada diretamente à autoridade policial já no início da investigação, como anota Fauzi Hassan Choukr.⁴⁴⁶

No entanto, quando se tratar de apreensão decorrente de busca profícua, a medida somente poderá ser realizada mediante prévia autorização, uma vez que decorre de violação dos direitos de intimidade anteriormente tratados. Por esta mesma razão, trata-se de providência dependente da demonstração esborçada de *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, e, portanto, de elementos de informação que tenham sido previamente recolhidos pela autoridade investigatória e que demonstrem a seriedade da suspeita e a necessidade de realização da diligência naquele determinado momento. Por esta razão é que se conclui que a apreensão precedida de busca não pode ser realizada como primeiro ato de investigação. Nem mesmo a afirmação de que pode haver casos em que a própria *notitia criminis* seja apresentada com elementos suficientes de *fumus* e *periculum* suplanta esta conclusão; afinal até mesmo nesta hipótese o reconhecimento, pela autoridade investigativa, da procedência e isenção dos elementos de informação apresentados pelo noticiante. Assim não se pode admitir que um inquérito policial seja inaugurado por um pedido de busca e apreensão.

A segunda análise a ser feita, quanto aos requisitos específicos da busca e apreensão também se vincula à hipótese de busca profícua diz respeito à necessidade de a ordem ser consignada em decisão devidamente fundamentada. Como é curial, o art. 93, IX, da Constituição estabelece que todos “os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁴⁴⁶ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 416. Destaque-se que a medida somente poderá ocorrer sem a prévia expedição de mandado nas hipóteses de flagrante e de apreensão voluntária – muito embora diversos autores silenciem sobre esta exigência. Neste sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que, antes do próprio inquérito “podem e devem ser feitas buscas e apreensões. O art. 6.º, II, do CPP saliente dever a Autoridade Policial, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, se possível e conveniente, dirigir-se ao local e... apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato” (**Processo Penal**, v. 3, p. 368) A mesma referência, sem menção a situação flagrancial, é feita por Hélio Tornaghi (**Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 56) e Romeu Pires de Campos Barros (**Processo Penal Cautelar**, p. 397).

Trata-se de regra que bem identifica o Estado Democrático de Direito, que é inerente ao Princípio do Devido Processo Legal e que induz à necessidade de que as decisões judiciais possuam clara e completa análise dos elementos contidos nos autos, bem como ofereçam exposição coerente das razões que compõem de sua conclusão. Além disso, ao impor ao Magistrado o dever de apresentar adequadamente os motivos de sua decisão, a Constituição Federal está na verdade, assegurando aos envolvidos o exercício do Contraditório.

Assim, somente a partir de uma exposição clara e remissiva aos documentos dos autos é que o Magistrado permitirá que as partes conheçam as razões da providência constitutiva e, assim, possam realizar o controle da legalidade da decisão, perquirindo sobre a existência do *fumus* e do *periculum* necessários.

A terceira condição de validade que submete a busca e apreensão judicial é a existência de mandado com especificações bem delimitadas.

Sobre a necessária expedição de mandado, inicialmente, é pertinente considerar o texto do art. 241 do Código de Processo Penal, que estabelece tal expedição quando “a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente”. De acordo com o que já é pacífico, o mandado é sempre imprescindível, quando a medida não for cumprida pelo Magistrado, já que, à exceção da hipótese de flagrante delito, somente ele pode determiná-la.

Hélio Tornaghi anota, porém, que a expedição poderá ser dispensada quando a diligência for cumprida pessoalmente pelo juiz – o que atualmente constitui situação praticamente inexistente na prática⁴⁴⁷. Ainda assim, cabe ressaltar que o objetivo do mandado, além de outorgar o cumprimento da ordem a outro agente estatal, constitui o de delimitar o local em que se realizará a busca e assim como quais as coisas sobre as quais poderá recair a apreensão. Portanto, caso o Magistrado não tenha feito estas especificações na decisão previamente proferida e publicada em cartório, não poderá cumprir a diligência pessoalmente sem mandado.

⁴⁴⁷ Apesar disso, a lei n.º 9.034, publicada em 1995, reeditou esta possibilidade, prevendo a realização de diligência processual diretamente pelo juiz da causa – nesta hipótese correspondente a consulta a dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, com a correspondente lavratura de auto (“Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc”).

Permitir que um Magistrado possa realizar uma busca domiciliar e a apreensão de bens sem que tenha estabelecido os limites desta medida previamente (por escrito) seria autorizar atuações invasivas do Estado, com desrespeito a, absolutamente, todos os Princípios enunciados pela Constituição. Além disso, não se pode olvidar que a própria possibilidade de realização de diligências de investigação e de constrição de bens diretamente pelo Magistrado é incompatível com os ideais do Sistema Acusatório.

Este raciocínio decorre, evidentemente, da necessidade de a ação invasiva do Estado estar cercada por todos os critérios de segurança, somente possíveis de serem cumpridos, na hipótese em análise, mediante o devido e antecipado registro da extensão autorizada para a busca e a apreensão.

Nesta linha de pensamento, observa-se que o próprio texto legal corrobora este entendimento, na medida em que, pelo art. 243 do Código de Processo Penal relaciona os explicitamente os requisitos que devem constar do mandado de busca e apreensão, inclusive quanto a quem deva subscrevê-lo (CPP, art. 243, III). No inciso I, deste dispositivo, estabelece, ainda, que o mandado deverá especificar o local da diligência e a pessoa que deverá sofrer a diligência (podendo ser isso realizado de forma nominal ou a partir da descrição de características que permitam a identificação do local e/ou da pessoa).

Mas não é só. Para que o mandado seja certo e determinado e a busca e apreensão seja válidas, é imprescindível que especifique o motivo e, principalmente, os fins da diligência, para permitir que a autoridade que a executa não exceda a determinação judicial e, também, para que a pessoa submetida à medida ou as testemunhas do ato⁴⁴⁸ possam verificar se não estão sendo praticados abusos.

Por estas razões e, ainda, reiterando que a busca e apreensão ocasiona a supressão circunstanciada do exercício de direitos constitucionais, Guilherme de Souza Nucci enfatiza que “Não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos ou vasculhados”.⁴⁴⁹ Eduardo Espínola Filho, em obra

⁴⁴⁸ O § 4.º, do art. 245, do Código de Processo Penal determina que, na ausência do responsável pelo local, um vizinho será chamado para acompanhar a diligência desde o seu início.

⁴⁴⁹ **Código de Processo Penal Comentado**, p. 496.

publicada no ano de 1976, também assevera que o mandado de busca e apreensão deve ser:

“(...) designado, com maior precisão possível, o prédio, aposento ou compartimento, a ser varejado, com menção de quem aí mora ou é o respectivo proprietário; e declarando, ademais, tanto o motivo por que, como o fim para que se leva a efeito; se é determinada a pessoa, ou a coisa, ou coisas, que, para captura ou apreensão, se vão procurar, o mandado deverá individualizá-las o mais possível, facultando a fácil identificação. É uma forma de delimitar a compreensão da medida, sempre restrita ao mínimo indispensável, facultando, ademais, seja, nos termos do art. 245, § 5º, mostrada e entregue a pessoa, ou coisa procurada para pôr termo à diligência (§ 6º)”⁴⁵⁰.

Torna-se inadmissível, por isso, a busca e apreensão descrita de forma abstrata ou genérica, como o que é, almentavelmente, possível verificar não raras vezes na prática forense, em determinações de apreensão de “quaisquer papéis ou objetos que se possam constituir em prova, instrumento ou produto de crime”. Ainda que não seja exigível (principalmente no aspecto probatório) que o Magistrado estabeleça o(s) objeto(s) ou o(s) documento(s) procurado, é imprescindível que delimite as espécies de papéis ou coisas que podem ser recolhidas. Assim, por exemplo, mencionando a finalidade de localização de contratos, recibos, planilhas e agentes relacionadas à empresa “x” e contendo informações sobre sua relação com a empresa “y”; ou, ainda, a apreensão de computadores, cd’s e disquetes relacionados às atividades de pessoa de “fulano”.

Além disso, é preciso que o mandado especifique a qual fato supostamente criminoso o objeto da apreensão deve estar vinculado – não bastando, para isso, a menção meramente a um tipo penal (como, por exemplo, a “apreensão de documentos relacionados a crime de estelionato”). Para que o agente que executa o mandado possa identificar as coisas pertinentes à apreensão, é necessário que detenha informações sobre o acontecimento material acerca do qual recai a investigação. Não fosse assim, as medidas de busca e apreensão facilmente se tornariam (como em alguns casos se tornam⁴⁵¹) verdadeiras devassas, a exemplo do que ocorria no período em que vigoravam das Ordenações do Reino.

⁴⁵⁰ **Código de Processo Penal Anotado, V. III, p. 211.**

⁴⁵¹ Cleonice Bastos Pitombo faz referência a operações realizadas nas favelas do Rio de Janeiro, podendo ser referido, neste aspecto, também, as incursões oficiais realizadas na favela do Parolim, em Curitiba, no ano de 2005.

Daí a pertinência da anotação de Antônio José Miguel Feu Rosa, no sentido de que, se “o mandado de busca não estiver preenchido rigorosamente de acordo com a Lei, o cidadão poderá recusar-se a permitir o ingresso em seu domicílio, até mesmo com o uso da força, hipótese em que estará agindo em legítima defesa”.⁴⁵²

Neste caminho, o art. 248 do Código de Processo Penal estabelece que em “casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência” – com relação ao que Guilherme de Souza Nucci comenta que “tendo em vista que qualquer busca é sempre invasiva e atentatória à intimidade do indivíduo, deve o executor agir com redobrada cautela e causar o menor distúrbio possível”.⁴⁵³ No mesmo caminho, é o seguinte comentário de Eduardo Espínola Filho:

“Constituindo a busca domiciliar, como a pessoal, uma medida extrema, de que se lança mão, excepcionando as garantias constitucionais da inviolabilidade do domicílio, à vista da predominância do interesse público sobre o particular, deve ser levada a efeito com moderação, que não importa em prejuízo de energia, e urbanidade, devendo os encarregados da diligência procurarem diminuir, tanto quanto possível, os incômodos resultantes da mesma”.⁴⁵⁴

Sob esta inspiração, os executores da busca devem também cumprir com todos os procedimentos descritos no art. 243, 245 e 247 do Código de Processo Penal, que igualmente constituem condições para a validade da medida.

Conforme anota Cleonice Bastos Pitombo, estas regras revelam um tratamento desigual entre a busca e a apreensão, tendo em vista que, opondo-se ao detalhamento legal da primeira o Código de Processo Penal quase nada estabelece sobre a segunda. Ainda assim tomando por base o contido no § 7º, do art. 245, pode-se afirmar que a apreensão dos bens deve ser impreterivelmente registrada em auto circunstanciado, registrando detalhadamente as características dos objetos e papéis apreendidos.

Embora seja comum a afirmação de que a dinâmica da realidade impossibilita o agente executor de assim proceder à apreensão (especialmente em investigações complexas), este argumento não se presta a servir como justificativa para a omissão no detalhamento do auto de apreensão.

⁴⁵² **Processo Penal**, p. 371.

⁴⁵³ **Código de Processo Penal Comentado**, p. 512.

⁴⁵⁴ **Código de Processo Penal Anotado**, V. III, p. 206.

Com efeito, alterado pela Emenda Constitucional n.º 19, o “caput” do art. 37 da Constituição estabelece que a administração pública, em todas as suas instâncias, “obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Partindo, inicialmente, deste último, deve-se considerar que, se está a executar uma medida de arrecadação de bens e documentos, o agente estatal deve fazê-la da maneira extremamente cuidadosa, para evitar que a omissão descritiva venha, posteriormente, a causar dificuldades processuais e administrativas.

Assim, se o auto de apreensão é redigido de maneira genérica, podem perder-se informações relevantes para a investigação sobre, por exemplo, o local específico em que o objeto foi encontrado ou qual a sua forma de acondicionamento. Além disso, a omissão de características de individualização dos bens pode impedir a utilidade de perícias posteriores, dada a impossibilidade de relacionar-se a sua condução com o bem apreendido. Da mesma forma, a falta de individualização pode gerar diversos problemas quanto à identificação do bem, quando colocado nos depósitos destinados ao material apreendido (o que pode ocorrer facilmente com computadores, armas e documentos, por exemplo). A identificação das características dos bens identifica-destina-se, finalmente, à indevida exploração ou dilapidação pelo depositário. Pode-se ilustrar esta referência com o exemplo (extraído da experiência profissional) da apreensão de uma lancha, equipada com inúmeros utensílios domésticos de alto custo e com instrumentos de navegação de avançada tecnologia. Não havendo o registro destes utensílios e instrumentos no auto corresponde à apreensão da embarcação, facilita-se o furto ou a apropriação indébita daqueles acessórios, não só em prejuízo do investigado, mas da vítima e/ou do Estado, dependendo da destinação dada à lancha no curso ou ao final do processo.

Todas estas observações feitas com relação a objetos apreendidos aplicam-se também a documentos e outros papéis, especialmente considerada a maior facilidade de extravio ou confusão com outros semelhantes. Mas, além de estar assim vinculado ao Princípio da Eficiência, o dever de descrição pormenorizada de documentos apreendidos decorre do Princípio da Publicidade dos atos administrativos.

A prática forense tem demonstrado que a investigação de crimes econômicos ou praticados por organizações criminosas demanda cada vez mais um perfil

investigatório diferenciado, que encontra seus principais elementos de prova no seio de empresas e em seus registros documentais. Surge daí a prática de apreensão de grandes volumes de papéis, que muitas vezes constituem livros, contratos, boletos e outros documentos necessários ao funcionamento da empresa, ao cumprimento de suas obrigações e à cobrança de seus prestadores, fornecedores e clientes. Para que assim possa, por exemplo, requerer segundas vias, justificar a ausência de livros contábeis para agentes de fiscalização, é preciso que a apreensão de tais documentos específicos seja demonstrada no auto de apreensão, a fim de que, por um defeito na publicidade da busca, o indivíduo investigado não seja indevidamente prejudicado.

Portanto, ainda que não haja determinação expressa no Código de Processo Penal acerca da individualização dos objetos e papéis apreendidos, esta consiste condição de validade da medida, pois decorre dos princípios da publicidade e da eficiência administrativas.

8.5 Restituição

Como mencionado em seção anterior, a busca e apreensão de objetos e papéis pode ter finalidades diversas: probatória, quando as coisas puderem servir para o esclarecimento dos fatos investigados; reparatória, quando as coisas consistirem supostamente no produto do crime investigado; administrativa, quando se destinada ao confisco de objetos ilícitos⁴⁵⁵.

Somente nesta última situação a apreensão será irreversível, já que o produto direto do crime deverá ser devolvido à vítima ou utilizado para a reparação do dano; e os demais bens deverão ser restituídos a seu proprietário após terem cumprido com seu papel na investigação. Por isso, à exceção da hipótese de confisco, a tendência é a de que a constrição seja mantida somente enquanto perdurarem os

⁴⁵⁵ “Quando as coisas apreendidas forem de fábrica, alienação, uso, porte ou detenção proibida serão confiscadas pela União, pois não teria cabimento restituir objetos ilícitos a quem quer que seja (ex.: entorpecentes não autorizados ou armas de uso restritivo das Forças Armadas), ainda que o juiz nada mencione na decisão de arquivamento do inquérito ou na sentença absolutória” (NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 332).

seus pressupostos e enquanto forem úteis ao processo⁴⁵⁶ - até mesmo por se tratar de medida excepcional.

Neste contexto, insere-se a restituição de coisas apreendidas, prevista nos arts. 118 a 124, do Código de Processo Penal, que constitui providência de entrega do bem apreendido a quem seja seu legítimo proprietário: ao investigado, à vítima (quando se tratar de coisa ou documento que lhe foi tirado em virtude do crime⁴⁵⁷) ou a terceiro (quando a coisa apreendida tiver exercido função probatória).

O art. 119 do Código de Processo Penal, porém, ressalva que as “coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé”.

Ou seja, prevê-se uma classe de coisas irrestituíveis, sobre a qual é preciso deter-se de forma atualizada; uma vez que a redação do mencionado art. 119 corresponde ao texto original editado em 141 e, portanto, antes da reforma da Parte Geral do Código Penal – realizada em 1984.

Assim a remissão feita pelo art. 119 corresponde às seguintes disposições materiais que à época vigoravam:

“Reparação do dano.

Perda dos instrumentos, produto e proveito do crime.

Art. 74 – são efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime; II – 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 de 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.

(...)

Art. 100 – O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito.”

⁴⁵⁶ “As demais coisas, não constituindo produto do crime ou instrumento cuja posse ou o fabrico constituam por si mesmo, um delito somente deverão permanecer apreendidas enquanto não tiverem cumprido ainda a finalidade a que se destinou a apreensão: o exame de sua pertinência e do seu conteúdo probatório. Daí o disposto no art. 118, CPP, a dizer que, ‘... antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo ...’” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, p. 266).

⁴⁵⁷ Neste aspecto, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que a “restituição nada mais é que o ressarcimento em forma específica”, pois consiste “na devolução da própria coisa ao lesado” (**Manual de Processo Penal**, p. 409).

Comentando estes dispositivos vigentes quando da edição de sua obra, E. Magalhães Noronha afirma:

“Confisco. Estabelecem os citados arts. 74 e 100 o confisco. 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 (art. 74). O art. 100 versa o confisco como medida de segurança: recai sobre instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito e pode ser decretado, *ainda que não apurada a autoria*. a diferença entre estes dois dispositivos está em que no art. 74 o confisco é feito da condenação, ao passo que no art. 100 é medida de segurança, podendo ser determinado até em caso de *arquivamento dos autos*”.

Isso quer dizer que, segundo as regras anteriores à Reforma de 1984, ainda que houvesse arquivamento do inquérito ou absolvição do acusado, os bens apreendidos que constituíssem coisas ilícitas permaneceriam apreendidos, ou melhor, seriam declarados perdidos em favor da União – o que, juridicamente, somente poderia ser compreendido a título de medida administrativa de segurança pública⁴⁵⁸. Esta perda de bens ilícitos em caso de arquivamento de inquéritos policiais, impronúncia ou absolvição é regulamentada pelo art. 779 do Código de Processo Penal.

Há, por certo, lógica e racionalidade em vedar-se a restituição de objetos ilícitos ainda que a persecução penal não tenha concluído pela responsabilidade do investigado. Seria um contra-senso que o Estado devolvesse à sociedade, por exemplo, uma arma com a numeração de série raspada, ou a substância entorpecente absolutamente proibida, ou, ainda, o documento falsificado ou o veículo modificado e adaptado para transporte oculto de drogas ou produto de contrabando. É evidente que esta afirmação depende de que, no curso da investigação, as características ilícitas das coisas apreendidas tenham sido constatadas pericialmente e reconhecidas de forma incontestada pelo Magistrado, não obstante o arquivamento do inquérito ou a absolvição ou a impronúncia do acusado. Isto porque não seria admissível que se mantivesse a constrição na ausência de

⁴⁵⁸ Este entendimento foi manifestado em 1998 por João Gualberto Garcez Ramos, conforme anotação feita na seção anterior, dedicada à natureza da busca e apreensão.

culpa criminal e sem que a ilicitude e nocividade do bem tivesse sido reconhecida. Assim, por exemplo, não se haveria de cogitar a perda em favor da União de substância apreendida sob a suspeita de se tratar de “maconha” e na qual não se identificou o composto ativo *THC*.

Todo este raciocínio, entretanto, é colocado perante uma dificuldade relevante, pouquíssimo mencionada pela doutrina nacional: a extinção do confisco como medida de segurança pela Reforma de 1984⁴⁵⁹. Com efeito, com a reformulação da Parte Geral do Código Penal, somente manteve-se no ordenamento o confisco de bens como efeito da condenação, não mais sendo prevista a possibilidade de perda de objetos e documentos foi mantido no ordenamento na ausência de decreto condenatório.

A valer a estrita Legalidade e a perda do fundamento material para a vedação à restituição de bens em caso de absolvição, impronúncia ou arquivamento do inquérito, ter-se-ia que reconhecer a impossibilidade de aplicação do art. 779 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Cleonice Bastos Pitombo observa, em nota de rodapé que, hoje, “inexiste medida de segurança patrimonial”, acreditando, no entanto, ser difícil “aceitar, de modo singelo, a revogação do art. 779 do CPP”. E continua:

“(...) Tourinho Filho, em obra recente, não se refere mais ao preceito; dando-o por revogado. Ao anotar, contudo, o artigo 119 observa: E se a sentença final for absolutória? E se houver impronúncia? E se o inquérito for arquivado? O artigo 779 do CPP autorizava o *confisco* desses bens. *In verbis* ‘O confisco dos instrumentos e produtos do crime, no caso previsto no art. 100 do Código Penal, será decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença absolutória’. A Reforma Penal de 1984 aboliu as medidas de segurança patrimonial, inclusive o *confisco*, e, desse modo, aquela disposição do estatuto processual penal perdeu sua eficácia como norma disciplinadora daquela medida de segurança (...), que não existe mais. Contudo, continua tendo inteira aplicação para disciplinar ‘a perda a favor da União’ dos instrumentos e produtos do crime cujo fabrico, uso, alienação, porte ou detenção constitui fato ilícito (...) sempre que houver sentença absolutória, impronúncia ou arquivamento, ressalvado o direito do lesado ou

⁴⁵⁹ “O art. 119 do Código de Processo Penal, que se refere às coisas que não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença, sofreu modificação, pois os arts. 74 e 100 referidos do Código Penal de 1940 dizem respeito, respectivamente, aos *efeitos* da condenação e ao *confisco* como medida de segurança, tendo este último desaparecido com o advento da nova Parte Geral do Código Penal. Mas continua como *efeito de condenação* a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (Nogueira, Paulo Lúcio – **Curso Completo de Processo Penal**, p. 139).

terceiro de boa-fé, tal como previsto nos arts. 119, 122 e 124 deste estatuto, sob pena de grave absurdez e indistigável incoerência. Todos aqueles objetos passavam para a União, e continuam passando. Do contrário, decretada extinta a punibilidade do traficante, em poder de quem foram apreendidos 10 Kg de cocaína, esse objeto, absurdamente, não seria 'confiscado'. Também não o seria se o traficante fosse absolvido sob a alegação de não ter sido o autor do crime. Se alguém cometesse um homicídio com uma metralhadora adquirida no exterior, instaurado o inquérito e julgada extinta a punibilidade pela morte do agente, a arma seria devolvida aos seus familiares (...) Daí porque não se pode admitir o absurdo. A perda desses bens a favor da União já estava e continua assegurada pelos artigos 119, 122 e 124 deste Código. A regra do art. 779 estava no Código *ex abundantia*" (Código..., op.cit., v. 1, p. 276-7, e v. 2, p. 448-9)."

De fato, esta questão se apresenta como um dos temas carentes de resposta do legislador quanto à restituição de bens apreendidos a não ser no que se refere a bens apreendidos em relação a crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois quanto a este tema, a própria Constituição possui previsão de confisco como se observa pela leitura no parágrafo único, do seu art. 243:

"Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas a assentamentos de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem juízo de outras sanções previstas em lei. **Parágrafo único.** Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias".

Cabe, entretanto, seguir no estudo desta medida processual, em seus aspectos vinculados às coisas restituíveis.

Havendo evidente prescindibilidade⁴⁶⁰ dos objetos e documentos para a investigação e não se tratando do suposto produto da infração investigada, a

⁴⁶⁰ Sobre isso, tem-se que poderá ser restituída a coisa apreendida já submetida à perícia e ao contraditório, não sendo, a princípio, necessário manter-se a apreensão na fase recursal. Em se tratando de crime sujeito ao rito do Tribunal do Júri, surge a necessidade de observar que a instrução do processo se realiza em duas fases: a primeira, perante o Juízo singular e a segunda, diante do Conselho de Sentença, quando, por exemplo, possivelmente surgirá a necessidade de exibição do instrumento apontado como arma do crime. Embora esta anotação seja feita por Guilherme de Souza Nucci, parece ser excessiva a referência que seja este seu comentário, no sentido de que não há cabimento para a devolução da instrumento do crime "antes do trânsito em julgado da sentença final, pois é elemento indispensável ao feito, ainda que pertença a terceiro de boa-fé e não seja coisa de posse ilícita" (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 332).

devolução pode ser determinada pela própria autoridade policial. No contexto das grandes operações policiais, que têm recebido repercussão televisiva nos últimos anos, é bastante comum a ocorrência desta espécie de restituição, até mesmo como reflexo da forma generalizante do deferimento e cumprimento das buscas e apreensões correspondentes. Como o perfil criado para tais operações estabelece a idéia (muitas vezes falsa) de que ações rápidas são mais eficientes, a execução do mandado é feita em poucas horas, durante as quais os agentes não têm tempo hábil para fazer a triagem dos objetos e documentos realmente pertinentes para a investigação. Com isso, esta triagem acaba por ser feita *a posteriori*, com o reconhecimento de que parte (e, muitas vezes, grande parte) do material apreendido não necessitava ser arrecadado.

A autoridade policial ainda pode proceder à restituição de objetos à vítima da infração, quando houver plena certeza de sua titularidade e ainda estiver em curso o inquérito policial.

Havendo qualquer dúvida sobre a propriedade do bem ou sobre a utilidade do objeto para a investigação, a restituição deverá ser apreciada pelo juiz responsável pela fiscalização do inquérito.

Após o oferecimento da denúncia, a restituição necessariamente será submetida ao juízo (CPP, art. 120⁴⁶¹, caput e § 1.º); perante o qual o pedido será autuado em apartado (CPP, art. 120, § 2.º), sendo submetido à apreciação do Ministério Público (CPP, art. 120, § 3.º) e à produção de provas (CPP, 120, § 1.º, parte final).

Se, apesar disso, prevalecer a dúvida sobre a procedência ou titularidade da coisa apreendida, os autos deverão ser remetidos ao juízo cível (CPP, art. 120, §

⁴⁶¹ “Art. 120. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante. § 1º Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente. § 2º O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro 2 (dois) dias para arrazoar. § 3º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público. § 4º Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea. § 5º Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade”.

4.º), denotando bem a sumariedade procedimental e material que caracteriza a medida prevista no Processo Penal.

Também não será resolvida, no pedido de restituição, a destinação do bem que se reconheça não como produto direto, mas como aquisição a partir dos proventos da infração. Isto porque, nestas circunstâncias a apreensão será transformada em seqüestro do bem, cujo levantamento deverá ser debatido em embargos próprios (CPP, art. 121).

Em se tratando de coisas deterioráveis, a lei indica duas soluções: serem os bens entregues ao terceiro de boa-fé (que figurará como depositário fiel) ou proceder-se à venda dos bens em hasta pública.

Finalmente, sobre a restituição, o Código de Processo Penal estabelece que, se a medida não for requerida pelo terceiro interrogado até 90 dias após o trânsito em julgado, haverá a perda dos bens em favor da União, com posterior venda em leilão e depósito do valor apurado “à disposição do juízo dos ausentes”.

8.6 Especificidades contidas na legislação extravagante

Como anotado na seção 8.3, retro, a busca e a apreensão recebem alguns tratamentos diferenciados pela legislação extravagante, aos quais cabe dar os destaques seguintes.

8.6.1 Realização de vistoria prévia à apreensão por técnico especializado (Leis de Propriedade Industrial e de Programas de Computadores)

A Lei de Propriedade Industrial (n.º 9.279/1996), em seu art. 201, estabelece que o agente executor do mandado “será acompanhado por perito, que verificará, preliminarmente, a existência do ilícito”. Esta medida apresenta-se de forma perfeitamente ajustada à característica da grande maioria dos crimes descritos naquela lei e à finalidade da busca. Com efeito, havendo indícios de que, em determinado local, estejam armazenados produtos ou petrechos dos delitos contra

patentes, marcas, desenhos industriais ou indicações geográficas, e estando presente o requisito do *periculum in mora*, deverá ser decretada a busca e apreensão de tais bens. No entanto, como o produto destes crimes consiste em réplicas ou reproduções desautorizadas de criações protegidas pela lei, é, de fato, necessário que a busca seja orientada por técnico capaz de identificar estas características e, assim, evitar a apreensão de objetos lícitos.⁴⁶²

Disposição semelhante à do art. 201 consta do art. 13 da lei de propriedade de programas de computador. Como os crimes definidos nesse diploma também decorrem, em sua maioria, da réplica ou reprodução indevida de criações, as apreensões correspondentes dependem da identificação técnica – ainda que preliminar – desta realidade. Daí a pertinência de vincular-se a busca e a apreensão a uma prévia vistoria dos computadores sobre os quais recai a suspeita.

8.6.2 Responsabilidade civil de quem determina a apreensão de bens por má-fé, espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro (Lei de Propriedade Industrial)

A Lei de Propriedade Industrial contém específica previsão de responsabilização civil da pessoa que tiver requerido a busca e apreensão realizada, por má-fé, espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. Embora o texto legal não deixe claro, é evidente que estas motivações, por si sós, não justificam o dever de indenizar, quando da busca judicialmente determinada resultar a localização e a apreensão de objetos ou instrumentos dos crimes contra a propriedade industrial. De qualquer modo, pode-se considerar como elogiável o objetivo deste dispositivo de lei, na medida em que contempla expressamente a reparação do dano sofrido pelo indivíduo em virtude da execução de indevida constrição patrimonial, advinda de investigação criminal.

⁴⁶² O cuidado do legislador em vista deste objetivo reflete-se, também, no texto do art. 203, da referida Lei n.º 9.279/1996, segundo o qual estabelece que, tratando-se “de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão dos produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade lícitamente exercida”.

8.6.3 Comparecimento pessoal do indiciado/acusado como condição para o conhecimento de pedido de restituição (Lei de Lavagem de Dinheiro e nova Lei de Tóxicos)

Repetindo o disposto no art. 4.º, § 3.º da Lei de Lavagem de Dinheiro, o art. 60, § 3.º da nova Lei de Tóxicos estabelece que “nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado”.

A perplexidade causada por esta disposição gera manifestações incompreensíveis. tal como ocorre na obra **Leis penais e processuais penais comentadas**, de Guilherme de Souza Nucci. Comentando a disposição contida na Lei de Lavagem de Dinheiro, o autor assevera:

“A restituição de coisa indisponível pelo juiz deve ser feita diretamente ao acusado. Evita-se, com isso, o uso de interposta pessoa, perpetuando-se a dúvida quanto à origem. Ora, no parágrafo anterior, determina-se a liberação dos bens quando comprovada a sua origem lícita. Casando-se com este parágrafo, deve-se entender o seguinte: se o acusado foi citado por editar e está ausente, querendo seus bens de volta, o mínimo que se espera é o seu comparecimento pessoal em juízo para reclamar o que, em tese, legitimamente lhe pertence. No entanto, se não faz questão da devolução imediata, pode aguardar o final da instrução. Se for absolvido, os bens serão automaticamente liberados. Se os quiser antes do término da instrução, deve buscá-los diretamente. Não vemos óbice à aplicação da norma”.⁴⁶³

Entretanto, quanto à regra (de mesmo conteúdo) contida na Lei de Tóxicos, o mesmo autor pronuncia-se de forma absolutamente contrária, entendendo que “é inexplicável a finalidade desta norma, obrigando o comparecimento pessoal do interessado para a restituição da coisa apreendida, naturalmente lícita, pois a ilícita será confiscada e, provavelmente, eliminada”. Segundo o autor, não há justificativa para que a restituição não possa ocorrer por intermédio do defensor do acusado ou de procurador, com poderes específicos, “até pelo fato de não estar ausente do processo (citado por edital, por exemplo)”.⁴⁶⁴

De fato, esta segunda opinião de Nucci parece estar de acordo como o sistema constitucional vigente, o qual assegura ao acusado em Processo Penal, o direito ao silêncio e à não incriminação.

⁴⁶³ P. 428.

⁴⁶⁴ **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 820.

Esta garantia possui origem histórica, tendo sido discutida por Beccaria, ao comentar os juramentos exigidos aos réus antes de seus interrogatórios:

“Contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um verdadeiro homem, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para a própria destruição. Como se a religião não calasse, na maioria dos homens, quando fala o interesse. A experiência de todos os séculos demonstrou que eles abusaram, acima de tudo, deste dom do céu. E por que razão deviam os criminosos respeitá-lo, se os homens, considerados como os mais sábios, freqüentemente o violaram? Muito fracos, por serem remotos aos sentidos, são, em sua maioria, os motivos que a religião contrapõe ao tumulto do medo e ao amor à vida. As questões do céu são regidas por leis totalmente diversas das que regem os negócios humanos. E por que razão comprometer umas com as outras? Por que motivo colocar o homem na terrível contradição de falhar em relação a Deus, ou de concorrer para a própria ruína? A lei que obriga a tal juramento ordena que o homem seja mau cristão ou mártir”.⁴⁶⁵

Enunciado no art. 5.º, LXIII da Constituição de 1988, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação⁴⁶⁶ também encontra espaço no plano internacional, como se vê no art. 8º, I, do Pacto de San Jose da Costa Rica e no art. 14, 3, 8 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Na legislação doméstica, o art. 186 do Código de Processo Penal explicita que o “réu será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas”.

O “direito ao silêncio é, pois, uma exceção à regra da obrigatoriedade do dever de depor, fundada tanto na preservação da integridade física e psíquica do acusado, quanto ao controle da idoneidade do meio de prova”.⁴⁶⁷

Além disso, baseado nos Princípios da Dignidade Humana e da Liberdade (dos quais resulta o conceito de autonomia), o direito ao silêncio produz a consequência necessária de que o réu não tem o dever de prestar qualquer contribuição ao processo, seja no aspecto probatório, seja em outra esfera.

Soma-se a isso a possibilidade de a ação penal o Processo Penal se desenvolver sem o comparecimento pessoal do acusado, conforme o que estabelece o art. 366 do Código de Processo Penal. Corrigida a hipótese original de

⁴⁶⁵ **Dos delitos e das penas**, p. 69.

⁴⁶⁶ Como observa Eugênio Pacelli de Oliveira, embora não haja previsão expressa do direito à não auto-incriminação, este princípio poder ser extraído do sistema de garantias (**Curso de Processo Penal**, p. 325).

⁴⁶⁷ **Ob. cit.**, p. 335.

“condenação à revelia”, a Lei n.º 9.271/1996 alterou a redação daquele dispositivo, estabelecendo que, se o réu citado por edital, não comparecer, mas constituir defensor, o processo seguirá os seus trâmites até deliberação final – condenatória ou absolutória. Como é curial, preservou-se, deste modo, o conflito antes existente entre a efetividade da defesa (não existente quando o revel era patrocinado por defensor público e, portanto, alheio a qualquer informação material que pudesse contribuir com a defesa do acusado) e o interesse público de ver a investigação ser incluída a despeito da maliciosa ausência do acusado.

Pois bem. Conjugando-se o direito ao silêncio (em toda a sua extensão) com a possibilidade de válida realização do processo sem a presença do réu, tem-se que o sistema processual brasileiro bem assimila o direito à autonomia, assegurando ao acusado a escolha de não comparecer pessoalmente ao processo. Certamente, se a forma de manifestação desta opção representar risco à aplicação da lei penal⁴⁶⁸, o réu arcará com a expedição do mandado de prisão preventiva contra si. Isto, porém, não anula a conclusão anterior, já que a autonomia compreende também a escolha de viver como “foragido da justiça”.

Sendo assim, a exigência contida no art. 60, § 3.º da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 4.º, § 3.º da Lei n.º 9.613/98 parece não encontrar amparo no sistema processual penal constitucional.

É evidente, além disso, que tais dispositivos foram criados para funcionar como uma espécie de “armadilha” ao indiciado/acusado que optou pela situação de foragido, já que, em primeiro lugar, o pedido de restituição deve ser formulado por intermédio de advogado e não há qualquer sentido (jurídico ou material) em impedir que um procurador com poderes específicos possa retirar os bens em caso de deferimento do pedido. Não parece, efetivamente, que os dispositivos em comento estejam destinados a obrigar, por exemplo, que o indiciado/acusado que participa do processo, mas tem residência em outra cidade, estado ou país, proceda a uma viagem para levantar os bens restituídos, quando isso pode ser realizado, com toda segurança, por intermédio de procurador devidamente registrado nos autos. Nem se fale que os arts. 60, § 3.º da Lei de Tóxicos e 4.º, § 3.º, da Lei de Lavagem de Dinheiro pretendem evitar que se burle a prova sobre a licitude dos bens a serem

⁴⁶⁸ Registre-se que diante do direito ao silêncio, o não comparecimento do réu não pode ser entendido como risco à instrução processual, não se justificando a prisão preventiva sob este fundamento, quando tiver sido advogado constituído.

restituídos, pois esta restituição somente ocorrerá, segundo as mesmas leis, quando estiver previamente demonstrado que é lícita a origem do material apreendido.

Portanto, não há dúvida de que as normas em análise se destinam aos indiciados/acusados que não tenham se apresentado pessoalmente à investigação e, assim, possivelmente tenham contra si uma ordem de prisão. A valer hipóteses em que o material a ser restituído seja de grande valor e possa, com isso, ser significativo para a sobrevivência ou mesmo o conforto do investigado, pode-se compreender que o comparecimento pessoal consista em “preço a ser pago”, por ele a despeito do risco de prisão.

Este raciocínio expressa a máxima efficientista que tem recaído sobre o Processo Penal e que foi tratada na primeira parte do trabalho; primeiro, porque se os bens são sujeitos a restituição, significa que possuem procedência lícita, sendo, pois, indevida a manutenção da apreensão. É claro que esta afirmação considera a hipótese de já ter sido deferida a restituição e que não se ignora que o pedido correspondente nos termos da lei em comento, requer seja conhecido na ausência do investigado. Ainda assim, é preciso conceber que esta exigência impõe, como condição da ação, o cumprimento de obrigação completamente desvinculada de seu objeto, na medida que a demonstração da origem dos bens apreendidos é absolutamente independente da presença do réu e eventual depoimento por ele prestado não terá o condão de comprovar a licitude do material. Por isso, cabe constatar que a regra do art. 60, § 4.º da lei n.º 11.343/2006 e do art. 4.º, § 3.º, da Lei n.º 9.613/98 constitui indevido óbice ao direito ao acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) e inadmissível cerceamento de defesa (já que embora seja autor do pedido de restituição, o interessado figura como investigado no procedimento ao que o pedido está vinculado, e a prova da procedência do material apreendido interessa diretamente à persecução penal).

Em segundo lugar, a utilização da expectativa de restituição dos bens apreendidos como atrativo para que o investigado compareça pessoalmente ao inquérito ou à ação penal (e venha a ser possivelmente preso) representa censurável desvio ético da atuação estatal – especialmente diante da prescindibilidade da presença do réu para o processamento da acusação.

Como observação derradeira, cabe recordar que o pedido de restituição também pode ser ajuizado por outras pessoas como terceiros de boa-fé, não havendo sentido em exigir a presença do investigado para que tal pedido pudesse

ser apreciado. Esta afirmação é verdadeira até mesmo se entendida a exigência como forma de proteção dos interesses do indiciado ou acusado (que, estando presente, poderia contestar o pedido feito pelo terceiro). Isto porque a resistência à restituição ao terceiro pode ser feita pelo advogado constituído pelo investigado e, caso este não se tenha feito apresentar, deve também arcar com o ônus desta sua escolha.

8.6.4 Outras questões

A nova Lei de Tóxicos e a Lei de Lavagem de Dinheiro possuem, ainda outras disposições específicas quanto à busca e apreensão, tal como ocorre com a previsão de que o levantamento da medida decorrerá de demonstração da proveniência lícita dos bens. As duas leis também estabelecem a possibilidade de o cumprimento da ordem de busca e apreensão ser postergado para momento posterior, em vista da eficiência das investigações – a exemplo do que foi previsto pela Lei n.º 9.034/1994, quanto à prisão em flagrante. A Lei de Tóxicos, ainda, dispõe expressamente sobre a necessidade de intimação da defesa do réu, para que venha a se manifestar sobre a ordem de busca e apreensão.

Entretanto, como todas estas previsões também se destinam a outras medidas de urgência patrimoniais (tal qual o seqüestro de bens), serão abordadas na terceira parte deste trabalho, após a análise do seqüestro, da especialização de hipoteca legal e do arresto de bens móveis e imóveis.

Da mesma forma, a possibilidade de utilização e venda antecipada de bens, prevista pela Lei de Tóxicos, será analisada na última etapa, tendo em vista que, além de haver referência exclusiva à busca e apreensão pelo texto legal, a discussão sobre a natureza de tais medidas envolve conceitos atinentes ao seqüestro de bens.

9. SEQÜESTRO

9.1 Finalidade e natureza jurídica

O arts. 125 e 132 do Código de Processo Penal⁴⁶⁹ prevêem o cabimento do seqüestro de bens imóveis e móveis adquiridos “com os proventos da infração”. E. Magalhães Noronha conceitua o seqüestro penal como “a retenção judicial do bem imóvel ou móvel, havido com os proventos da infração, com o fim de assegurar as obrigações civis advindas da prática dessa”.⁴⁷⁰

Esta medida, assim, é destinada a permitir a reparação do dano provocado pelo crime⁴⁷¹, tendo, ainda, uma segunda função, de ordem valorativa: impedir que o agente usufrua as vantagens ilicitamente obtidas.

Visando, assim, permitir (primordialmente) a reparação do dano decorrente do crime em investigação, o seqüestro incide sobre os bens móveis⁴⁷² e imóveis⁴⁷³ adquiridos pelo agente a partir da conduta ilícita praticada. É preciso estar atento, porém, ao fato de que esta medida não incide sobre o produto direto do crime – já que este permanece sujeito à busca e apreensão, como o que foi exposto

⁴⁶⁹ “Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

“Art. 132. Proceder-se-á ao seqüestro 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”.

⁴⁷⁰ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 74. Na mesma linha, é a definição de Eduardo Espínola Filho, segundo o qual “Deve ser considerado ser o seqüestro uma medida assecuratória da obrigação de compor o prejuízo sofrido pelo ofendido, a qual se efetiva sempre que houve um dano real, independentemente do aspecto, que a ação penal venha a ter” (**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 378),.

⁴⁷¹ Como anota E. Magalhães Noronha, o produto do leilão dos bens seqüestrados destina-se ao ressarcimento do dano sofrido pela vítima e pelo terceiro de boa-fé (eventualmente prejudicado durante o processo), ao pagamento das despesas processuais e ao cumprimento da pena de multa (**Ob. cit.**, p. 75).

⁴⁷² Os arts. 82 a 84 do Código Civil apresentam a definição jurídica de bem móvel, para o sistema brasileiro:

“Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”.

⁴⁷³ Os arts. 79 e 80 do Código Civil apresentam a definição jurídica de bem imóvel, para o sistema brasileiro:

“Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”.

anteriormente. Segundo Guilherme de Souza Nucci, porém, quando o produto direto da infração consistir em bem imóvel, não será possível sujeitá-lo à apreensão, devendo-se, por analogia, aplicar-se o seqüestro⁴⁷⁴.

Além disso, o texto do art. 125 do Código de Processo Penal induz a algumas considerações de ordem conceitual, ao estabelecer que serão seqüestrados os bens imóveis adquiridos com os proventos da infração.

De acordo com o que é informado pela doutrina, estes proventos correspondem ao produto indireto do delito⁴⁷⁵ – ou seja, ao lucro, vantagem ou bem adquirido a partir do produto que foi obtido imediatamente com a prática da conduta delituosa⁴⁷⁶.

A partir disso, compreende-se que as coisas (móveis ou imóveis) sujeitas a seqüestro seriam aquelas adquiridas com bens obtidos pelo agente a partir do produto direto do crime.

Nesta análise literal, móveis e imóveis adquiridos com o produto direto da infração não poderiam ser seqüestrados e nem apreendidos – o que representaria um verdadeiro contra-senso.

De todo modostas considerações levam à afirmação de que, embora encontre correspondência de denominação com o seqüestro de bens, previsto no processo civil, a medida em comento não possui exatamente a mesma natureza jurídica⁴⁷⁷. Como anota Hélio Tornaghi, originado no Direito Romano⁴⁷⁸, o seqüestro propriamente dito constitui no “depósito da coisa litigiosa em mãos de alguém estranho ao litígio”⁴⁷⁹, de modo a ter por objeto sempre coisa determinada.

Assim, a dúvida sobre a propriedade do bem especificado na demanda principal, soma-se ao “perigo de subtração, de desvio, de deterioração”⁴⁸⁰ e constitui a justificativa para a medida.

⁴⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 336.

⁴⁷⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, **Do seqüestro no processo penal brasileiro**, p. 09. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Ob. cit.**, p. 337.

⁴⁷⁶ Esta dificuldade foi identificada por Sérgio M. de Moraes Pitombo (**Do seqüestro no processo penal brasileiro**, p. 417).

⁴⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Ob. cit.**, p. 336.

⁴⁷⁸ “(...) onde as partes em litígio podiam depositar a coisa litigiosa (*res litigiosa*, *res de qua est controversia*) em mãos de um terceiro (*sequester*) e ao Juiz era dado ordenar o depósito. No primeiro caso, seqüestro convencional ou voluntário; no outro, seqüestro judicial ou necessário” (**Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 16).

⁴⁷⁹ **Ob. cit.**, v. 3, p. 16.

⁴⁸⁰ **Ob. cit.**, v. 3, p. 17.

Por esta razão, o seqüestro civil não se confunde com o arresto – outra medida de natureza cautelar, voltada a assegurar o pagamento de obrigação patrimonial através da indisponibilidade de qualquer bem do requerido.⁴⁸¹

Ocorre que, ao contrário do que ocorre no Processo Civil, o seqüestro previsto na legislação processual penal não recai sobre bens pré-determinados – muito embora se destine exclusivamente àqueles que tenham sido adquiridos com os proventos da infração.

De fato, a existência do crime investigado e as conseqüências patrimoniais deste são apurados no curso da ação penal condenatória, quando se investiga e pode constatar quais os objetos específicos foram possivelmente adquiridos pelo acusado, com os proventos da alegada infração penal.

Assim, como o seqüestro constitui medida processual preparatória ou incidental à ação penal, observa-se que ele se realiza ainda mediante a dúvida sobre quais bens pode recair.

De outro lado, os bens assim identificados (como produtos de aquisição feita a partir do proveito do crime investigado) não sofrem da dúvida acerca de sua propriedade, pois “são ou foram do indiciado, mas adquiridos e pagos com algo obtido criminosamente”, como anota Hélio Tornaghi:

“De sorte que a propriedade das coisas (ou dinheiro) dadas em pagamento é que pode ser contestada. É como se a lei entendesse o conceito de *res litigiosa* ao que é adquirido com o proveito do crime. Da mesma forma que o arresto, portanto, a providência recai sobre bens cuja propriedade é incontroversa. E mais, tal como esta última cautela, também se destina a assegurar as obrigações que nascem do crime e se tornam certas com a sentença condenatória, como se infere de várias disposições legais (art. 131, II; art. 133, parágrafo único; art. 140 etc.)”.⁴⁸²

Surge daí a afirmação do mesmo autor, no sentido de que o “seqüestro do art. 125 do Código de Processo Penal é um misto de seqüestro e arresto”.⁴⁸³

⁴⁸¹ Aliás, em virtude desta distinção, foram constantes as referências da doutrina e da jurisprudência acerca da imprecisão terminológica do Código de Processo Penal, que até 2006 (com o advento da lei n.º 11.435) definia como seqüestro as hipóteses previstas em seus arts. 136 e 137, muito embora constituíssem (e constituam) caracteristicamente medidas de arresto.

⁴⁸² **Instituições de Processo Penal**, p. 17.

⁴⁸³ **Ob. cit.**, p. 17. Romeu Pires Campos de Barros ratifica este entendimento: “Conquanto desde essa antiga concepção, através da longa evolução do instituto, se tenha entendido o *arresto* como apreensão de coisas pertencentes ao devedor, com a finalidade de pagamento de dívidas por dinheiro, e o seqüestro como apreensão de coisa cujo domínio ou posse houvesse controvérsia, por força da imprecisão desses conceitos em nosso direito colonial essas modalidades de cautela real,

Este caráter quase híbrido, porém, não lhe retira a natureza cautelar, pois, conforme analisa João Gualberto Garcez Ramos, trata-se de medida urgente; dotada de sumariedade formal e material; fundada, por isso, em juízo de verossimilhança; com duração limitada ao tempo de duração do processo penal condenatório ao qual é referível (por tutelar alguns efeitos da condenação); e sem possibilidade de gerar coisa julgada material⁴⁸⁴.

Além disso, o seqüestro pode ser revogado ou substituído a qualquer tempo, extraindo-se daí o seu caráter precário ou fungível.

9.2 Pressupostos e demais requisitos

Segundo o texto do art. 126 do Código de Processo Penal, “para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”.

Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, considera-se “indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por

para efeito patrimonial, tem apresentado certas dificuldades, na sua exata distinção. (...) Assim é que a própria disposição do art. 125 consagra um misto de seqüestro e arresto. É verdade que a medida, ali presente, recai sobre determinados bens, ou seja, os adquiridos com os proventos da infração, e não sobre qualquer bem do indiciado. No entanto, essa propriedade dos bens não é controvertida. O que dá especificidade a esses bens é terem sido adquiridos e pagos com haveres obtidos por meios criminosos. Tendo de comum com o arresto a circunstância de que a coisa seqüestrada pertence ao réu, ou indiciado. E também se destina a assegurar obrigações que nascem do crime e se tornam certas com a sentença condenatória (art. 131, II, § do art. 133, art. 140, etc.) conforme bem assinala *Tornaghi*” (**Processo Penal Cautelar**, p. 415-417).

Do mesmo modo Fernando da Costa Tourinho Filho: “(...) quaisquer bens do indiciado ou réu podem ser arrestados. Já no seqüestro não. Somente bens determinados. (...) Embora não se trate, a rigor, de coisa sobre cuja propriedade haja controvérsia, e só assim seria seqüestro, por outro lado, não podem ser seqüestrados quaisquer bens do indiciado; apenas aqueles imóveis adquiridos por ele com os proventos da infração” (**Processo Penal**, v. 3, p. 28).

⁴⁸⁴ “É uma medida obviamente *urgente*. Talvez não tivesse utilidade se a lei impusesse procedimento complexo para sua decretação. (...) É marcado, pois, também por uma *sumariedade formal*. Mas o seqüestro é também providência *materialmente sumária*, na medida em que o Juiz o decretará se, conforme o artigo 126 do Código de Processo Penal, houver “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. Não é necessária a prova plena dessa origem. Daí a realidade de que o Juiz decide o seqüestro com base na *verossimilhança*, ou *aparência*, do quadro que se apresente diante dele. O seqüestro é uma medida *temporária*, isto é, só se mantém enquanto durar o processo penal condenatório. (...) As hipóteses arroladas no artigo 131 do Código de Processo Penal fazem revelar, outrossim, que o seqüestro é medida *incapaz de gerar coisa julgada material*. (...) o seqüestro dos proventos da infração procura, de um lado, garantir o direito ao ressarcimento do dano causado ao ofendido pelo crime cometido e, de outro, evitar que o criminoso, a qualquer título, consolide os lucros obtidos com a infração penal. (...) Assim, conclui-se que o seqüestro dos proventos da infração, por procurar garantir o confisco referido pelo artigo 91, inciso II, letra b, do Código Penal, efeito direto da condenação, é também *referível* à pretensão condenatória subjacente ao processo penal. Conclui-se, pois, que o seqüestro dos proventos móveis ou imóveis da infração penal é *medida cautelar patrimonial*” (**A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 295-296).

indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Comentando este dispositivo, Roque de Brito Alves assevera criticamente que:

“(…) como seu próprio nome está a esclarecer (...), as circunstâncias (*de circumstare*) apontam algo que pode qualificar o fato que está ao seu redor – em derredor – porém que, de maneira alguma, não é o próprio fato e sim, em geral, um seu acessório, um acidente. Portanto, todo e qualquer indício está intimamente relacionado com um fato, com uma sua parte ou fragmento de seu conjunto e não em função ou em relação com uma circunstância por mais expressiva que seja”.⁴⁸⁵

Em obra específica, o autor referido faz a devida distinção entre indícios e presunções, anotando que os primeiros são “elementos sensíveis, reais e objetivos, que apontam um objeto (*index*), enquanto que as presunções são dados lógicos, são conjecturas ou juízos formados acerca da existência do fato probando”.⁴⁸⁶

Partindo desta contribuição doutrinária, observa-se que a decretação do seqüestro depende da existência de informações materiais sobre a procedência do objeto, não sendo possível que esta realidade se deduza, meramente, por presunção. Além disso, o texto do art. 126 antes mencionado estabelece, como exigência para a concessão do seqüestro, que os indícios da proveniência ilícita do crime sejam adjetivados como veementes – o que conduz a afirmação de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que “não são quaisquer indícios que servem para sustentar o seqüestro, privação incidente sobre o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, mas somente aqueles que forem vigorosos”.⁴⁸⁷ Neste aspecto, Tornaghi define indícios veementes como aqueles “que levam a grave suspeita, os que eloqüentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha a certeza”.⁴⁸⁸

De fato, em se tratando de medida que invade a esfera individual antes do provimento definitivo da ação penal, o seqüestro depende de um conjunto de informações que permitam ao Juízo concluir, ainda que por verossimilhança, que há forte probabilidade de procedência da ação principal e, ainda, da arguição de

⁴⁸⁵ **Dos indícios no processo penal**, p. 96.

⁴⁸⁶ **Ob. cit.**, p. 23 A mesma distinção entre indício e presunção é feita por Hélio Tornaghi, para o qual o primeiro é um fato, enquanto a segunda é uma conclusão lógica (**Instituições de Processo Penal**, p. 21).

⁴⁸⁷ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 337-338. Este destaque é feito, também, por outros autores, dentre os quais cabe citar Fernando Capez (**Curso de Processo Penal**, p. 358) e Paulo Lúcio Nogueira (**Curso Completo de Processo Penal**, p. 144-145).

⁴⁸⁸ **Ob. cit.**, p. 21.

proveniência ilícita dos bens. Na linguagem própria das medidas cautelares penais, estas referências se traduzem na expressão *fumus comissi delicti*.

Satisfazendo-se com este requisito, porém, diversos autores apontam-no como única condição para a decretação do seqüestro. Neste sentido, pode-se citar Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁸⁹, Guilherme de Souza Nucci⁴⁹⁰, E. Magalhães Noronha⁴⁹¹ e Eduardo Espínola Filho⁴⁹².

Eugenio Pacelli de Oliveira, no entanto, considera que embora o art. 126 do Código de Processo Penal não faça referência expressa ao *periculum in mora*, a sua demonstração é imprescindível para o deferimento válido do seqüestro de bens, pois, “além de consequência lógica de toda e qualquer medida que se apresente como *acautelatória*, pode ser extraída da leitura do art. 131, I, que cuida da hipótese (...) de levantamento do seqüestro”.⁴⁹³

Este dispositivo estabelece que o seqüestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência.

Além de se aproximar da regra geral do Processo civil, que vincula a continuidade da medida cautelar preparatória ao ajuizamento da ação principal⁴⁹⁴, este dispositivo é coerente com a natureza urgente e restritiva da ordem judicial⁴⁹⁵ e não impede a renovação do pedido, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁶.

⁴⁸⁹ “Havendo indícios veementes da proveniência ilícita do ou dos imóveis do pretendo culpado, é o *quantum satis* para autorizar a medida coercitiva de natureza real consistente no seqüestro” (**Manual de Processo Penal**, p. 411).

⁴⁹⁰ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 338 e 340.

⁴⁹¹ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 74.

⁴⁹² **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 376-377.

⁴⁹³ **Ob. cit.**, p. 269.

⁴⁹⁴ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

⁴⁹⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, p. 269.

A Lei n.º 9.613/1998, que define os crimes afetos à lavagem de dinheiro e o procedimento que lhe é próprio prevê o prazo diferenciado de 120 (cento e vinte) dias, como limite de duração do seqüestro de bens sem que tenha sido instaurada a ação penal correspondente à investigação.

A jurisprudência ratifica a aplicabilidade deste dispositivo, como se vê pela seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos autos de Recurso Especial n.º 130.366/DF, do qual foi relator o Ministro Vicente Leal: “(...) O seqüestro de bens imóveis, ordenado em face de existência de indícios de sua proveniência ilícita, é medida assecuratória incidente da ação penal, que somente perde a eficácia se não for oferecida a denúncia no prazo de sessenta dias, ‘ex vi’ do art. 131, I, do Código de Processo Penal. (...)” (6.ª Turma – julgamento em 26/05/1998 – publicação no Diário da Justiça da União de 22/06/1998).

⁴⁹⁶ “PROCESSUAL PENAL. SEQÜESTRO DE BENS. RENOVAÇÃO. 1. Seqüestro de bens imóveis ante a existência de indícios de procedência ilícita (arts. 126 e 127 do CPP). Matéria que, envolvendo questão de fato controvertida, não comporta exame na via sumaríssima do mandamus. 2.

Além disso, a necessidade de *periculum in mora* é relacionada à própria autorização para a indisponibilidade dos bens mediante, somente, indícios (ainda que veementes) de sua proveniência ilícita. Neste sentido, é o raciocínio estabelecido por Hélio Tornaghi:

“O seqüestro é medida provisória e urgente destinada a pôr em segurança o bem litigioso. A entrega dele ao verdadeiro dono, a venda em leilão, o recolhimento ao museu, a destruição etc., são providências definitivas que se tomam em relação aos bens seqüestrados, arrestados, apreendidos etc. Para elas é necessária a certeza da proveniência ilícita (no caso em exame) ou dos outros requisitos da lei (...). Mas para as medidas assecuratórias, de que fala o Código, não é necessária a plena convicção nem seria possível aguardá-la. Do contrário a providência deixaria de ser urgente e eficaz e não lograria evitar o *periculum in mora*”.⁴⁹⁷

Não é demais recordar que, reconhecidamente, o seqüestro de bens descrito no Código de Processo Penal possui natureza cautelar – o que novamente induz à necessidade de demonstração efetiva e a partir de elementos materiais acerca da existência do *periculum in mora* que, aliás, transparece a idéia de necessidade da medida. Assim, embora alguns autores silenciem sobre o assunto ou dispensem este pressuposto de modo sumário (evocando a gravidade dos fatos penais ou a referência efficientista do Processo Penal), não há dúvida de que uma análise conforme as referências do Estado de Direito (que se vinculam à legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e presunção da inocência) impõem que a constrição antecipada de direitos decorra de situações excepcionais, em que se possa demonstrar com efetividade a necessidade da providência processual constitutiva.

Esta demonstração deve ser feita necessariamente em decisão fundamentada (jurídica e materialmente), a exemplo do que foi mencionado em relação à busca e apreensão⁴⁹⁸. Além disso, para que a decretação do seqüestro

Possibilidade de renovação do seqüestro preparatório vencido, com oferecimento da denúncia. Alegação de decurso de prazo prejudicada.” (STJ - 5.^a Turma – Recurso em Mandado de Segurança n.º 3272-8/SP – Relator Ministro Assis Toledo – julgamento em 29/03/1995 – publicação no Diário da Justiça da União de 15/05/1995).

⁴⁹⁷ **Instituições de Processo Penal**, p. 19-20.

⁴⁹⁸ Registra-se, porém, a existência de decisões que entendem que o *periculum in mora* necessário à decretação do seqüestro de bens é presumivelmente extraído da própria existência da ação penal: “PROCESSO PENAL. SEQÜESTRO E ARRESTO PRÉVIO À HIPOTECA LEGAL. LEI Nº 9.613/98, ART. 4º. CPP, ARTS. 134 E 136. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. REQUISITOS. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULUM IN MORA. PRESUNÇÃO. VALOR DA RESPONSABILIDADE. 1. A ausência de

seja válida, é imprescindível que seja submetida ao contraditório, em virtude da exigência constitucional estabelecida no art. 5.º, LV, da lei fundamental. Neste aspecto, cabe mencionar que parece não ter razão João Gualberto Garcez Ramos, quando afirma que o “seqüestro é determinado sem a oitiva do imputado ou do terceiro-adquirinte ou de qualquer pessoa”.⁴⁹⁹

Embora, como se verá, o Código de Processo Penal não descreva rito algum para o processamento da cautelar de seqüestro (como se verá com mais vagar no item 9.5), não se pode ignorar que se trata de uma ação que, embora cautelar, depende do exercício do contraditório para que seja válida. É evidente que, em vista da possibilidade de ser frustrada a execução da medida em virtude da intimação do requerido, o seqüestro pode ser determinado, inicialmente, em liminar *inaudita altera pars*. Entretanto, o provimento definitivo da ação cautelar deverá ser precedido de intimação do requerido. Nem mesmo as previsões afetas aos embargos ao seqüestro suprem esta necessidade, na medida em que, em “se tratando de medida cautelar, não há falar em embargos, mas, sim, em contestação, a não ser que o seqüestro se faça sobre bens de terceiros absolutamente estranhos ao delito”.⁵⁰⁰

Cabe anotar que todas as exigências antes apresentadas incidem sobre o seqüestro de bens previsto pelo Decreto-Lei n.º 3.240/1941 (ainda em vigor⁵⁰¹) e pela Lei n.º 8.429/1992.

legitimidade do Ministério Público para cobrança da multa penal não implica não a detenha para pleitear medida cautelar de seqüestro/arresto. 2. As medidas cautelares de natureza criminal não vulneram os constitucionais princípios da presunção de inocência e da propriedade. Periculum in mora que se presume. 3. Imputada ao agente a prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 4º), ao deferimento do seqüestro são suficientes mínimos - e não veementes - indícios da origem ilícita do patrimônio a ser indisponibilizado. 4. A cautelar do artigo 134 do CPP reclama, para o seu deferimento, certeza quanto à materialidade e, no que tange à autoria, presença de indícios geradores de suspeita contra o acusado. Irrelevante a proveniência lícita dos bens constritos. 5. O arbitramento do valor da responsabilidade do acusado, para a garantia dos efeitos patrimoniais da sentença penal condenatória, constitui medida de caráter provisório somente repercutindo em seu patrimônio após o trânsito em julgado da condenação (TRF – 4.ª Região – 8.ª Turma - Apelação Criminal 2006.70.00.010009-6 – Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz – julgamento em 24/10/2007 – publicação no Diário da Justiça da União de 31/10/2007).

⁴⁹⁹ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 295.

⁵⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, v. 3, p. 31.

⁵⁰¹ Neste sentido, anote-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEQÜESTRO DE BENS EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA E PERDA DO PRODUTO DO CRIME. CATEGORIAS LEGIAS DIVERSAS. CONVIVÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 3.240/41 COM O CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 1. DO ART. 2. DA LICC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO” (6.ª Turma – Recurso em Mandado de Segurança n.º 4161/PB – Relator Ministro Pedro Aciole – julgamento em 20/09/1994 – publicação no Diário da Justiça da União de 05/08/1996). Em igual sentido: STJ – 6.ª Turma – Recurso Especial n.º 132.539/SC – Relator Ministro William Patterson – julgamento em 01/12/1997 – publicação no Diário da Justiça da União de 09/02/1998; STJ – 5.ª Turma – Recurso Especial n.º 149.516/SC – Relator

9.3 Legitimidade

Quanto aos sujeitos que detêm legitimidade para requerer o seqüestro de bens móveis ou imóveis, não parece haver matéria para divergência. Segundo o já referido art. 127 do Código de Processo, poderão fazê-lo o Ministério Público ou o ofendido, valendo ressaltar que não há necessidade que este tenha requerido ou sido admitido como assistente do *parquet*.

Esta questão é afirmada por Eduardo Espínola Filho⁵⁰² e, realmente, não seria cabível exigir a habilitação do ofendido, diante da própria possibilidade de o seqüestro ser decretado durante as investigações policiais – e portanto, antes de ser autorizada a habilitação de assistentes no curso do processo penal.⁵⁰³

O seqüestro ainda pode ser decretado mediante representação da autoridade policial, ou seja, do delegado de polícia sob o qual estiver a presidência do inquérito policial. Vale ressaltar que, uma vez que não seja parte interessada na reparação do dano, mas, tão-somente, a autoridade responsável pelo sucesso das investigações preliminares, ao delegado de polícia não é dado requerer o seqüestro ou outra providência assecuratória, mas tão-somente alertar ao juízo sobre a conveniência de tal medida⁵⁰⁴.

Esta possibilidade decorre do fato de que o - juízo responsável pelo monitoramento do inquérito policial ou aquele que seja competente para analisar o recebimento da denúncia – tem autorização legal (CPP, art. 127) para, de ofício, decretar o seqüestro de bens. A validade desta previsão submete-se à discussão já apresentada, que parte da acusatoriedade do Processo Penal. Além disso, deve-se ter em mente a dificuldade de reconhecer a possibilidade de decretação de ofício do seqüestro no curso do inquérito policial, na medida em que a função do Magistrado,

Ministro Gilson Dipp – julgamento em 21/05/2002 – publicação no Diário da Justiça da União de 17/06/2002.

⁵⁰² **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 378.

⁵⁰³ Como é curial, pelo texto dos arts. 268 e 269 do Código de Processo Penal, a ofendido, seus herdeiros ou seu representante legal podem habilitar-se como assistentes do Ministério Público após o oferecimento da denúncia e enquanto não passar em julgado a sentença da ação penal, podendo atuar em todos os termos do processo, participando da produção das provas e da formação do convencimento do juízo, através da apresentação de manifestações de mérito (como alegações finais, contra-razões de recursos etc.).

⁵⁰⁴ TOURINHO FILHO, Francisco da Costa, **Manual de Processo Penal**, p. 411.

nesta fase, limita-se ao monitoramento da tramitação da investigação que, na verdade se destina ao Ministério Público enquanto titular da ação penal pública⁵⁰⁵.

De qualquer modo, o que se verifica pela leitura do art. 167 do Código de Processo Penal é uma grande amplitude no que se refere à iniciativa para a decretação do seqüestro, o que, para Guilherme de Souza Nucci, decorre do fato de a sua função não estar restrita “ao interesse indenizatório da vítima, até porque o Estado pode pretender garantir o confisco do proveito auferido pelo delito”.⁵⁰⁶

No que se refere à legitimidade passiva, tem-se que o seqüestro de bens imóveis não só pode atingir àquele que é investigado no inquérito policial ou na ação penal, como também a terceiro ao qual o bem tenha sido transferido, nos termos da parte final do art. 125 do Código de Processo Penal. Como anota Guilherme de Souza Nucci, este terceiro “pode ser tanto o de má-fé, quanto o de boa-fé, embora neste último caso, exista a possibilidade de reaver o bem, através da interposição de embargos (...)”.⁵⁰⁷

Isto quer dizer que, ainda que tenha sido transferido a terceiro, o imóvel sobre o qual recai a suspeita de ter sido adquirido pelo investigado com os proventos da infração permanece como objeto sujeito ao seqüestro, se o atual titular o tenha recebido com a intenção de ocultar a procedência ilícita do bem. Se, sem esta intenção, conhecia a origem criminosa ou se adquiriu o imóvel onerosamente sem conhecer a sua procedência (ainda que nesta última hipótese haja a posterior liberação do bem).

Considerando, entretanto, que a “transferência da propriedade imóvel a terceiro pode fazer-se por alienação, renúncia abandono ou desapropriação”, Hélio Tornaghi anota que, quando o imóvel (sobre o qual recaem fundados indícios de haverem sido adquiridos pelo investigado com os proventos da infração) foi transferido por intermédio de desapropriação, “não é possível o seqüestro”, de modo que este terceiro não seria parte legítima para figurar na ação cautelar. Isto porque o “imóvel teria sido desapropriado qualquer que fosse o proprietário, e o seqüestro e, posteriormente, a venda em leilão público, frustraria o ato expropriatório”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Sem aprofundar o tema, Hélio Tornaghi manifesta entendimento contrário, ao afirmar que “o Juiz pode ordenar o seqüestro em qualquer fase do procedimento e até mesmo antes de proposta a ação penal” (**Instituições de Processo Penal**, p. 22).

⁵⁰⁶ **Código de Processo Penal Comentado**, p. 312.

⁵⁰⁷ **Ob. cit.**, p. 311.

⁵⁰⁸ **Ob. cit.**, v. 3, p. 18-19.

Assim, podem ser sujeitos passivos do seqüestro o investigado, o terceiro de má-fé e o terceiro de boa-fé que adquiriu a título oneroso o imóvel – somente a este último sendo possível a efetiva liberação do imóvel quando a suspeita de proveniência ilícita do bem for procedente.

Com relação a esta última anotação, Hélio Tornaghi (acompanhado por Romeu Pires de Campos Barros⁵⁰⁹) considera excessivamente restrita a delimitação feita pelo Código de Processo Penal. Em suas palavras:

“(...) o Código dispôs com demasiado rigor ao só dar embargos ao terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso. O dolo e a fraude contra os credores não torna nulo, mas apenas anulável, o ato de aquisição da propriedade (...). E só a sentença de anulação extinguirá o direito de propriedade do terceiro adquirente de má fé ou a título gratuito. Além disso, somente interessados na anulação poderiam invocar os vícios referidos, não consideráveis de ofício pelo Juiz (...). Só permitindo os embargos ao terceiro adquirente a título oneroso e de boa fé, o Código de Processo Penal tratou como nulo um ato que a lei civil considera apenas anulável”.⁵¹⁰

Esta incongruência – que por mais uma vez revela a problemática disposição das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal – é assim solucionada pelo próprio Tornaghi:

“Para salvar a incoerência é forçoso admitir que as normas do Código de Processo Penal são *leges speciales* que derogam as *generales* do Código Civil. Em outras palavras: em geral, as regras aplicáveis são as do Código Civil; tratando-se, porém, de imóveis adquiridos pelo acusado (ou indiciado), como os proventos da infração e depois transferidos a terceiros a título gratuito, ou sem boa fé por parte do terceiro, os bens podem, após o seqüestro, ser vendidos em leilão etc, ainda que o lesado não peça a anulação da transferência ao terceiro, e sem necessidade de prévia sentença anulatória”.⁵¹¹

Apesar desta tentativa, cabe a anotação de que a lei processual penal não contém, de fato, previsão explícita quanto ao tema, transparecendo que a natureza meramente anulável do ato de fraude contra credores não foi contemplada no momento da edição do Código de Processo Penal.

⁵⁰⁹ **Processo Penal Cautelar**, p. 419-420.

⁵¹⁰ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 25.

⁵¹¹ **Ob. cit.**, v. 3, p. 25-26.

9.4 Oportunidade

Considerando a redação dos arts. 125 e 127 do Código de Processo Penal⁵¹², não há dúvida, na doutrina, quanto à possibilidade de o seqüestro ser requerido e/ou deferido ainda antes do oferecimento da denúncia⁵¹³. No entanto, é preciso ter em mente que, em se tratando de medida constritiva decorrente do direito processual penal, não seria pertinente que fosse decretada em outros procedimentos que, futuramente pudessem servir de subsídio material para a instauração de ação penal.

Com efeito, pela regra do art. 127 do Código de Processo Penal⁵¹⁴, é também pacífico o entendimento de que o inquérito policial não é peça imprescindível para subsidiar a denúncia ou a queixa, que, assim, podem encontrar respaldo em documentos particulares ou oriundos de outros procedimentos estatais. Na esfera do Direito Penal Econômico, por exemplo, é comum que processos administrativos fiscais sejam utilizados para instruir denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal ou Estadual. Pode-se citar, também, os inquéritos civis públicos, os relatórios produzidos por Comissões Parlamentares de Inquérito, as conclusões obtidas por Tribunais de Contas, os autos de ações falimentares e tantos outros.

No entanto, é preciso compreender que cada uma destas formas de apuração estatal tem finalidades próprias e específicas, podendo ser utilizados na esfera penal, somente de forma subsidiária. Em outras palavras: se é evidente que informações sobre a prática de infrações penais são obtidas incidentalmente em processos administrativos fiscais, em investigações disciplinares etc., esta obtenção não poderia ser, jamais, o objetivo principal de tais procedimentos – uma vez que para investigações diretamente voltadas ao Direito Penal o ordenamento jurídico estabeleceu o inquérito policial⁵¹⁵.

⁵¹² “Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

“Art. 127. 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”.

⁵¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, p. 410.

⁵¹⁴ “Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”.

⁵¹⁵ Sobre esta discussão, aliás, é válido anotar que há grande debate acerca da possibilidade de o Ministério Público instaurar e presidir diretamente investigações criminais, a partir da prerrogativa constitucional assinalada nos incisos III, VI, VII e VIII, do art. 129, da Constituição. O tema está sob

Reconhecido isso, pode-se, então, afirmar que os instrumentos constritivos previstos pelo Código de Processo Penal somente podem ser aplicados aos procedimentos que lhes são afetos, não havendo a possibilidade de decretar-se o seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração em outras formas de investigação prévia à ação penal que não correspondam ao inquérito policial (embora possam elas ser utilizadas, eventualmente, como subsídio para a instauração de ações penais).

A recente Lei n.º 11.343/2006 afastou esta discussão quanto ao seqüestro de bens relativos aos crimes de tóxicos, pois, em seu art. 6.º, estabelece que tal medida poderá ser decretada “no curso do inquérito ou da ação penal”, não deixando margem para outras discussões. A mesma referência é encontrada no art. 4.º, da Lei n.º 9.613/1998⁵¹⁶, acerca do seqüestro dos bens adquiridos com os proventos de crime de lavagem de dinheiro.

Ao encontro disso, Guilherme de Souza Nucci afirma que não é cabível o decreto de seqüestro em investigações levadas a efeito por Comissões Parlamentares de Inquérito⁵¹⁷.

análise do Supremo Tribunal Federal, em que tramita o *Habeas Corpus* n.º 84.548, assim noticiado pelo *site* oficial da Suprema Corte: “Segunda-feira, 11 de Junho de 2007. Supremo suspende julgamento sobre poder de investigação do MP. Pedido de vista do ministro Cezar Peluso suspendeu hoje (11) a discussão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais. A questão está sendo debatida por meio do julgamento de um pedido de Habeas Corpus (HC 84548) do empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, que é acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP) Celso Daniel, ocorrido em janeiro de 2002. Até o momento, já proferiram seus votos o relator do habeas, ministro Marco Aurélio, e o decano da Corte, ministro Sepúlveda Pertence. O primeiro se posicionou contra o poder de investigação do MP, alegando que essa atribuição é exclusiva da Polícia. Pertence rejeita a tese de inconstitucionalidade das investigações realizadas pelo MP” (<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70231&caixaBusca=N>).

⁵¹⁶ “Art. 4º O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal(...).”

⁵¹⁷ “Os parlamentares, em exercício em Comissão Parlamentar de Inquérito, possuem poderes investigatórios típicos do Juiz, embora não se possa considerar como parte da investigação a decretação da indisponibilidade dos bens (art. 126, CPP). Indícios são meios indiretos de prova, através dos quais se chega, por indução, ao conhecimento de um fato” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 337).

9.5 Rito

Processado em autos próprios⁵¹⁸ – embora vinculados ao inquérito ou à ação penal -, o seqüestro não possui rito procedimental bem especificado pelo Código de Processo Penal. Neste sentido, os arts. 125 a 133 daquele *Codex* apresentam regras somente quanto ao momento em que tal providência poderá ser decretada (CPP, art. 126); quanto à comunicação ao Registro de Imóveis, após a decisão incidente sobre bens imóveis (CPP, art. 128); quanto à autuação da medida em autos apartados dos da ação penal condenatória (CPP, art. 129); quanto às hipóteses de embargos (CPP, art. 130); e quanto à ultimação da cautela, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CPP, art. 133). Não há, pois, previsões acerca de condições da ação cautelar, de eventual instrução probatória, bem como da participação do requerido diretamente no processo cautelar (a despeito das confusas referências às hipóteses de embargos).

Esta omissão legislativa foi apontada há muito por E. Magalhães Noronha, que, em virtude dela, considera que se deve utilizar o procedimento previsto para a penhora, no processo civil⁵¹⁹. No mesmo sentido, é o entendimento de Eduardo Espínola Filho, que chega a descrever o rito procedimental que entende adequado para o processamento do seqüestro⁵²⁰. No entanto, nesta sua descrição, igualmente não estão contempladas oportunidades procedimentais para a manifestação do réu da ação de seqüestro, ou para a produção probatória - o que representa enorme dificuldade diante das regras constitucionais afetas ao devido processo legal,

⁵¹⁸ “Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro”.

⁵¹⁹ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 74.

⁵²⁰ “Ante o silêncio do Código de processo penal, sôbre o modo por que se executará o sequestro, mas, esclarecido, como foi, equivaler essa medida à penhora, e isso mesmo mais se acentúa, conhecida a regra do art. 137 (...), somos levados a admitir que o sequestro se faz mediante ordem do Juiz criminal competente, emanada por meio de mandado, contendo a descrição os característicos das coisas a seqüestrar. O mandado, escrito pelo escrivão, ou pelo escrevente, que o poderá dactilografar, sendo, em tais casos, subscrito pelo escrivão, era, sempre a assinatura do Juiz. O mandado será executado, no prazo de 5 dias (Cód. de proc. civil, art. 928), por dois oficiais de justiça, porque é o número exigido para as penhoras, considerando-se feita a diligência mediante apreensão dos bens, do que se lavrará um auto abrangendo todas as diligências efetuadas no mesmo dia, e referentes ao mesmo sequestro (art. 935 do Cód. de proc. civil). Há, portanto, uma real e efetiva apreensão dos bens, que ficam entregues à justiça, ou a quem esta os mandar entregar. (...) Há, sempre, necessidade de duas testemunhas (Cód. processo civil, art. 126, parágrafo único), cuja assinatura, no auto da diligência, a autentica. O auto conterà a indicação do dia, ano e lugar em que foi feito o seqüestro, dos nomes das partes, e fará a descrição dos bens seqüestrados, com os seus característicos (Cód. proc. civ., art. 944)” (**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 378-379).

conforme o que é destacado por Fauzi Hassan Choukr, a partir de referência jurisprudencial, extraída do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região:

“(...) a obediência estrita à CR é inquestionável, já tendo sido considerado que ‘após a vigência da CF/88 o seqüestro autorizado pelos arts. 125 e 126 do Código de Processo Penal, está submetido ao devido processo legal. Há, assim, necessidade de se instaurar procedimento sumaríssimo onde se permita a defesa do proprietário do bem. A decisão há de ser fundamentada e vinculada aos fatos demonstrados no referido procedimento’ (TRF – 5.^a Região – DJU 28/07/1995 – p. 86827 Rel. Juiz José Delgado)”.⁵²¹

Embora se trate de tema a merecer efetivamente melhor regulamentação, o procedimento da ação de seqüestro pode encontrar na preocupação com os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, da Publicidade e da Fundamentação das decisões judiciais um norte para sua validade perante o Devido Processo Legal.

Como é curial, os ideais iluministas, desenvolvidos e aprofundados em diplomas internacionais, conjugam-se no próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que, como já exposto na primeira parte do trabalho, encontra uma face importantíssima de sua implementação material nas garantias processuais. Além disso, o direito à propriedade (que pressupõe a liberdade para o uso, o gozo e a disposição dos bens) é também destacado pela Constituição de 1988 e pelas declarações internacionais de direitos, somente podendo ser suprimido mediante o respeito às garantias do Devido Processo Legal.

Diante disso, é inimaginável que o seqüestro de bens (móveis ou imóveis) seja decretado sem que se tenha oportunizado ao requerido ter ciência dos elementos concretos apresentados com o pedido inicial (com a representação ou, ainda, com a prolação do despacho de instauração de ofício da ação); sem que a defesa tenha sido intimada – antes da sentença cautelar - a se manifestar sobre os argumentos iniciais; e sem que lhe seja facultado indicar elementos de convicção, capazes de contribuir para o esclarecimento dos fatos e a formação do convencimento do Juiz.

Surge daí a necessidade de o requerido ser intimado para participar efetivamente da ação cautelar – o que, como já dito acima, não representa a frustração da medida, já que, caso haja fundado temor de que o requerido possa

⁵²¹ Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, p. 254.

dilapidar o imóvel⁵²² ou ocultar o bem móvel, poderá ser deferida liminar *inaudita altera pars*, após a qual caberá tomar as medidas imediatas voltadas à garantia do Contraditório diferido e da Ampla Defesa.

Observe-se, além disso, que a existência de previsão de algumas hipóteses de embargos ao seqüestro não satisfaz esta exigência, porque se trata de instrumento processual facultativo e independentemente de iniciativa do Poder Judiciário. Dito de outro modo, como não há necessidade de o Magistrado intimar o requerido para opor os embargos e, ademais, estes somente serão opostos após a sentença cautelar, é imperioso reconhecer que eles não permitem que a parte influencie na formação do convencimento do Magistrado, através do exercício da ampla defesa, com todos os meios que lhes são inerentes.

Une-se a isso, ainda, o conteúdo do Princípio da Igualdade, que, na esfera processual, impõe que o Juízo assegure às partes equivalência de oportunidades. Deve-se reconhecer, também, que, pelo texto do art. 130, I e II, do Código de Processo Penal, observa-se que os embargos ao seqüestro possuem fundamentação vinculada – o que, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, “pode (...) esbarrar nas franquias constitucionais do devido processo legal”.⁵²³

Finalmente, não se pode olvidar que, a valer o disposto no parágrafo único do art. 130, do Código de Processo Penal, a decisão nos embargos opostos pelo investigado ou pelo terceiro de boa-fé somente poderá ser proferida após o trânsito em julgado da sentença, na ação penal. Isso quer dizer que, realmente, a oposição de embargos não promove o exercício de efetivo Contraditório, na medida em que a discussão acerca da validade do seqüestro somente será realizada após concluídas as fases instrutória, decisória e recursal da ação principal – fases que demandam meses e, freqüentemente, anos, durante os quais não é aceitável que o requerido permaneça sem que sequer sejam apreciados os seus argumentos contra a medida constritiva.

Neste ponto, cabe fazer o registro de que a preservação da titularidade quanto ao domínio dos bens imóveis não afasta a existência de efeitos deletérios ao requerido.

⁵²² O temor de transferência para terceiros não justifica o deferimento liminar do seqüestro, uma vez que a cautela pode ser tomada em relação a terceiros, a não ser que se trate de transferência a título oneroso, para pessoa de boa-fé.

⁵²³ **Manual de Processo Penal**, p. 270.

Em primeiro lugar, porque, nos termos do art. 21 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o exercício pleno do direito à propriedade abrange o uso e gozo dos bens⁵²⁴ - e, assim, compreende a possibilidade de livre disposição.

Em segundo lugar, porque, em se tratando de bem imóvel, o registro do seqüestro, feito perante o cartório competente, implica no reconhecimento de ônus gravado sobre o imóvel, que, por sua vez, implica inconvenientes e impedimentos diversos, não vinculados exclusivamente à venda do bem. Pode-se ilustrar esta situação com o seguinte exemplo, extraído do exercício da advocacia: a pedido do Ministério Público Federal, o Juízo decretou o seqüestro sobre diversos imóveis dos réus⁵²⁵. Um deles exercia atividade agropecuária em propriedade rural. Por esta razão, realizava anualmente contratos bancários para financiamento da safra. Ocorre que, por conta do registro do seqüestro, a instituição bancária rejeitou o pedido de financiamento, uma vez que o próprio imóvel deveria funcionar como garantia da dívida - o que não se mostrava possível diante da imposição e do registro do seqüestro sobre a fazenda. Como se vê, não se pode afirmar, de fato, que a manutenção do seqüestro não produz prejuízos ao titular do bem submetido à constrição, não sendo admissível, portanto, que o seu deferimento possa dispensar a efetiva e prévia participação das pessoas interessadas.

Afinada com estas conclusões, a Lei n.º 11.343/2006 estabelece, em seu art. 60, § 1.º que, decretada a busca e apreensão ou medidas assecuratórias (dentre as quais se insere o seqüestro de bens), “o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem ilícita do produto, bem ou valor objeto da decisão”. No parágrafo seguinte, ainda, determina que, sendo provada “a origem lícita do produto, bem ou valor, o Juiz decidirá pela sua liberação”. Embora trate exclusivamente dos casos em que se apura a prática de crimes relacionados a entorpecentes, estas duas regras representam o reconhecimento de que o aspecto procedimental das medidas assecuratórias, em geral, é verdadeiramente carente de previsões legislativas que contemplem o exercício de garantias constitucionais.

⁵²⁴ “Art. 21 – Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social, e nos casos e na forma estabelecidos em lei.”

⁵²⁵ Autos n.º 2005.70.00.007314-3, da 2.ª Vara Criminal da Subseção Federal de Curitiba.

De outro lado, não obstante representem um certo avanço neste sentido, os §§ 1.º e 2.º, do art. 60, da nova Lei de Tóxicos permanecem sujeitos a alguns alertas. Isto porque, se afastam a manutenção do seqüestro durante todo o processo sem que os argumentos da defesa (apresentados em embargos) sejam apreciados, acabam por manter a possibilidade de deferimento integral da medida, sem a participação da defesa. É o que se extrai do texto do referido § 1.º, que prevê a intimação do requerido somente após a decretação da busca e apreensão, do seqüestro, do arresto ou da especialização de hipoteca legal. Considerando-se que não há menção de que esta decretação decorra de decisão liminar, compreende-se que resulta da própria sentença da ação cautelar - observando-se que, mais uma vez, o legislador ordinário suprimiu totalmente o Contraditório prévio e, assim, ignora os requisitos de validade das normas infraconstitucionais, de que trata Luigi Ferrajoli.

A partir destas reflexões, pode-se afirmar que: a) a participação da parte requerida no processo de que pode resultar a restrição antecipada de direitos decorre de exigência constitucional; b) esta exigência pressupõe, sempre que possível, o Contraditório prévio⁵²⁶ e o exercício de todos os meios inerentes à Ampla Defesa (dentre os quais situa-se a atividade probatória); c) os embargos ao seqüestro não satisfazem esta exigência, porque constituem instrumentos processuais facultativos e independentes da iniciativa do Poder Judiciário em promover a participação do requerido, além de estarem destinados a decisão tardia; d) a possibilidade de deferimento liminar do seqüestro (nos casos de fundado temor) afasta o argumento de que a cientificação do requerido antes de ser proferida sentença na ação cautelar possa frustrar a eficiência da medida, não havendo justificativa para a supressão do contraditório prévio.

Com isso, pode-se afirmar que a validade de decreto de seqüestro de bens depende de que se tenha oportunizado ao requerido pronunciar-se sobre a origem dos bens apontados ou liminarmente seqüestrados, assim como tenha sido permitido a ele produzir as provas necessárias à demonstração do alegado, ainda que de forma sumária (dado a natureza cautelar da ação de seqüestro).

Felizmente, esta forma de compreensão tem recebido acolhida no Poder Judiciário, podendo-se citar como exemplo a prática dos Juízes federais do Paraná, em proceder à intimação do requerido na ação cautelar de seqüestro (comumente

⁵²⁶ E quando houver risco concreto, o Contraditório diferido.

autuada sob a classificação de *pedido de medidas assecuratórias* ou *procedimento criminal diverso*) antes de ser proferida a sentença.

Pois bem. Seguindo na análise do rito desta medida, tem-se que, uma vez decretado o seqüestro, o cumprimento da ordem representa outro ponto de certo modo obscuro, no que se refere ao procedimento.

Fernando da Costa Tourinho Filho aponta que o proprietário do bem deve ser cientificado por oficial de justiça (com a lavratura auto correspondente, nos termos do que estabelece o art. 665 do Código de Processo Civil⁵²⁷, aplicável analogicamente, por força do art. 3.º, do Código de Processo Penal⁵²⁸). Após isso, deve ser determinada a inscrição da medida no Registro de Imóveis competente, nos termos do art. 128 do Código de Processo Penal⁵²⁹ e art. 239 da Lei n.º 6.015/1973⁵³⁰.

Esta inscrição, em geral, destina-se:

“(...) a documentar atos jurídicos, acautelando-lhes a autenticidade e cercando-os da fé pública, da credibilidade que o Estado empresta a tudo quanto passa pelo crivo de uma verificação formal; a assegurar a validade de certos atos; a permitir o conhecimento por terceiros, fazendo inclusive, que determinados direitos valham *erga omnes*”.⁵³¹

E é exatamente neste último aspecto que o registro do seqüestro deve ser feito. Novamente nas palavras de Tourinho Filho, ao determinar que se proceda à inscrição do seqüestro, a lei “outra coisa não fez senão acautelar mais ainda interesse do ofendido e de terceiros. Estes, se viessem a adquirir o imóvel, não poderiam (...) alegar ignorância quanto a existência daquela medida construtivo-patrimonial”.⁵³²

⁵²⁷ “Art. 665. O auto de penhora conterá: I – a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita; II – os nomes do credor e do devedor; III – a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos; IV – a nomeação do depositário dos bens”.

⁵²⁸ “Art. 2.º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

⁵²⁹ “Art. 128. Realizado o seqüestro, o Juiz ordenará o sua inscrição no Registro de Imóveis”.

⁵³⁰ “Art. 239. As penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis serão registrados depois de pagas as custas do registro pela parte interessada, em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão de que constem, além dos requisitos exigidos para o registro, os nomes do Juiz, do depositário, das partes e da natureza do processo. Parágrafo único. A certidão será lavrada pelo escrivão do feito, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega, em cartório, do mandado devidamente cumprido”.

⁵³¹ TORNAGHI, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, p. 22-23.

⁵³² **Processo Penal**, v. 3, p. 31.

Com relação à medida processual cabível para manifestar a irrisignação do réu, em face da decretação do seqüestro, registra-se uma certa divergência, apesar da qual é quase tranqüilo o entendimento de que a decisão que defere a medida é atacável por via de apelação, com base no art. 593, II, do Código de Processo Penal⁵³³, já que se trata de decisão com força de definitiva, conforme o que é admitido pela jurisprudência, inclusive quanto a deferimentos liminares⁵³⁴. Dentre os que reconhecem esta posição, pode-se citar Fernando da Costa Tourinho Filho⁵³⁵; Guilherme de Souza Nucci⁵³⁶, Fernando Capez⁵³⁷, Paulo Lúcio Nogueira⁵³⁸ e Eduardo Espínola Filho⁵³⁹. Registrando a possibilidade concorrente de impetração de mandado de segurança, Fauzi Hassan Choukr assinala que:

“Malgrado a porosidade da expressão ‘indícios veementes’, a jurisprudência não tolera o questionamento do seu conteúdo pelas vias estreitas das ações autônomas de imputação por ‘em Mandado de Segurança não se faz cabível dilação probatória na dimensão pretendida.’ (STJ – publicado em 21/06/1999 – p. 171 – relator Edson Vidigal). De forma geral, considera-se que se trata de ‘matéria que, envolvendo questão de fato controvertida, não comporta exame na via sumaríssima do *mandamus* (LEXSTJ 75/282).

É igualmente rechaçada a possibilidade de cumulação da via autônoma de impugnação com o exercício do recurso adequado. Desta forma, ‘Se a parte interpôs apelação contra a medida assecuratória dos seus bens (art. 593, III, do CPP), não está autorizada a impetrar mandado de segurança com a mesma finalidade, exceto para conferir efeitos suspensivo ao recurso, nas hipóteses de danos irreparáveis, inocorrentes na espécie’ (TRF – 1ª Região DJU 07/07/2004, p. 8).

Mais clara, ainda, é a impossibilidade do emprego de *habeas corpus*, ‘se para o deslinde da alegação de ilegalidade do seqüestro realizado sobre os bens do paciente, porque não observadas as formalidades legais, é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do *habeas corpus*’ (STJ – publicado em 21/06/1999 – p. 202 – relator Vicente Leal)”⁵⁴⁰.

⁵³³ “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por Juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (...)”.

⁵³⁴ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. SEQÜESTRO E ESPECIALIZAÇÃO, MEDIDA LIMINAR. CARÁTER DEFINITIVO. POSSIBILIDADE DO USO DO RECURSO DE APELAÇÃO – ART. 593, II, CPP. A hipótese se amolda ao inciso II, art. 593 do Código de Processo Penal, levando-se em conta o caráter definitivo da medida concedida (seqüestro e especialização de bens imóveis). Recurso provido com o retorno dos autos ao eg. TRF da 1ª Região para análise do mérito da apelação interposta” (STJ – 5ª Turma – Recurso Especial n.º 258.167/MA – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – julgamento em 02/05/2002 – publicação no Diário da Justiça da União de 10/06/2002).

⁵³⁵ **Manual de Processo Penal**, p. 411.

⁵³⁶ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 338.

⁵³⁷ **Curso de Processo Penal**, p. 358.

⁵³⁸ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 144.

⁵³⁹ **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 388.

⁵⁴⁰ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 257.

Pela jurisprudência, tem-se admitido a impetração de mandado de segurança quando se tratar de ilegalidade flagrante, como consta do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, nos autos de Mandado de Segurança n.º 2005.04.01.025703-0, relatado pelo Desembargador Federal Néfi Cordeiro⁵⁴¹.

Sobre a ultimação do seqüestro, tem-se que, mantida a constrição do(s) bem(ns) e concluída a ação penal com o trânsito em julgado de sentença condenatória, o Juízo procederá na forma do art. 133 do Código de Processo Penal⁵⁴², determinando a avaliação dos bens (por perito judicial) e a posterior venda, em leilão público.

O valor apurado, assim, será destinado à vítima (se estiver identificada) e/ou à União, de acordo com o parágrafo único do referido art. 133. Há, pois, prioridade da reparação do dano em face do pagamento da multa, das custas processuais e da realização do confisco.

Conquanto não haja dúvida quanto a estas destinações, parece não haver igual tranqüilidade sobre como deverão ser feitas.

Há controvérsia principalmente quanto à competência para realizar o leilão dos bens e ordenar a destinação do valor apurado com o leilão dos bens seqüestrados. Posicionando-se a favor da competência do Juízo criminal, encontram-se Guilherme de Souza Nucci⁵⁴³, Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁴⁴, Fauzi Hassan Choukr⁵⁴⁵, que sustentam seu entendimento no fato de o Código de Processo Penal referir-se expressamente à competência do Juízo cível em outras oportunidades, não o fazendo em seu art. 133.

De modo contrário, Hélio Tornaghi⁵⁴⁶, Romeu Pires de Campos Barros⁵⁴⁷ e Eduardo Espínola Filho⁵⁴⁸ sustentam que, se cabe ao Juízo cível executar a

⁵⁴¹ 7.^a Turma – julgamento em 04/10/2005 – publicação no Diário da Justiça da União de 19/10/2005.

⁵⁴² “Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé”.

⁵⁴³ **Código de Processo Penal Comentado**, p. 315.

⁵⁴⁴ **Processo Penal**, v. 3, p. 36.

⁵⁴⁵ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 264

⁵⁴⁶ **Instituições de Processo Penal**, p. 30

⁵⁴⁷ **Processo Penal Cautelar**, p. 422.

⁵⁴⁸ **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 394.

sentença condenatória, em seu aspecto patrimonial, incumbe também a ele levar a efeito a últimação do seqüestro.

A posição assim defendida por autores de obras mais antigas parece estar ultrapassada, especialmente diante da tendência jurisprudencial contemporânea.

Com efeito, em acórdão publicado no Diário da Justiça de 29/10/1990, a 5.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 434, oriundo do Rio de Janeiro, sob a relatoria do Ministro Assis Toledo, decidiu que compete ao Juiz criminal “decretar a perda desses bens e ordenar a realização do leilão, se for o caso, decorridos noventa dias do trânsito em julgado da sentença condenatória (art.122 do CPP) salvo ocorrência de litígio sobre os bens ou necessidade de liquidação do dano no Juízo Cível”.

Do mesmo modo, decidiu a 8.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2002.04.01.004712-5, do Rio Grande Sul, relatado pelo Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça da União de 19/03/2003⁵⁴⁹.

Assim, uma vez concluída a liquidação do seqüestro, deverão os autos ser remetidos ao Juízo cível, a quem, sem dúvida, compete a ação *ex delicti*.

Para tanto, porém, é preciso que o ofendido, seus herdeiros ou representantes legais já tenham ajuizado o pedido de reparação de dano, seja através de ação de conhecimento (paralela à ação penal), seja por intermédio de execução da sentença penal condenatória.

Esta exigência decorre da necessidade de os autos de seqüestro e o valor apurado em leilão serem remetidos ao Juízo em relação ao qual já tenha sido firmada competência para decidir a questão, como observam Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁵⁰ e Eduardo Espínola Filho⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ “PROCESSO PENAL. CONFISCO DE BENS. PRODUTO DO CRIME. **LEILÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO CRIMINAL. ARREMATACÃO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS.** 1. Nos termos dos arts. 122 e 133 do Código de Processo Penal compete ao Juízo Criminal determinar a realização de hasta pública para a venda de bens seqüestrados ou confiscados nos autos de ação penal e, conseqüentemente, é do mesmo Juízo a **competência** para processar e julgar os incidentes posteriores, inclusive relativos à arrematação. 2. Havendo desistência da Arrematante, que devolveu o imóvel ao Juízo, as prestações pagas devem ser restituídas, sob pena de enriquecimento sem causa da parte contrária, com exceção dos valores correspondentes ao sinal dado, cuja perda restou prevista expressamente na ata do **leilão** judicial”.

⁵⁵⁰ **Processo Penal**, v. 3, p. 27.

⁵⁵¹ **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 394-395.

Este último autor, finalmente, anota que se após o trânsito em julgado, transcorrerem mais de 90 (noventa) dias sem que se tenha conhecimento sobre “o juiz da ação civil para ser-lhe remetido, com os autos de seqüestro, o saldo do leilão cumprirá, tal como estabelece o art. 123 (...) ser depositado à disposição do juiz dos ausentes (...)”.⁵⁵²

9.6 Embargos

Aproximando-se das referências constantes do Código de Processo Civil, os arts. 129 e 130 do Código de Processo Penal⁵⁵³ prevêm a possibilidade de oposição de embargos ao seqüestro por pessoas em condições diversas.

A primeira possibilidade (CPP, art. 130, I), corresponde à reação do próprio acusado na ação penal, que buscar demonstrar que o bem foi adquirido licitamente. A segunda (CPP, art. 130, II), consiste na medida oportunizada ao terceiro que, induzido em erro invencível, tenha adquirido, onerosamente⁵⁵⁴ o bem do investigado. A terceira hipótese (CPP, art. 129), diz respeito ao senhor e possuidor do bem seqüestrado que foi equivocadamente submetido à constrição, sem manter relação com o delito ou com seu suposto autor⁵⁵⁵.

“A diferença existente entre este terceiro de boa-fé, estranho ao processo criminal e o terceiro de boa-fé do art. 130, II, do CPP, que se vale de uma impugnação ao pedido de seqüestro, é a seguinte: o

⁵⁵² **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 395.

⁵⁵³ “Art. 130. O seqüestro poderá ainda se embargado: I – pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração; II – pelo terceiro, a quem tiverem sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé. Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória”.

⁵⁵⁴ Esta referência é apontada como requisito insuperável, de modo que, ainda que o terceiro tenha recebido o bem sem conhecer a sua procedência ilícita, haverá o confisco, diante da origem ilícita do bem e, ainda, da ausência de prejuízo à parte que detinha o seu domínio.

⁵⁵⁵ Esta medida encontra correspondência com o art. 1.046, do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação: “Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos. § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor. § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. § 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação”.

primeiro não adquiriu o bem imóvel sobre o qual recaiu o seqüestro diretamente do indiciado ou acusado, podendo ter havido uma mera confusão a respeito da ordem de constrição judicial”.⁵⁵⁶

O parágrafo único do art. 130, do Código de Processo Penal, estabelece que os embargos ao seqüestro opostos pelo acusado ou pelo terceiro de boa-fé somente serão decididos após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Sobre esta questão, há pouca discussão doutrinária, havendo acolhimento desta afirmação legal por Eugenio Pacelli de Oliveira⁵⁵⁷, E. Magalhães Noronha⁵⁵⁸, Hélio Tornaghi⁵⁵⁹, Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁶⁰, Eduardo Espínola Filho⁵⁶¹, Fernando Capez⁵⁶² e Paulo Lúcio Nogueira⁵⁶³. Sem contrariar estes autores, Fauzi Hassan Choukr analisa criticamente o dispositivo, dizendo, meramente, que, “quando o Código de Processo Penal fala em sentença ‘condenatória’ o faz por apego inconfessado ao modelo inquisitivo, pois o correto seria referir-se apenas à sentença”.⁵⁶⁴

É certo que todos estes autores referem que poderão ser imediatamente julgados os embargos com fundamento no art. 129 do Código Processo Penal, ou seja, aqueles opostos por quem alega ser possuidor e senhor do bem de forma desconectada com o ilícito penal. Este tratamento diferenciado induz à necessidade

⁵⁵⁶ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 339. Hélio Tornaghi assim diferencia os seguintes ativos e os tipos de embargos ao seqüestro: “Os embargos do art. 129 são do ‘senhor e possuidor’. O terceiro embarga o seqüestro sob o fundamento de terem sido seqüestrados bens que lhe pertencem e não ao acusado (ou indiciado). Baseiam-se no erro do juiz ao supor que os bens eram do acusado, embora adquiridos com os proventos da infração, quando na realidade, eram do embargante, já anteriormente. (...). Também com relação aos efeitos, podem distinguir-se no Código esses dois tipos de embargos: - no art. 129 os embargos são opostos à própria conservação do seqüestro; - no art. 130 eles se opõem às providências definitivas (que são aquelas do art. 133 e seu parágrafo único, e que se toma após o trânsito em julgado da sentença condenatória). (...) – ao acusado só se permite obstar às providências definitivas (art. 130, I, e parágrafo único); não tem ele meios de se insurgir contra o seqüestro, e sua conservação (art. 129). O terceiro, entretanto, pode contrapor-se também à manutenção do seqüestro (art. 129), quanto às providências definitivas de venda etc. (art. 130, II, e parágrafo único); - se o acusado alega não haver sequer indícios (art. 126) de que os bens foram adquiridos com proventos da infração, ou até o demonstra, a lei não manda suspender o seqüestro, mas ordena que sobre os embargos seja pronunciada decisão após o trânsito em julgado da sentença condenatória; - o mesmo ocorre se o terceiro, que adquiriu os bens a título oneroso, fundar seus embargos na boa fé com que agiu; - mas se o terceiro embargar o seqüestro, não sob o fundamento de sua fé na aquisição dos bens, mas com apoio no fato de ser deles senhor e possuidor, pode o seqüestro ser desde logo revogado” (**Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 24-25).

⁵⁵⁷ **Manual de Processo Penal**, p. 270.

⁵⁵⁸ **Curso de Direito Processual Penal**, p.74.

⁵⁵⁹ **Ob. cit.**, v. 3, p. 24.

⁵⁶⁰ **Processo Penal**, v. 3, p. 32.

⁵⁶¹ **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 386.

⁵⁶² **Curso de Processo Penal**, p. 359.

⁵⁶³ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 144.

⁵⁶⁴ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 260.

de se refletir sobre a razoabilidade e, portanto, sobre a validade do disposto no parágrafo único do art. 130, inicialmente a partir das considerações feitas anteriormente, quando se tratou do exercício efetivo do Contraditório e da Ampla Defesa durante a ação cautelar.

Além disso, parece não haver critério suficiente para oferecer tratamento diferenciado e menos benéfico ao chamado terceiro de boa-fé e ao próprio investigado, na medida em que estes dois, tanto quanto aquele que alega ser o senhor e possuidor do bem, poderão apresentar informações e elementos de convicção capazes de provar o equívoco da medida constritiva.

É evidente que, uma vez admitido e exercitado o Contraditório prévio à sentença cautelar, este argumento perde um pouco de sua relevância, pois já se terá assegurado ao sujeito passivo da ação a possibilidade de influir no julgamento do pedido de seqüestro. Ainda assim, sua falta de razoabilidade e a afronta ao princípio da Igualdade permanecem recomendando que este dispositivo seja analisado e aplicado com severas reservas.

Esta anotação é, finalmente, colocada em destaque quando confrontada com o texto do art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Apesar da evidente preocupação do legislador em estabelecer mecanismos eficientes para evitar que o autor possa usufruir do produto deste crime tão característico da criminalidade contemporânea, o dispositivo mencionado estabelece que o “Juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem”. A mesma referência é encontrada no § 2.º, do art. 60, da Lei n.º 11.343/2006 (nova Lei de Tóxicos). Ou seja, pela legislação recente, compreende-se que não há justificativa para que o Juiz da causa se abstenha de realizar o julgamento de embargos opostos contra uma medida cautelar restritiva de direitos, mesmo quando estes estejam devidamente instruídos. Neste caminho, é preciso compreender que a interferência estatal motivada pela urgência oportuniza medidas de reação da parte atingida, as quais possuem o mesmo conteúdo de emergência, diante da possibilidade de a decisão judicial estar baseada em informações ou reflexões incorretas.

Com relação ao rito dos embargos ao seqüestro, observa-se, novamente, uma omissão do legislador, frente à qual E. Magalhães Noronha torna a remeter-se

às previsões processuais civis⁵⁶⁵ e, no presente trabalho, cabe insistir na necessidade de preservação dos Princípios do Devido Processo Legal, ou seja, ao Contraditório, à Ampla Defesa, à Publicidade e à Fundamentação das decisões judiciais (garantias que também devem ser asseguradas ao sujeito passivo da ação de embargos).

A partir deste registro, aliás, deve-se perguntar quem será o embargado, já que a medida de seqüestro (que constitui o objeto da oposição) pode ser deflagrada a pedido do ofendido ou do Ministério Público, por representação da autoridade policial ou mediante decisão *ex officio*. Esta realidade induz à conclusão de que cada um destes sujeitos poderia figurar como sujeito passivo dos embargos – inclusive o próprio Juiz da causa. Esta última possibilidade representa, obviamente, hipótese esdrúxula e que, como assinala Fauzi Hassan Choukr, “desnuda por completo o modelo inquisitivo do processo penal”.⁵⁶⁶

Na tentativa de evitá-la, assim, seria possível defender a tese de que, tratando-se do titular da ação penal pública, o Ministério Público deveria figurar no pólo passivo dos embargos ao seqüestro, independentemente de quem tenha deflagrado a constrição. No entanto, segundo o que conclui o autor referido, a “deseestrutura acusatória do Código de Processo Penal” exige esforço para “colocar, em todas as situações, o Ministério Público no pólo passivo (embargado) o que, por seu turno também acarreta alguma dificuldade operacional”.⁵⁶⁷ Ainda assim, esta “saída inadequada” parece ser alternativa mais viável quando se tratar de oposição a seqüestro decretado de ofício ou mediante representação da autoridade policial (até porque vinculado ao interesse público, defendido pelo *parquet*). Na hipótese de haver sido requerido (o seqüestro) pelo ofendido, não parece haver motivo para que o Ministério Público figure como embargado, embora deva ser chamado a manifestar-se na qualidade de *custos legis*.

⁵⁶⁵ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 74.

⁵⁶⁶ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 258.

⁵⁶⁷ **Ob. cit.**, p. 259. Quanto a esta dificuldade, segue o autor: “(...) sendo ação, o órgão do Ministério Público precisa ser *citado* para exercer a resposta aos embargos. Diante disto se coloca a imperatividade que o órgão ministerial a ser *citado* seja a e. Procuradoria Geral de Justiça, na medida em que somente este órgão da administração superior pode fazê-lo” (p. 259).

9.7 Efeitos e hipóteses de levantamento

O cumprimento da medida de seqüestro sobre bens móveis ou imóveis inviabiliza a alienação, cessão ou transferência válidas de seus títulos de propriedade.

No que se refere aos bens móveis, serão submetidos a depósito, que poderá ser feito em favor do próprio réu, que assim ficará obrigado a zelar pelo material e a prestar contas, sob pena de sofrer as penas destinadas ao depositário infiel (e que abrangem o decreto de prisão civil, conforme prevêm o art. 5.º, LXVIII, da Constituição, e a Lei n.º 8.866/1994). Especificamente quanto aos bens vinculados à investigação de crimes de lavagem de dinheiro, o depósito de acordo com os arts. 5.º e 6.º da Lei n.º 9.613/1998⁵⁶⁸. Já quanto a bem imóvel, “não poderá ser transferido a terceiro, e, se o for, a venda será nula”⁵⁶⁹. Mesmo porque, em se tratando de bem obtido com os proventos da infração, permanecem sujeitos ao seqüestro, ainda que transferidos, conforme prevê o art. 125 do Código de Processo Penal.

No entanto, a manutenção dos efeitos do seqüestro depende do tempestivo ajuizamento e da própria existência da ação penal condenatória, já que se trata de uma medida assecuratória das suas possíveis consequências.

Segundo o que dispõe o art. 131, I, do Código de Processo Penal, a cautela será obrigatoriamente levantada se a ação penal não for intentada nos 60 (sessenta) dias que se seguirem à efetivação da medida. Este prazo é dilatado a 120 (cento e vinte) dias se a investigação versar sobre crime previsto na Lei n.º 9.613/1998 (art. 4.º, § 1.º⁵⁷⁰).

⁵⁶⁸ “Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados, mediante termo de compromisso.

Art. 6º O administrador dos bens: I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração; II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados. Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens apreendidos ou seqüestrados serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível”.

⁵⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, p. 412.

⁵⁷⁰ “Art. 4º (...) § 1º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência”.

Estas previsões legais são consideradas como perfeitamente compreensíveis por Eugenio Pacelli de Oliveira, diante de caráter de urgência da providência do seqüestro⁵⁷¹. E tal é a sua relevância, que Hélio Tornaghi destaca a possibilidade de o levantamento da medida ser determinado de ofício, quando superado o prazo para o ajuizamento da ação penal⁵⁷².

Aliás, é por esta razão que não se compreende como razoável a regra contida no art. 4.º, § 4.º da Lei n.º 9.613/1998⁵⁷³ e reproduzido no art. 60, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006⁵⁷⁴, pela qual se autoriza a postergação do cumprimento das medidas assecuratórias. Com efeito, se consistem em providências processuais de urgência e, portanto, dependem da demonstração de situação de perigo concreto que demande a imediata constrição patrimonial, não há como se encontrar coerência na autorização para que o seu cumprimento seja postergado: ou haverá frustração da garantia ou a alegação de perigo não possui base concreta.

O caráter de urgência extraído do art. 131, I, do Código de Processo Penal, também permite o questionamento de manifestações acerca da possibilidade de manutenção da medida, a despeito da superação do prazo de 60 (sessenta) ou 120 (cento e vinte) dias. Até porque, como apontam Paulo Lúcio Nogueira⁵⁷⁵ e Antônio José Miguel Feu Rosa⁵⁷⁶, o pedido de seqüestro poderá ser renovado posteriormente, quando ajuizada a ação penal e caso estejam presentes os seus pressupostos.

Em qualquer hipótese, o seqüestro será definitivamente levantado, quando decretada a extinção da punibilidade ou proferida sentença absolutória⁵⁷⁷. É o que

⁵⁷¹ **Curso de Processo Penal**, p. 269.

⁵⁷² **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 26.

⁵⁷³ “Art. 4º (...) § 4º A ordem de prisão de pessoas ou da 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”.

⁵⁷⁴ “Art. 60. (...) § 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”.

⁵⁷⁵ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 144.

⁵⁷⁶ **Processo Penal**, p. 267.

⁵⁷⁷ A jurisprudência ressalva a possibilidade da manutenção do seqüestro quando houver mera suspensão da ação penal: “(...) 1. A mera suspensão do processo não constitui causa extintiva da punibilidade, somente ocorrendo esta com o pagamento integral do débito tributário. 2. O levantamento do seqüestro e o cancelamento da hipoteca impõe-se como efeitos acessórios da não-incriminação, seja pela absolvição ou pela extinção da punibilidade, sendo que, inexistindo essas causas, não há óbice para a decretação ou manutenção do seqüestro e da hipoteca, que se orientam por regras e princípios próprio. (...)” (STJ – 2.ª Seção – Conflito de Competência n.º 45583/RJ – Relator Ministro Fernando Gonçalves – julgamento em 27/06/2007 – publicação no Diário da Justiça da União de 06/08/2007).

se extrai do art. 130, III, do Código de Processo Penal, que exige a ocorrência de trânsito em julgado para que aquelas decisões provoquem o levantamento da cautela. Comentando este dispositivo, Hélio Tornaghi assevera que:

“Pouco importa que o acusado possa ter responsabilidade civil e que contra ele seja possível mover ação para o ressarcimento do dano (Cód. Proc. Penal, art. 66, e Cód. Civil, art. 1.252). Para acautelar a execução de uma possível sentença civil condenatória, o ofendido dispõe das providências previstas e reguladas no Código de Processo Civil. Este seqüestro do Código de Processo Penal, entretanto, visa tão-somente a assegurar a aplicação do art. 74 do Código Penal, evitando que se frustrem os efeitos da sentença condenatória e, portanto, não se pode subsistir em caso de decisão que não condena”.⁵⁷⁸

Isto não significa, necessariamente, que a reparação do dano não poderá ser perquirida na esfera cível⁵⁷⁹, já que as hipóteses de extinção da punibilidade vinculam-se a questões estritamente penais, além do que prevê o art. 67, II, do Código de Processo Penal⁵⁸⁰ e há casos em que a absolvição não decorre exatamente de estar provada a inexistência do crime⁵⁸¹. Aliás, esta é somente uma das circunstâncias referidas pelo art. 386 do Código de Processo Penal, que também prevê a absolvição nas seguintes situações (em que permanece a possibilidade de apuração da responsabilidade civil): a presença de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (inciso V); o reconhecimento da atipicidade do fato (inciso III) ou a ausência de prova da existência do fato (inciso II), da concorrência do réu para; a infração (inciso IV) ou, ainda, de provas suficientes para a condenação (incisos VI). Em todas estas situações, permanece a

Sob outro ponto de vista, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que o “fato de a ação da qual se originou a decisão de quebra de sigilo e de seqüestro ter sido extinta não impede o aproveitamento das suas razões em decisão posterior relativa aos mesmos fatos e em face dos mesmos réus, sobretudo quando integralmente mantidas as respectivas determinações pela decisão que extinguiu o processo” (5.^a Turma – *Habeas Corpus* n.º 34.440/SC – Relatora Ministra Laurita Vaz – julgamento em 19/05/2005 – publicação no Diário da Justiça de 20/06/2005).

⁵⁷⁸ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 28. A referência ao art. 74 considera o Código Penal anteriormente à Reforma de 1984.

⁵⁷⁹ “O levantamento do seqüestro ainda se opera quando extinta a punibilidade ou absolvido o acusado. Com efeito, a finalidade da medida é acautelar a aplicação do art. 74, I e II, *b*, do Código Penal, que defluem da sentença condenatória. Extinta, pois, a punibilidade pelas causas previstas no Código Penal ou absolvido o acusado, por sentença transitada em julgado, não se vê como permanecer essa medida *assecuratória*” (NORONHA, E. Magalhães, **Curso de Direito Processual Penal**, p. 75).

⁵⁸⁰ “Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

⁵⁸¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Manual de Processo Penal**, p. 270.

possibilidade de a vítima ajuizar a ação cível de reparação de dano, conforme o que prevêem diretamente os arts. 66 e 67, III, do Código de Processo Penal⁵⁸².

Portanto, embora o seqüestro penal seja levantado em virtude da absolvição ou da extinção da punibilidade, nada impede que nova medida cautelar seja deferida pelo Juízo Cível, no curso de ação de reparação de dano, proposta pela vítima⁵⁸³.

A dúvida surge, entretanto, quanto ao momento exato deste levantamento. Segundo o que dispõe o inciso III, do art. 131, do Código de Processo Penal, só poderá ocorrer tal medida após o trânsito em julgado da decisão absolutória ou extintiva da punibilidade, devendo, pois, permanecer impedindo a livre disposição do(s) bem(ns) até o julgamento de apelação, recurso especial e/ou extraordinário, agravo de instrumento e outras medidas possíveis ao Ministério Público.

No entanto, submetido a uma análise constitucional e sistemática, este entendimento não se mostra procedente.

Em virtude do Princípio da Presunção de Inocência, inicialmente, deve-se considerar que as medidas cautelares ou quaisquer outras restrições processuais devem ser concebidas com extremo cuidado, dependendo sempre da demonstração efetiva de sua necessidade e, também, da viabilidade de procedência da ação principal. A superveniência de uma sentença absolutória é realidade que, de forma significativa, afasta a viabilidade concreta da acusação e, portanto, da necessidade da medida extrema. Ou seja, a absolvição do acusado (ainda que pendente de recurso) decorre, no mínimo, do reconhecimento, pelo Juiz da causa, de que a instrução processual não arrecadou informações suficientes para acolher como verdadeira a versão acusatória. Em termos especificamente referentes ao seqüestro de bens, trata-se de decisão que afasta a existência de informações acerca da proveniência ilícita dos bens constribados.

⁵⁸² “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁵⁸³ Neste aspecto, deve-se rechaçar completamente a hipótese formulada por Eduardo Espínola Filho, segundo o qual o “simples desaparecimento da responsabilidade criminal” não conduz necessariamente ao levantamento do seqüestro, pois a reparação do dano ainda pode ser perquirida na esfera cível, em vista do que se deve assegurar eventual execução (**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 2, p. 391-392). Em primeiro lugar, não se pode desfazer da absolvição ou da extinção da punibilidade como se fossem a frustração do desejo do Estado. Em segundo, é imperioso ter em mente que, por se tratar de providência cautelar, o seqüestro possui vínculo de referibilidade à ação condenatória, de modo que a extinção desta acarretaria (ainda que sem previsão legal expressa) a extinção daquela. O caráter temporário das cautelares possui vinculação exatamente com este raciocínio que, assim, não admite a proposta do autor referido.

Por certo, ainda que esta decisão esteja sujeita à alteração por outras instâncias do Poder Judiciário, não se pode ignorar que esta primeira avaliação absolutória corresponde a análise de maior profundidade do que aquela realizada para o deferimento da medida cautelar, não sendo racional que esta medida (baseada em juízo de verossimilhança) venha a subsistir a um provimento posterior, que lhe é diametralmente contrário e que tem por base uma análise exauriente, realizada pela mesma instância jurisdicional em que foi decretado o seqüestro e após ser completada a fase instrutória, com a plena participação das partes (ou seja, com respeito ao Contraditório, à Ampla Defesa e à Publicidade). Assim, ainda que a decisão absolutória possa ser alterada futuramente, não se pode ignorar que a sua qualidade jurídica é muitas vezes superior à decisão que concede a medida cautelar, não havendo como se sustentar a viabilidade a manutenção desta medida em diametral oposição ao decreto absolutório⁵⁸⁴. Em outras palavras, possuir maior nível de aprofundamento sobre o crime (que constitui a origem ilícita suspeitada quando do decreto do seqüestro) a sentença absolutória é, em si, uma declaração de inexistência do *fumus comissi delicti* e, assim, afasta a possibilidade de manutenção do seqüestro, ainda que submetida a recurso do Ministério Público, dado o caráter fungível da medida cautelar.

Não fosse isso, ter-se-ia que considerar, também, o exposto no art. 596 do Código de Processo Penal, segundo o qual a “apelação da sentença absolutória não impedira que o réu seja posto imediatamente em liberdade”. Ainda que o texto legal não deixe explícito que os recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público ou pela sua Assistência não terão efeito suspensivo, esta conclusão pode ser extraída analogicamente do dispositivo em comento, estendendo-se a todas as outras medidas cautelares determinadas no curso da ação penal.

Finalmente, a reflexão sobre os efeitos que são atribuídos aos recursos previstos ao Processo Penal, faz concluir que o disposto no inciso III, do art. 131, do Código de Processo Penal não pode ser aplicado. Com efeito, somente os recursos em sentido estrito, de apelação e os embargos de declaração possuem, genericamente, efeito suspensivo (impedindo que a decisão atacada venha a gerar seus efeitos, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado). Por esta razão,

⁵⁸⁴ Embora não aprofunde o tema, Eugenio Pacelli de Oliveira assevera que sendo “absolutória a decisão ou julgada extinta a punibilidade, o seqüestro será imediatamente levantado” (**Manual de Processo Penal**, p. 270).

não seria admissível a subsistência do seqüestro de bens quando da sentença absolutória pendesse, por exemplo, recurso especial e/ ou extraordinário, ou ainda, outros recursos deles decorrentes, como os agravos de instrumento, agravos regimentais ou embargos de declaração.

Em conclusão, tem-se que a sentença absolutória deve acarretar o levantamento do seqüestro decretado no curso da instrução (policial ou processual), ainda que tenham sido interpostos recursos pelo Ministério Público ou sua assistência, aplicando-se as mesmas considerações feitas acima às decisões extintivas da punibilidade.

Além desta circunstância, o seqüestro deverá ser levantado quando o terceiro a quem tiverem sido transferidos os bens prestar caução que assegure a reparação do dano. É o que dispõe o art. 131, II, do Código de Processo Penal, fazendo referência ao antigo art. 74, II, “b” do Código Penal, transportado para o atual art. 91, com a Reforma da Parte Geral, em 1984.

Sobre isso, Guilherme de Souza Nucci anota:

“Quando decretado [o seqüestro] em qualquer fase, o terceiro de boa-fé pode oferecer garantia para assegurar eventual indenização à vítima, além do que o bem não voltará ao acusado. Logo, se este for condenado, não terá lucro algum. Provada a boa-fé, o terceiro levanta a caução. Quando for julgada extinta a punibilidade do réu ou por este absolvido, por decisão definitiva, é natural que a origem ilícita do bem não foi evidenciada, merecendo cessar a constrição”.⁵⁸⁵

Além das circunstâncias expressamente previstas no Código de Processo Penal, cabe observar que, em se tratando de providência cautelar (e, portanto, tendo natureza fungível), o seqüestro deverá ser levantado quando não mais subsistirem as circunstâncias que lhes servirem de pressuposto.

Entretanto, uma vez que não ocorram causas de levantamento do seqüestro no curso do processo e que este venha a culminar na condenação definitiva do réu, a medida cautelar será absorvida por esta decisão e ultimada, nos termos já referidos.

⁵⁸⁵ Código de Processo Penal Comentado, p. 314.

10. ESPECIALIZAÇÃO E INSCRIÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

10.1 Conceito e hipóteses de hipoteca legal

A hipoteca legal é Definida como um “direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal”⁵⁸⁶, em virtude do qual “um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento da dívida”⁵⁸⁷. Em conjunto com o imóvel, a hipoteca incide sobre os acessórios a ele vinculados, não gerando, porém, qualquer transferência da propriedade, dos frutos ou rendimentos decorrentes do imóvel ou de seus acessórios⁵⁸⁸.

A hipoteca pode ser “*convencional, judicial e legal*. A primeira resulta de acordo entre credor e devedor. A segunda advém do ‘direito do credor que obteve sentença contra o devedor (...). A terceira resulta da lei, é instituída por esta a favor de determinadas pessoas”.⁵⁸⁹ Nas palavras de Maria Helena Diniz, a hipoteca legal “é aquela que a lei confere a certos credores, que, por se encontrarem em determinada situação (...) devem ter uma proteção especial”.⁵⁹⁰ No mesmo sentido, Arruda Alvim e Thereza Alvim anotam que a “hipoteca *legal* (...) é deferida

⁵⁸⁶ A definição é de Lafayette, citado por E Magalhães Noronha (**Curso de Direito Processual Penal**, p. 76).

⁵⁸⁷ Conceito de Orlando Gomes, referido por Fernando da Costa Tourinho Filho (**Processo Penal**, v. 3, p. 37).

⁵⁸⁸ TORNAGHI, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 34-37. Os caracteres jurídicos desta medida são assim arrolados por Maria Helena Diniz: “1) É *direito real de garantia*, pois vincula imediatamente o bem gravado, que fica sujeito à solução do débito, sendo, ainda, oponível *erga omnes*, gerando para o credor hipotecário o direito de seqüela e a excussão da coisa onerada, para se pagar, preferencialmente, com sua venda judicial (CC, art. 1.225, IX). 2) Possui *natureza civil*, embora haja autores, como Carnelutti, que a consideram um instituto processual. Porém, pela sua estrutura e efeitos percebe-se que pertence à seara do direito civil, ainda mais pelo fato de que os arts. 1.473 a 1.505 do Código Civil a disciplinam (...). 3) É um negócio jurídico civil que requer a *presença de dois sujeitos*: o ativo, que é o credor hipotecário, cujo crédito está garantido por hipoteca, e o passivo, que é o devedor hipotecante, que o dá como garantia do pagamento da dívida. 4) O *objeto gravado* deve ser da *propriedade do devedor ou de terceiro*, que dá imóvel seu para garantir a obrigação contraída pelo devedor. 5) Exige que o *devedor hipotecante continue* na posse do imóvel onerado, que exerce sobre ele todos os seus direitos, podendo, inclusive, perceber-lhe os frutos. 6) É *indivisível*, no sentido de que o ônus real grava o bem em sua totalidade; enquanto não se liquidar a obrigação, a hipoteca subsiste, por inteiro, sobre a totalidade da coisa onerada, ainda que haja pagamento parcial do débito. (...) 7) É *acessório* de uma dívida, cujo pagamento pretende garantir. É suscetível de garantia por hipoteca qualquer obrigação de natureza econômica seja ela de dar, de fazer ou de não fazer. É, como diz Lafayette, ‘um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal’. De modo que se se extinguir, anular ou resolver a obrigação principal, desaparecerá o ônus real”. (**Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4 (direito das coisas), p. 526-528).

⁵⁸⁹ NORONHA, E. Magalhães, **Curso de Direito Processual Penal**, p. 76.

⁵⁹⁰ **Ob. cit.**, v. 4 (direito das coisas), p. 552.

diretamente pela lei, independente de qualquer convenção, para a segurança de certos credores, em virtude da situação peculiar em que se encontram”.⁵⁹¹

Ela compreende, pois, espécie de hipoteca condicionada (CC, art. 1487⁵⁹²), pois em todas as suas possibilidades refere-se “sempre a uma dívida eventual, que poderá existir ou não”.⁵⁹³ Exemplificando esta afirmação, os autores acima referidos indicam que “é possível que o suposto autor do delito venha a ser absolvido ou então que seja declarada extinta a punibilidade” – ocasião em que “não haverá qualquer obrigação de pagamento, que permita a excussão do bem hipotecado”.⁵⁹⁴

Seu título constitutivo corresponde, pois, à sentença de especialização, que deve conter “os nomes das partes, identificando o patrimônio de quem foi destacado e em favor de quem foi; o total do débito garantido; a descrição dos bens gravados, abrangendo todos os elementos de identificação necessários para individualizá-los”.⁵⁹⁵

Diante dessa última observação, aliás, é cabível enfatizar que, sendo a hipoteca legal direito real decorrente de expressa previsão da lei, a medida processual prevista nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Penal constitui em sua especialização e registro. Em outras palavras, o que o Juiz defere, neste particular, não é o direito ou a hipoteca em si, mas tão-somente a sua especialização e o seu registro, conforme o que destacam Hélio Tornaghi⁵⁹⁶, Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁹⁷ e Guilherme de Souza Nucci.⁵⁹⁸

⁵⁹¹ **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII, p. 504.505.

⁵⁹² “Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. § 1º Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. § 2º Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel”.

Sobre este dispositivo, Arruda Alvim e Thereza Alvim esclarecem que, embora seja acessória a uma obrigação principal, é possível que a hipoteca venha a existir “antes mesmo da dívida principal, ou pelo menos, antes que esta tenha seu valor definitivo. Essas duas hipóteses são precisamente as abrangidas pelo artigo ora comentado, que se refere às dívidas que tem existência certa, mas cujo valor ainda não pode ser definido de modo preciso, e àqueles sobre as quais nem ao menos se sabe, ainda, se de fato virão a existir, eis que, no momento em que a hipoteca é constituída, apenas se apresentam como uma dívida eventual, dependendo da ocorrência de evento futuro e incerto” (**Ob. cit.**, Vol. XIII, p. 698).

⁵⁹³ ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, **Ob. cit.**, Vol. XIII, p. 716.

⁵⁹⁴ **Ob. cit.**, Vol. XIII, p. 716.

⁵⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4 (direito das coisas), p. 537.

⁵⁹⁶ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 38: “Engana-se o Código falando em requerimento de hipoteca legal. O que se requer não é a hipoteca, mas a inscrição (Cód. Civil, arts. 831 e seg.s) e a especialização (arts. 824, 828). A hipoteca já existe, *ope legis*, mas precisa ser inscrita para valer contra terceiros (Cód. Civil. arts. 848 e 828) e deve ser especializada para que se saiba sobre que

De qualquer modo, ainda que decorra de previsão legal explícita, especialização da hipoteca configura “uma situação excepcional, e como tal não comporta interpretação extensiva, sendo cabível unicamente nos casos expressamente previstos em lei”.⁵⁹⁹

Surge daí a necessidade de se buscar o amparo legal para que, no processo penal, possa ser procedida à especialização em comento. Isto porque, se se trata de medida processual vinculada a situações previamente estabelecidas em lei, tem-se que a inscrição de hipoteca depende - impreterível e inafastavelmente - da existência de regras que explicitamente prevejam o direito real de garantia que se pretende especializar.

Segundo anotam Arruda Alvim e Thereza Alvim:

“A lista das hipóteses nas quais ocorre a hipoteca legal se encontra no art. 1.489 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 827 do vetusto Código Civil de 1916. No entanto, como veremos em maiores detalhes, ao examinarmos o art. 1.489, tal lista sofreu uma diminuição, havendo no novo Diploma Civil menor número de hipóteses de hipoteca legal do que as existentes no antigo Código”.⁶⁰⁰

De fato, a atual regulamentação não contemplou todas as situações de hipoteca legal anteriormente previstas pelo Código Civil de 1916. No que interessa ao Processo Penal, a legislação já revogada previa duas hipóteses de cabimento, conforme o destaque feito por Hélio Tornaghi, em obra contemporânea ao período de vigência daquele Código:

“O art. 827 do Código Civil diz em que casos existe hipoteca legal. De acordo com os ns. VI e VII desse dispositivo, a lei confere hipoteca: - ao ofendido ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas; - à Fazenda Pública, federal, estadual ou municipal, sobre os imóveis do delinqüente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas”.⁶⁰¹

Considerando-se estas duas hipóteses de hipoteca, convencionou-se dizer que a especialização processual penal poderia ser requerida pelo ofendido (seus

bens recai (...))” (as referências legislativas correspondem ao Código Civil de 1916 – revogado pelo atual, de 2002).

⁵⁹⁷ **Processo Penal**, v. 3, p. 38

⁵⁹⁸ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 342.

⁵⁹⁹ ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII, p. 716.

⁶⁰⁰ **Ob. cit.**, Vol. XIII, p. 504.505.

⁶⁰¹ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 38.

herdeiros ou seu representante legal) – quando motivada na necessidade de assegurar a reparação do dano; ou pelo Ministério Público - em defesa dos interesses da Fazenda Pública (quanto ao pagamento da pena de multa e das custas processuais) ou quando o ofendido não tivesse condições de promover a medida. Neste sentido, pode-se referir as anotações feitas por Hélio Tornaghi⁶⁰², Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁰³, Guilherme de Souza Nucci⁶⁰⁴ e Fernando Capez⁶⁰⁵.

Ocorre que a atual regulamentação da hipoteca legal não contemplou todas as situações anteriormente previstas pelo Código Civil de 1916, excluindo deste rol a imposição destinada a assegurar o pagamento da multa e das custas processuais, em favor da Fazenda Pública. Ou seja, se anteriormente eram duas as hipóteses de hipoteca legal especializáveis através do disposto nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Penal, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, somente uma delas foi mantida.

Isto porque, insista-se, não sendo reprisado o texto do inciso VII, do art. 827, do Código de 1916, excluiu-se o direito real de garantia em favor da Fazenda Pública, destinado a assegurar o pagamento de multa e custas processuais decorrentes de eventual condenação criminal transitada em julgado. Surge daí a afirmação de que o sistema atual somente contempla, em relação ao Processo Penal, o direito à hipoteca em favor do ofendido (ou de seus herdeiros), com o objetivo de garantir a reparação do dano provocado pelo crime (eventualmente reconhecido em sentença condenatória).

A exclusão da hipótese que beneficiava a Fazenda Pública é reconhecida e expressada pela moderna doutrina do Direito Civil. Arruda Alvim e Thereza Alvim asseveram que “o Código Civil de 2002 não repetiu algumas das situações que se encontravam previstas no Código anterior”, suprimindo algumas “por terem perdido completamente o sentido” e outras, “em virtude de opção do legislador”.⁶⁰⁶

Vale destacar que, ao arrolarem as espécies de hipoteca legal hoje vigentes, os autores antes referidos não fazem qualquer indicação a outra(s) regra(s) que tenha(m) sido editada(s) em substituição ao inciso VII, do art. 827, do Código Civil de

⁶⁰² **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 38-39 e 45-46

⁶⁰³ **Processo Penal**, v. 3, p. 39

⁶⁰⁴ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 342

⁶⁰⁵ **Curso de Processo Penal**, p. 361-362

⁶⁰⁶ **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII, p. 719-720.

1916. Isto decorre do fato de que, uma vez revogada tal previsão legislativa, não houve reedição de seu conteúdo através de outro diploma, mantendo-se a sua exclusão do ordenamento pátrio.

Corroborando esta constatação, cabe registrar que, após a edição da Lei n.º 9.268/1996, a pena de multa teve a sua natureza jurídica alterada, passando à qualidade de dívida de valor sujeita à legislação relativa à pena de multa⁶⁰⁷. Assim, a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública passou a ser regulamentada pela Lei n.º 6.830/1980. Pela leitura deste diploma, observa-se que, a despeito de diversas disposições protetivas do crédito em favor do Estado, não há nenhuma previsão afeta à hipoteca legal. Os arts. 4.º, § 3.º⁶⁰⁸; 7.º⁶⁰⁹; 10⁶¹⁰; 11⁶¹¹ e 40⁶¹² da referida lei bem indicam que o legislador escolheu a penhora para assegurar o pagamento dos débitos que constituem dívida ativa da Fazenda Pública - não havendo nenhuma previsão de hipoteca legal destinada a este fim.

Assim, se a multa - decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado - constitui dívida de valor regulamentada pela Lei n.º 6.830/1980, sua

⁶⁰⁷ “Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” (Código Penal).

⁶⁰⁸ “Art. 4º (...) § 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”.

⁶⁰⁹ “Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º; II - penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança; III - arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar; IV - registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no artigo 14; e V - avaliação dos bens penhorados ou arrestados”.

⁶¹⁰ “Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

⁶¹¹ “Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - direitos e ações. § 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção. § 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º. § 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo”.

⁶¹² “Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

execução somente pode ser assegurada pelo estabelecimento de penhora (posterior ao ajuizamento da execução), diante das disposições supra e do reconhecimento de que a hipótese de hipoteca legal – anteriormente prevista no art. 827, VII, do Código Civil – não foi contemplada pela legislação atual.

Estas observações são das mais relevantes para o estudo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal, na medida em que significam que a especialização de hipoteca legal somente pode ser deferida para a defesa dos interesses reparatorios da vítima ou de seus herdeiros. A valer a exclusão da hipoteca em favor da Fazenda Pública, tornou-se impossível (por absoluta falta de previsão legal) o deferimento da especialização com o objetivo de assegurar o pagamento de pena de multa eventualmente aplicada quando do término da persecução penal. Nem mesmo o texto do art. 140 do Código de Processo Penal⁶¹³ permite sustentar entendimento inverso, posto que tal disposição diz respeito às garantias processuais que, no especial caso da especialização de hipoteca legal, depende da prévia e explícita previsão do direito material de garantia (não mais existente).

Em consequência disso, também, surge o reconhecimento de que, via de regra, a legitimidade para requerer a especialização e inscrição de hipoteca legal recai sobre a pessoa do ofendido, sobre seus herdeiros ou seu representante legal. A possibilidade de o Ministério Público figurar como sujeito ativo de tal medida processual fica restrita à parte final do art. 142 do Código de Processo Penal, ou seja, quando o ofendido for pobre e requerer a atuação ministerial.

Com relação a este dispositivo, entretanto, cabe anotar a existência de importante controvérsia, que decorre da criação da Defensoria Pública pela Constituição de 1988, exatamente para promover a defesa dos interesses de pessoas desprovidas de condições financeiras para arcar com honorário advocatícios.

Como anota Fernando da Costa Tourinho Filho, com a nova Constituição, não mais subsistiria a legitimidade do *parquet* para defender interesses individuais, a não ser em localidades em que não estivesse organizada a Defensoria:

⁶¹³ “Art. 140. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido”

“Vale consignar aqui a mesma observação feita no 2.º volume deste curso (...): em face do art. 134 da Constituição da República, os arts. 68 e 142 do CPP (no que respeita à defesa de pessoas pobres) estão passando por uma progressiva inconstitucionalidade. Onde houver Defensor Público, a legitimidade para as atividades de que cuidam essas disposições é da sua exclusividade. Onde não houver, ela se desloca para o Ministério Público”.⁶¹⁴

De todo modo, o tema central deste tópico permanece sendo a exclusão de uma das espécies de hipoteca legal pelo Código Civil de 2002 – a despeito do que permanecem sendo deferidas especializações com o objetivo de assegurar o pagamento da pena de multa. Uma passada de olhos pela jurisprudência recente revela, aliás, que o tema sequer tem sido cogitado nos debates judiciais⁶¹⁵.

⁶¹⁴ **Processo Penal**, v. 3, p. 39.

⁶¹⁵ Neste sentido, pode-se mencionar as seguintes decisões, em que os Tribunais pronunciam expressamente que a especialização de hipoteca legal tem por finalidade assegurar a execução da eventual pena de multa:

- a) TRF – 4.ª Região – 7.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.047250-8 – Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro – julgamento em 04/12/2007 – publicado no Diário da Justiça da União de 09/01/2008: “(...) Os bens cautelarmente seqüestrados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime (...)”;
- b) TRF – 2.ª Região – 2.ª Turma – Mandado de Segurança n.º 2003.02.01.010322-0 – Relator Juiz Sérgio Feltrin Correa – julgado em 10/12/2003 – publicado no Diário da Justiça da União de 19/01/2004: “(...) A hipoteca legal e o arresto prévio (arts. 134 e 137, CPP) são medidas de processo penal, tanto que devem ser propostas perante o juiz da ação penal, tratando-se de manifestações de prevenção ou cautelaridade incidentais que têm por objetivo garantir o efetivo cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas processuais (...)” (em igual sentido: TRF – 2.ª Região – 2.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.50.01.005196-7 – Relator Juiz Sérgio Feltrin Correa – julgado em 10/12/2003 – publicado no Diário da Justiça da União de 19/01/2004);
- c) TRF – 2.ª Região – 1.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.50.01.004811-7 – Relator Juiz Abel Gomes – julgado em 24/01/2007 – publicado no Diário da Justiça da União de 06/02/2007: “(...) O Ministério Público, na qualidade de titular exclusivo da ação penal pública, tem legitimidade para pleitear as medidas assecuratórias de especialização de hipoteca legal e arresto, as quais visam a garantir o pagamento da pena pecuniária e das despesas processuais, tendo em vista o interesse da Fazenda Pública. Precedentes citados (...)”;
- d) TRF – 4.ª Região – 7.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.047995-3 – Relator Desembargador Federal Décio José da Silva – julgado em 05/09/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 01/11/2006: “(...) Os bens cautelarmente arrestados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime (...)”;
- e) TRF – 4.ª Região – 7.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.043884-7 – Relator Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene – julgado em 01/08/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 16/08/2006: “(...) Nos termos do art. 142 do CPP, o Ministério Público está legitimado para requerer o seqüestro e posterior hipoteca legal, visando resguardar o montante necessário para pagamento de multa, custas e reparação do prejuízo causado (...)”;
- f) TRF – 4.ª Região – 7.ª Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.045594-8 – Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – julgado em 06/06/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 21/06/2006: “(...) Nos termos do art. 142 do CPP, o Ministério Público está legitimado para requerer o seqüestro e posterior hipoteca legal, visando resguardar o montante necessário para pagamento de multa, custas e reparação do prejuízo causado (...)”.

Ao contrário, segue-se, na jurisprudência, a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da medida com o objetivo de garantir o pagamento de eventual pena de multa.⁶¹⁶

Ora, como exposto a especialização de que tratam os arts. 134 e 135 do Código de Processo Penal depende de expressa disposição legal definindo quais são as hipóteses de hipoteca que, assim, decorrem diretamente da lei. Se, após a edição do novo Código Civil, em 2002, somente foi mantida a garantia em favor do ofendido em vista da reparação do dano, não mais há que se cogitar o deferimento da especialização com outro objetivo, sob pena de violação do Princípio da Legalidade. Em consequência, o debate sobre a legitimidade do *parquet* para promover a medida em defesa dos interesses da Fazenda Pública perdeu completamente o seu objeto.

-
- ⁶¹⁶ a) TRF – 2.^a Região – 2.^a Turma – Apelação Criminal n.º 2003.50.01.005196-7 – Relator Juiz Sérgio Feltrin Correa – julgado em 10/12/2003 – publicado no Diário da Justiça da União de 19/01/2004: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. HIPOTECAL LEGAL E ARRESTO PRÉVIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. - A criação e existência da Advocacia Geral da União e Procuradoria da Fazenda Nacional não retiraram do Ministério Público Federal sua legitimação extraordinária nos casos previstos em lei: apenas deram legitimidade concorrente a tais entidades para a propositura, inclusive, da ação civil de reparação do dano ex delicto (...)”.
- b) TRF – 2.^a Região – 1.^a Turma – Apelação Criminal n.º 2003.50.01.004811-7 – Relator Juiz Abel Gomes – julgado em 24/01/2007 – publicado no Diário da Justiça da União de 06/02/2007: “(...) O Ministério Público, na qualidade de titular exclusivo da ação penal pública, tem legitimidade para pleitear as medidas assecuratórias de especialização de hipoteca legal e arresto, as quais visam a garantir o pagamento da pena pecuniária e das despesas processuais, tendo em vista o interesse da Fazenda Pública. Precedentes citados (...)”.
- c) TRF – 4.^a Região – 7.^a Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.047995-3 – Relator Desembargador Federal Décio José da Silva – julgado em 05/09/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 01/11/2006: “(...) 1. Nos termos do artigo 142 do CPP, havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de seqüestro/arresto provisório e posterior hipoteca legal, independentemente da exigência de qualquer medida anterior (...)”.
- d) TRF – 4.^a Região – 7.^a Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.043884-7 – Relator Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene – julgado em 01/08/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 16/08/2006: “(...) Nos termos do art. 142 do CPP, o Ministério Público está legitimado para requerer o seqüestro e posterior hipoteca legal, visando resguardar o montante necessário para pagamento de multa, custas e reparação do prejuízo causado (...)”.
- e) TRF – 4.^a Região – 7.^a Turma – Apelação Criminal n.º 2003.70.00.045594-8 – Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – julgado em 06/06/2006 – publicado no Diário da Justiça da União de 21/06/2006: “(...) Nos termos do art. 142 do CPP, o Ministério Público está legitimado para requerer o seqüestro e posterior hipoteca legal, visando resguardar o montante necessário para pagamento de multa, custas e reparação do prejuízo causado (...)”.

10.2 Finalidade e natureza jurídica da especialização de hipoteca legal no Processo Penal brasileiro

De acordo com o que foi exposto no início da seção anterior, a hipoteca legal constitui direito real, advindo diretamente da lei. Diante disso, constata-se que a medida prevista no art. 134 do Código de Processo Penal⁶¹⁷ tem como finalidade assegurar o direito à hipoteca, previsto pelo Código Civil – o qual, por sua vez, tem o objetivo de conferir uma garantia real para que a vítima do crime promova futuramente a execução de responsabilidade indenizatória⁶¹⁸ (ainda incerta). Em conseqüência, não há qualquer finalidade de confisco, de modo que a especialização de hipoteca legal destina-se somente a bens⁶¹⁹ obtidos pelo acusado a partir de situações desvinculadas da prática criminosa que é investigada na ação penal.

Por esta razão, diferentemente do que ocorre com o seqüestro, há certa dificuldade na definição da natureza jurídica da especialização da hipoteca legal, muito embora a grande maioria dos autores nacionais a definam como medida cautelar. É o que ocorre, por exemplo, com E. Magalhães Noronha⁶²⁰, Paulo Lúcio Nogueira⁶²¹, Fauzi Hassan Choukr⁶²², Fernando da Costa Tourinho Filho⁶²³ e Guilherme de Souza Nucci⁶²⁴.

Contrariando esta posição, João Gualberto Garcez Ramos assevera que a “hipoteca legal é *uma forma de tutela antecipatória no processo penal condenatório*,

⁶¹⁷ “Art. 134. 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”.

⁶¹⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, p. 270.

⁶¹⁹ Embora via de regra a hipoteca incida sobre imóveis, o art. 1.473 do Código Civil relaciona outras espécies de bens sujeitos a hipoteca: “Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves. VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; X - a propriedade superficiária. § 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial. § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado”.

⁶²⁰ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 73.

⁶²¹ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 145.

⁶²² **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 264.

⁶²³ **Processo Penal**, v. 3, p. 37

⁶²⁴ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 341.

tutela essa preordenada à garantia do direito do ofendido ao ressarcimento do dano causado pelo fato criminoso”.⁶²⁵ Para tanto, estabelece o seguinte raciocínio:

“(...) a hipoteca penal, embora incapaz de gerar coisa julgada material – na medida em que, caso o imputado seja absolvido ou tenha declarada a extinção de sua punibilidade, será ela declarada sem efeito – não é marcada pela temporariedade. Isto porque, na medida em que é um direito real de garantia – que pode, em todo o caso ser cancelado no caso da absolvição ou da extinção da punibilidade – tende a se estabilizar e não nasce com a finalidade de ser, depois, substituído por uma outra medida.

Além disso, o garantismo que marca a medida regulada pelo artigo 135 do Código de Processo Penal levou à construção de um procedimento célere, mas não sumário, na medida em que há espaço para a defesa. Há referibilidade da medida em relação à pretensão reparatória nascida com o cometimento do fato criminoso.

Há uma relativa *sumariedade material* e a medida é parcialmente baseada na *aparência*. (...)

A ausência de alguns dos requisitos acima leva à conclusão de que a especialização da hipoteca penal por parte do juiz criminal não é uma medida cautelar. Confere um direito real de garantia ao ofendido pela infração penal, direito esse que goza de autonomia e lhe dá preferência na satisfação de seu débito. (...)

A hipoteca legal é, *per se*, satisfativa, na medida em que sua exequibilidade é potencial e pode ser promovida pelo titular do direito a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional, que é de dez anos entre presentes e quinze anos entre ausentes. Tanto é satisfativa, que pode ser cancelada pelo cumprimento da obrigação mesma. Uma vez paga a dívida referente ao prejuízo causado pelo ofendido pela infração penal, a hipoteca desaparece; *accessorium sequitur principale*. O importante é que a hipoteca é um direito real e, quanto tal, tem natureza material e não processual. A garantia que institui tem matiz substancial, sendo a realização da mesma – em outros termos, embora – do princípio da responsabilidade patrimonial”⁶²⁶.

Apesar destas ponderações - ao que tudo indica, inéditas na doutrina brasileira -, talvez seja possível fazer ainda um terceiro raciocínio sobre a natureza jurídica da especialização de hipoteca legal – que não a considere como medida cautelar e nem mesmo tutela antecipatória de um direito.

A valer a constatação de que a hipoteca é, propriamente, um direito material de garantia⁶²⁷ ou um “direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal”⁶²⁸, o mecanismo voltado a realizá-lo de forma específica parece ter caráter

⁶²⁵ A tutela de urgência no processo penal brasileiro, p. 307.

⁶²⁶ Ob. cit., p. 306-307.

⁶²⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez, Ob. cit., p. 306.

⁶²⁸ A definição é de Lafayette, citando por E Magalhães Noronha (Curso de Direito Processual Penal, p. 76).

não só satisfativo, como também de efetiva promoção do direito em toda a sua extensão.

Deve-se ter em mente, é claro, que, por ser um direito real de garantia, a hipoteca legal não acarreta a transferência do bem imóvel ao beneficiário, mas isso não lhe retira o seu caráter de direito material, à medida que, em geral, pode ser assegurado independentemente da existência de uma outra ação que lhe seja prévia ou contemporânea.

Por isso, pode-se dizer que a especialização de hipoteca legal é ação constitutiva cujo provimento não consiste na antecipação de uma tutela requerida em outra ação, mas na realização efetiva do próprio direito à hipoteca. De fato, a tutela antecipada consiste, verdadeiramente, no provimento do requerimento inicial com antecedência maior do que o próprio processo de conhecimento – o que exige prova inequívoca da procedência do alegado pela parte autora e, ainda a existência de fundado receio de dano irreparável ou abuso do direito de defesa⁶²⁹. Daí, possivelmente, a afirmação de que João Gualberto Garcez Ramos não se trata de uma tutela antecipada nos seus moldes clássicos.

Um forte indicativo disto é o fato de que o procedimento para a especialização da hipoteca legal está inserido, no Código de Processo Civil, no título dedicado aos procedimentos especiais (Capítulo XI, do Título II, do Livro IV) enquanto as medidas cautelares são previstas em Título Único de Livro próprio (Livro III) e a antecipação de tutela encontra-se registrada ainda no primeiro Livro daquele *Codex* (Capítulo VII), em seu art. 273.

Com estas referências à organização do Código de Processo Civil não se pretende, é claro, impor ao Processo Penal o raciocínio e as normas do Processo

⁶²⁹ Estes são os requisitos enunciados pelo art. 273 do Código de Processo Civil, que também anota a possibilidade de antecipação de tutela quando parte da demanda já se mostrar incontroversa (“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (...). § 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. § 2.º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3.º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A. § 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5.º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6.º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7.º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer proveniência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”).

Civil, já que se deve ter a consciência de que as duas esferas possuem peculiaridades e distinções bastante relevantes. Entretanto, não se pode ignorar que as medidas patrimoniais de urgência encontram, no Processo Civil, maior tempo de desenvolvimento e, portanto, melhor sistematização - sendo possível (e até pertinente) a observação comparada dos institutos correspondentes ao Processo Penal.

Feito este esclarecimento, cabe voltar ao raciocínio anterior, no sentido de que, estando geográfica e logicamente afastado da regulamentação da tutela antecipada e das medidas cautelares, o rito da especialização de hipoteca legal no processo civil é tratado como ação própria, relativamente desvinculada da existência de uma ação de conhecimento, ou, ainda, de um provimento futuro no curso do mesmo processo em que é deferida. Anote-se que, a despeito de a liquidação da hipoteca legal depender de uma outra ação (propriamente voltada a este objetivo), o reconhecimento do direito à hipoteca legal, de fato, ocorre direta e integralmente na ação de especialização. Além disso, por ter natureza de garantia, o exercício deste direito é pleno durante todo período em que a hipoteca estiver registrada, não havendo necessidade de outra ação para que o integral exercício deste direito ocorra em toda a sua plenitude.

Diante disso, não se mostra adequado defini-la como medida cautelar ou antecipatória, mas, em geral, como ação que constitui um direito material de garantia.

Esta conclusão pode ser analisada à hipótese processual penal, mas com a ciência de algumas questões importantes. Ao contrário do que ocorre com outras espécies previstas no art. 1.489 do Código de Processo Civil, a hipoteca legal destinada a garantir o pagamento do dano causado pelo delito está - sempre necessariamente - vinculada a uma ação penal condenatória, uma vez que o Direito Penal não é auto-aplicável em hipótese alguma e, conseqüentemente, depende da apuração e da declaração processual em qualquer circunstância. Portanto, se a hipoteca legal objetiva garantir a reparação do dano provocado pelo crime, e se o reconhecimento deste último depende da existência de uma ação judicial, então é correto afirmar que nenhuma especialização de hipoteca legal subsidiada no inciso III, do art. 1.489, do Código Civil poderá ocorrer sem estar ligada a uma ação penal condenatória.

Por isso, a referência geral de independência do processo de especialização de hipoteca legal não se aplica aos casos penais.⁶³⁰ - Entretanto, não autoriza o resgate das definições supra, no sentido de que se trata de espécie de cautela ou de clássica antecipação do provimento principal.

Quanto à natureza cautelar, as observações feitas por João Gualberto Garcez Ramos são adequadas e permanecem hígdas diante das reflexões feitas aqui. No que se refere à natureza antecipatória da especialização em comento, no entanto, parece não haver viabilidade, segundo os preceitos clássicos desta forma de medida de urgência.

Em primeiro lugar porque, como admitido pelo professor da Universidade Federal do Paraná, a hipoteca legal consiste em um direito material, que é direta e plenamente realizado pelo procedimento penal de especialização. Além disso, dentre os objetivos do processo penal condenatório, não se encontra a finalidade de hipotecar imóvel algum do acusado, não se podendo falar, portanto, que a especialização antecipe o provimento final da ação penal.

Nem mesmo diante da imposição do dever de indenizar (como consequência da condenação), pode-se considerar a hipoteca legal como forma antecipatória deste provimento, afinal, a sua especialização não acarreta transferência do título de propriedade do imóvel à vítima do crime.

Em terceiro lugar, deve-se considerar que a liquidação da hipoteca legal (especializada perante o juízo criminal) será efetivada pelo Juízo cível, ao qual incumbe, também, o arbitramento definitivo do valor da reparação do dano e a execução das medidas de destinação dos valores apurados com a venda do(s) bem(ns). Tem-se, com isso, que seria bastante pitoresca a compreensão da medida em análise como tutela antecipada.

Pode-se, pois, dizer que a especialização da hipoteca legal consiste em mecanismo processual (ação) pelo qual se realiza o direito de hipotecar imóvel do acusado em ação penal, com o intuito de garantir o cumprimento de responsabilidade patrimonial por ele contraída a partir da prática da infração penal.

⁶³⁰ Esta referência torna-se ainda mais relevante quando se condiciona, na esfera penal, o deferimento da especialização de hipoteca legal à existência da ação penal condenatória (concebendo-a como vedada na fase de investigação extra-judicial). Esta questão, entretanto, é objeto de análise de tópico apresentado a seguir, acerca da oportunidade em que a medida pode ser considerada no processo penal.

As características do rito estabelecido pelo art. 135 do Código de Processo Penal⁶³¹ (com seus seis parágrafos) e, ainda, a previsão de possibilidade de a especialização ser acautelada pelo arresto de que trata o art. 136 do mesmo *Codex*⁶³² são fortes indicativos disso.

Entretanto, o objetivo assecuratório desta medida (e do próprio art. 1.489 do Código Civil) também autoriza afirmar que este mecanismo processual possui natureza diferenciada das ações constitutivas clássicas, porque mantém um determinado caráter de precariedade. Anote-se, neste sentido, os casos de extinção do direito à hipoteca em razão de renúncia do credor ou da extinção da obrigação principal (que, no espaço penal está representado pela absolvição do acusado ou pela extinção da punibilidade).

Talvez seja esta a razão de João Gualberto Garcez Ramos definir a especialização de hipoteca penal como “*uma forma*” de tutela antecipatória no processo penal condenatório – o que caberia conceber com todas as ressalvas feitas anteriormente e com a ciência de que se trata de medida processual de declaração de um direito real de ordem material que, no entanto, é acessório e visa a garantia de um direito material subjetivo.

Com isso, parece haver a preservação da coerência processual em conjunto com o caráter excepcional e emergente da tutela ora em análise.

⁶³¹ “Art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.

§ 1.º A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio.

§ 2.º O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo.

§ 3.º O juiz, ouvidas as partes no prazo de 2 (dois) dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente.

§ 4.º O juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade.

§ 5.º O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória.

§ 6.º Se o réu oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal”.

⁶³² “Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

10.3 Os pressupostos da especialização e a discussão da constitucionalidade da hipoteca legal no Processo Penal brasileiro

Assim como ocorre com o seqüestro de bens adquiridos com os proventos do crime, deve haver cuidado intenso na análise das circunstâncias que necessitam estar presentes para o deferimento da medida prevista no art. 134 do Código de Processo Penal.

Tratando-se de especialização de direito real, assegurado pelo Código Civil, a providência processual em comento depende, inicialmente, de pleno reconhecimento deste direito – e a partir daí podem surgir algumas dúvidas sobre a sua constitucionalidade.

Segundo que se viu anteriormente, na forma atual, a hipoteca legal relevante para o Processo Penal está prevista no inciso III, do art. 1.498, que a confere “ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais”.

Tratando-se de especialização de garantia assegurada pelo Código Civil, a medida processual em análise depende, primordialmente, do reconhecimento sobre a existência deste direito.

A valer a possibilidade de hipoteca condicionada (inscrita no art. 1487 do Código Civil e já referida neste capítulo) e, também, a precisão do art. 134 do Código de Processo Penal (no sentido de que a especialização poderá ser pedida em qualquer fase do processo) tem-se concebido que o art. 1489, III do Código Civil não pressupõe a existência de sentença condenatória definitiva para o reconhecimento do direito à hipoteca. Esta conclusão tem prevalecido, muito embora o Código Civil de 2002 tenha repetido o uso da expressão “delinqüente”, já utilizada pelo Código de 1916, para estabelecer a hipoteca legal que interessa ao Processo Penal.

Entretanto mesmo antes da Constituição de 1988, Hélio Tornaghi já enfatizava que se “o sujeito é delinqüente ou não, é algo que só se vai saber com o trânsito em julgado da sentença”.⁶³³

De fato, a posterior enunciação constitucional da presunção de inocência consolidou-a como Princípio e direito fundamental, impedindo que qualquer pessoa

⁶³³ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 38.

seja tratada como autora do delito (ou delinqüente) antes de uma sentença condenatória tornar-se definitiva.

A valer esta regra, o fato de o novo Código Civil ter sido publicado após a promulgação da Constituição de 1988, seria possível exigir coerência do legislador ordinário e interpretar restritivamente o art. 1489, III, da lei civil, reconhecendo o direito do ofendido à hipoteca somente após trânsito em julgado de sentença condenatória e como forma de garantir a reparação do dano durante a ação *ex delicto*.

A este raciocínio, poderia unir-se a um outro, que incide sobre a característica peculiar do referido inciso III diante das outras espécies de hipoteca legal. Pela leitura dos incisos I, II, IV e V do art. 1489 do Código Civil, observa-se que em todas estas situações o sujeito passivo da hipoteca realizou inequivocamente algum ato voluntário que constitui o fato gerador do direito real de garantia.⁶³⁴

Assim, a) o inciso I descreve o exercício de cargo especial PELO AGENTE (encarregado da cobrança, guarda ou administração de fundos e rendas de pessoas de direito público interno); b) o inciso II estabelece a convolação de novas núpcias antes de feito o inventário relativo ao casal anterior; c) o inciso IV remete-se à adjudicação de imóvel por herdeiro reponente; e d) o inciso V considera a arrematação do imóvel pelo licitante.

Como se vê, em todos os incisos destacados, o fato gerador da hipoteca legal é representado por situações objetivas demonstráveis documentalmente⁶³⁵ e, portanto com existência inequívoca e independente de apuração judicial.

Esta característica é coerente com a excepcionalidade da determinação contida no *caput* do art. 1489 do Código Civil, que como já dito, restringe o direito de propriedade sem que sequer se tenha a certeza da existência ou do valor da dívida.

Dito de outro modo, é natural que a lei exija a existência de uma situação demonstrável de plano como condição para a hipoteca legal, já que ela constitui um direito de garantia que onera patrimônio individual na pendência de incerteza sobre a necessidade real desta medida.

⁶³⁴ Embora a expressão “fato gerador” seja mais comumente utilizada no âmbito do direito tributário, é também utilizada para diferir a primeira fase ou o primeiro momento da hipoteca legal (ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII, p. 719)

⁶³⁵ No inciso I, pelo ato de nomeação do funcionário; no inciso II, pela certidão de casamento; no inciso IV pelo auto de adjudicação; e no inciso V, pelo auto de arrematação.

Reconhecida esta tendência do art. 1489 do Código Civil, pode-se afirmar que o texto do inciso III deve ser lido e aplicado restritivamente e segundo a interpretação conferida pelo Princípio da Presunção de Inocência – segundo o qual o uso da expressão “delinqüente” pressupõe a existência de uma sentença penal transitada em julgado. Isso porque somente nesta hipótese a hipoteca legal estabelecida no inciso III estaria de acordo com a lógica aplicada aos demais incisos, pois decorreria igualmente de uma situação objetiva demonstrada documentalmente (ou seja, da prática de um crime, declarado em uma sentença condenatória definitiva).

E forma de análise ecoa o ideal garantista se revela coerente com a Constituição, conforme tratado na primeira parte deste trabalho. Lamentavelmente, este tema não é discutido pela doutrina nacional – que mantém a afirmação (extraída do art. 134 do Código de Processo Penal), de que a especialização processual da hipoteca legal pode ser feita em qualquer fase do processo e, portanto antes de ser proferida uma decisão (eventualmente condenatória).

De todo modo, os questionamentos feitos acima contribuem para a afirmação de que a natureza excepcional da hipoteca legal e a evasiva consequência no patrimônio lícitamente adquirido pelo réu⁶³⁶ recomenda que a especialização e a inscrição somente sejam deferidas quando presente um conjunto verdadeiramente sobejo quanto à responsabilidade criminal do requerido.

Neste aspecto, tem-se que o mesmo art. 134 condiciona o deferimento da especialização à existência de “certeza da infração e indícios suficientes de autoria”. A exigência de certeza sobre a existência do crime se aproxima do raciocínio desenvolvido anteriormente e, por isso, não pode ser taxada de infeliz – como ocorre em Guilherme de Souza Nucci⁶³⁷.

⁶³⁶ Embora a hipoteca legal incida sobre bens exclusivamente do acusado, há manifestação jurisprudencial no sentido de que é possível que a medida constritiva recaia sobre imóveis de pessoa jurídica da qual aquele figura como sócio proprietário. Neste sentido, é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Recurso em Mandado de Segurança n.º 13.675/PR, do qual foi relatora a Ministra Laurita Vaz: “(...) Não se afigura demonstrado, de plano, a existência do direito líquido e certo da ora Recorrente, uma vez que presentes na espécie os pressupostos autorizadores da medida assecuratória deferida (hipoteca legal), consubstanciados, além da existência da materialidade delitiva e de indícios da autoria do delito de apropriação indébita, na confusão patrimonial dos bens particulares do suposto autor do delito e da empresa ora Recorrente. (...)” (5.ª Turma – julgamento em 26/04/2005 – publicação no Diário da Justiça da União de 23/05/2005).

⁶³⁷ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 342.

Não se pode negar que a certeza acerca da responsabilidade criminal depende da verificação *extreme* de dúvidas quanto a realização material do tipo penal, a ausência de situações justificantes ou exculpantes e o vínculo objetivo e subjetivo de uma pessoa (plenamente imputável) com tais fatos. O conjunto destas circunstâncias deve ser reconhecido em sentença transitada em julgado, mediante a qual pode-se afirmar a certeza jurídica ou certeza sobre responsabilidade criminal. Afastando-se desta última idéia, porém, é perfeitamente possível distinguir os conceitos, reconhecendo a possibilidade de afirmação material ou concreta de um fato típico (sem a correspondente declaração de culpa individual).

Neste sentido, Hélio Tornaghi afirma que esta “certeza é a do fato, é a da infração enquanto fato”, não sendo necessário, portanto, que “o juiz esteja convicto da culpa (*lato sensu*)”.⁶³⁸ No mesmo sentido, posiciona-se Romeu Pires de Campos Barros, afirmando que a “forma pela qual se expressa a lei não deixa dúvidas de que a existência do crime, ou seja, este na sua realidade fática, tem que resultar provado, de forma plena e incontestável”.⁶³⁹

Ao lado desta exigência, ainda, o art. 134 do Código de Processo Penal anota que a especialização de hipoteca legal demanda a presença de indícios suficientes de autoria, sobre o que Eugenio Pacelli de Oliveira esclarece que:

“(...) para a decretação do seqüestro a exigência era de indícios veementes da *proveniência ilícita* do bem, sem a necessidade da mesma constatação em relação à *autoria*. A razão de semelhante distinção é muito simples: enquanto o seqüestro se dirige à *coisa litigiosa*, que poderá pertencer até mesmo a terceiros estranhos ao crime, a hipoteca tem como alvo unicamente o patrimônio do suposto autor do fato criminoso, em atenção à sua responsabilidade civil”.⁶⁴⁰

Para que seja válida, ainda, é preciso que a hipoteca legal recaia somente sobre os imóveis necessários para assegurar a futura reparação de dano. Segundo o que diz E. Magalhães Noronha, não deve ser “nem menos nem mais, pois a hipoteca é medida *cautelar* sendo indistintamente abusivo que se gravassem bens além do necessário à garantia”.⁶⁴¹ No mesmo caminho, Guilherme de Souza Nucci assevera que “não se pode bloquear, ao longo da instrução, todo o patrimônio

⁶³⁸ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 39.

⁶³⁹ **Processo Penal Cautelar**, p. 426.

⁶⁴⁰ **Manual de Processo Penal**, p. 271.

⁶⁴¹ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 77.

do acusado, visto que, diante da infração penal em tese cometida, o valor da indenização futura pode não ser elevado o suficiente para uma construção extensa”.⁶⁴² A doutrina civil, finalmente, dá ênfase ao fato de que “não se pode esquecer que a imposição legal da hipoteca se constitui em séria restrição ao direito de propriedade, e este direito, estando incluído dentre os fundamentais, não pode ser restringido além daquilo que se mostre indispensável ao caso concreto”.⁶⁴³

Sob este raciocínio, aliás, imprescindível reconhecer que a constrição patrimonial torna-se desnecessária (e, portanto, ilegal) quando a reparação de dano já está assegurada por meio outro⁶⁴⁴. Neste sentido, Fauzi Hassan Choukr aponta decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, nos autos de Mandado de Segurança n.º 2001.04.01.00921-2 (da relatoria do Juiz Federal Fábio Rosa), em que foi descartada a necessidade de arresto preparatório da especialização de hipoteca legal, uma vez que a reparação já estava assegurada pela inclusão do devedor junto a programa de recuperação fiscal (REFIS)⁶⁴⁵.

Em sintonia com isso, Fernando da Costa Tourinho Filho apresenta a especialização como medida subsidiária à busca e apreensão e ao seqüestro de bens, posto que a reparação do dano pode ocorrer com a restituição do próprio produto do crime (apreendido durante a investigação) ou com o valor apurado com o leilão dos bens seqüestrados. Assim, a especialização de hipoteca legal somente deve ocorrer quando as outras providências processuais não se mostrarem suficientes para garantir a reparação do dano proveniente do delito investigado⁶⁴⁶.

⁶⁴² **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 342. No mesmo caminho: Paulo Lúcio Nogueira (**Curso Completo de Processo Penal**, p. 145).

⁶⁴³ ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII, p. 718.

⁶⁴⁴ Tourinho Filho é enfático neste ponto: “Malgrado a obviedade, insta esclarecer que se o ofendido, com o mesmo propósito, já requereu e obteve no cível medidas cautelares, não terá sentido postulá-las no juízo criminal. Haveria um *bis in idem* de todo injustificável” (**Processo Penal**, v. 3, p. 40).

⁶⁴⁵ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 265.

⁶⁴⁶ “Uma vez que o ofendido faz jus à satisfação do dano *ex delicto*, que se concretiza quer pela restituição quer pelo ressarcimento ou reparação, já sabemos que, se o produto do crime puder ser apreendido, far-se-á a restituição, maneira singela e rápida de se satisfazer aquele. Se, com os proventos do crime, o criminoso vier a adquirir bens imóveis ou móveis, a providência cautelar a ser tomada é o seqüestro. Sendo este incabível, o ofendido, seu representante legal ou herdeiros poderão, no juízo penal, requerer a especialização de hipoteca legal sobre os imóveis do réu, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria” (**Processo Penal**, v. 3, p. 37-38).

10.4 Oportunidade

No que se refere ao momento oportuno para ser requerida a especialização da hipoteca legal, pode-se identificar uma divergência doutrinária bastante delimitada, que incide sobre os termos do art. 134 do Código de Processo Penal.

Segundo E. Magalhães Noronha, ao prever que a medida poderá ser requerida em qualquer fase do “processo”, o art. 134 impede que seja levada a efeito antes do recebimento da denúncia ou queixa, posto que somente a partir deste momento é que se pode falar em processo propriamente dito. Segundo o autor referido:

“Esta hipoteca só pode ser promovida depois de instaurado o processo com o oferecimento da queixa ou da denúncia; não no *inquérito*, já que este não é o processo, mas *procedimento* (n.º 10), e a lei fala expressamente “em qualquer fase do processo”. Cumpre, aliás, notar que, para o seqüestro, explicitamente ela disse “em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa” (art. 127)”⁶⁴⁷.

Comungam deste entendimento Paulo Lúcio Nogueira⁶⁴⁸, Fauzi Hassan Choukr⁶⁴⁹, Hélio Tornaghi⁶⁵⁰, E. Magalhães Noronha⁶⁵¹ e Romeu Pires de Campos Barros⁶⁵². Discordam, entretanto, Eugenio Pacelli de Oliveira⁶⁵³, Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁵⁴ e Guilherme de Souza Nucci⁶⁵⁵, seguindo-se a mesma linha do que é previsto para o seqüestro de bens, a especialização da hipoteca legal poderá ser requerida durante a investigação preliminar. Entende-se, nesta linha, que “a simples referência a *indícios de autoria e certeza da infração* está a indicar que a medida poderá ser tomada mesmo antes da ação penal, já que, uma vez recebida a denúncia ou queixa, a existência dos indícios já estaria implícita”.⁶⁵⁶

Ademais, reconhecendo-se que a medida em comento não pode ser deferida na fase de inquérito, deve-se anotar que, ao contrário do que ocorre com o

⁶⁴⁷ **Curso de Direito Processual Penal**, p. 76.

⁶⁴⁸ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 145.

⁶⁴⁹ **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 265

⁶⁵⁰ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 39

⁶⁵¹ **Ob. cit.**, p. 76.

⁶⁵² **Processo Penal Cautelar**, p. 425-426.

⁶⁵³ **Curso de Processo Penal**, p. 270.

⁶⁵⁴ **Processo Penal**, v. 3, p. 38

⁶⁵⁵ **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 341.

⁶⁵⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, **Manual de Processo Penal**, p. 270.

seqüestro, o Código de Processo Penal não possui regra prevendo o levantamento da especialização da hipoteca legal em razão de demora para o oferecimento da denúncia ou da queixa. Pode-se deduzir que tal omissão não se dá ao acaso, mas decorre da própria vinculação da especialização à existência prévia de uma ação penal.⁶⁵⁷

Entretanto, além da atenção ao adequado uso da expressão “processo” e de sua oposição ao “inquérito” ou a outra espécie de investigação preliminar, deve-se ter em mente as características da hipoteca legal, sobre as quais se tratou na seção anterior. Ou seja, se representa uma invasão ao patrimônio lícitamente adquirido pelo investigado e demandaria (segundo um raciocínio garantista) da própria condenação definitiva, não é razoável que seja deferida antes da instauração da ação penal, especialmente considerando-se que os elementos de informação até então recolhidos não foram submetidos ao contraditório e a outras garantias processuais.

10.5 Rito

Ao contrário do que ocorre com a busca e apreensão, com o seqüestro e com o arresto de bens (que será abordado mais adiante), o Código de Processo Penal apresenta normas mais específicas quanto ao rito procedimental necessário à especialização da hipoteca legal. É o que se vê pela leitura do seu art. 135:

“Art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.

§ 1º A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio.

§ 2º O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não

⁶⁵⁷ Para Eugênio Pacelli de Oliveira, este argumento não impressiona, “uma vez que *ali* [no seqüestro] a medida poderá atingir até mesmo quem não tem qualquer relação com o fato criminoso, o que não ocorre com a hipoteca” (**Manual de Processo Penal**, p. 270-271). Ao contrário do que afirma o autor, entretanto, não há dúvida de que, por incidir sobre patrimônio de origem lícita, a especialização de hipoteca legal configura medida constritiva mais gravosa do que o seqüestro (que incide sobre bens adquiridos supostamente com proventos da infração) – e não o contrário.

houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo.

§ 3º O juiz, ouvidas as partes no prazo de 2 (dois) dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente.

§ 4º O juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade.

§ 5º O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória.

§ 6º Se o réu oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal”.

Portanto, pretendendo fazê-lo perante o Juiz da ação penal⁶⁵⁸, o ofendido ou seus herdeiros (pessoalmente ou por representante legal) deve apresentar petição, demonstrando o cumprimento dos requisitos da especialização – não só por argumentos, mas principalmente, por documentos capazes de dar-lhes sustentação⁶⁵⁹. Incumbe ao autor do pedido de especialização, também, apresentar uma estimativa do dano, que será posteriormente confirmada pela avaliação judicial, necessariamente determinada antes do deferimento do pedido.

Vale registrar que nem mesmo esta avaliação será definitiva, na medida em que somente durante a eventual execução *ex delicto* poderá ser apurado especificamente o *quantum* da responsabilidade patrimonial, decorrente da prática delituosa. O mesmo ocorre em relação à avaliação dos bens indicados para a hipoteca legal – a qual deverá ser realizada no curso do processo de especialização.

Outro ponto de destaque, diz respeito a disposição de regra que assegura o exercício do contraditório (§ 3.º) e que, obviamente, deve ser concebida de forma a garantir que a parte requerida não só possa insurgir-se contra o valor arbitrado para a garantia, como também sobre a própria existência dos demais requisitos da medida – especialmente a “certeza da existência do crime” e os “indícios suficientes de autoria”.

No que se refere às possibilidades recursais, Paulo Lucio Nogueira⁶⁶⁰ nega o cabimento do recurso de apelação – o que não parece coerente com o texto do art.

⁶⁵⁸ O que não é imprescindível, já que pode ser requerida perante o Juízo cível, como registra o art. 144 do Código de Processo Penal: “Art. 144. Os interessados ou, nos casos do art. 142, o Ministério Público poderão requerer no juízo cível, contra o responsável civil, as medidas previstas nos arts. 134, 136 e 137”.

⁶⁵⁹ Esta ênfase é feita oportunamente por Fernando da Costa Tourinho Filho (**Processo Penal**, v. 3, p. 39).

⁶⁶⁰ **Curso Completo de Processo Penal**, p. 146.

593, II, do Código de Processo Penal, com base no qual outros autores apontam exatamente este instrumento como adequado para a veicular irresignação contra o deferimento ou indeferimento do pedido de especialização de hipoteca legal. Neste sentido, cabe citar Fauzi Hassan Choukr⁶⁶¹ e Fernando Capez⁶⁶². O entendimento jurisprudencial corrobora o afirmado por estes autores, como se vê em decisão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, nos autos de Apelação Criminal n.º 2003.70.00.049909-8, de que foi relator o Desembargador Federal Tadaaqui Hirose.⁶⁶³

Uma vez concluído o procedimento de especialização (com a expedição de mandado para que o oficial competente proceda à inscrição da hipoteca junto ao registro do imóvel), os autos correspondentes permanecem no aguardo do término da ação penal e, havendo trânsito em julgado de sentença condenatória, o ofendido poderá requerer a liquidação da medida junto ao Juízo civil. Ao contrário do que ocorre com o seqüestro de bens, não há dúvida acerca da competência para ultimação da providência processual, já que o art. 143 do Código de Processo Penal estabelece expressamente que “Passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou arresto remetidos ao juiz do cível (art. 63)”.

De outro lado, cabe registrar que, ainda que se trate de constituição de um direito, o caráter garantidor deste direito induz à conclusão de que ele seguirá a mesma sorte da obrigação a que está vinculada. Assim, a hipoteca legal será levantada (ainda que já esteja inscrita) na hipótese de absolvição do acusado ou de extinção da punibilidade.

10.6 Arresto prévio

Tendo em vista que o procedimento destinado à especialização e ao registro da hipoteca legal possui alguma complexidade e, portanto, pode demandar certo tempo colocando em risco a eficiência da medida, há a previsão legal do art. 136, do Código de Processo Penal, no sentido de que o(s) imóvel(eis) destinados à especialização poderão ser submetidos a arresto prévio.

⁶⁶¹ Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, p. 266

⁶⁶² Curso de Processo Penal, p. 391.

⁶⁶³ 7.^a Turma— publicação no Diário da Justiça da União de 18/05/2005.

Na concepção original do Código, esta medida era erroneamente denominada “seqüestro prévio”, tendo havido correção somente em 2006, pela Lei n.º 11.435/2006.

Como se destina a assegurar a especialização de hipoteca legal, o arresto deve ser requerido por quem seja parte legítima em relação àquela outra medida.

Com relação à sua natureza jurídica, pode-se afirmar, com João Gualberto Garcez Ramos, que se trata de medida cautelar, uma vez que possui rito sumário; é baseada em um juízo de verossimilhança (sobre os requisitos da hipoteca legal⁶⁶⁴) e na existência de situação de risco (*periculum in mora*); possui duração limitada ao tempo de duração do processo de especialização da hipoteca legal - ao qual é referível (por tutelar o seu cumprimento); e sem possibilidade de gerar coisa julgada material.

O caráter de urgência do arresto prévio é revelado, de modo especial, pela regra do art. 136 do Código de Processo Penal, que condiciona a manutenção do decreto de arresto ao ajuizamento do pedido de especialização no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da efetivação da medida.

Finalmente, cabe anotar que, assim como ocorre em relação ao seqüestro e à hipoteca legal, a decisão que decreta o arresto prévio de imóveis é impugnável por via de apelação criminal (CPP, art. 593, II). Não é cabível a oposição dos embargos de que trata o art. 130 do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de mecanismo destinado exclusivamente ao seqüestro, conforme o que, inclusive, é observado na jurisprudência.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ TORNAGHI, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 49

⁶⁶⁵ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n.º 14.465/SC, do qual foi relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima: “(...) Mostra-se inviável o oferecimento dos embargos previstos no art. 130, I do CPP, contra o seqüestro prévio a que se refere o art. 136 do CPP, que tem natureza de garantia à hipoteca legal (art. 134 do CPP) e que atinge quaisquer bens imóveis do réu para assegurar posterior especialização e inscrição desses bens. (...)” (5.ª Turma – julgamento em 15/03/2005 – publicação no Diário da Justiça da União de 09/05/2005).

11. ARRESTO DE BENS MÓVEIS

De acordo com a notícia de Hélio Tornaghi, o arresto tem origem no direito medieval costumeiro, funcionando em seus primórdios como forma de exercício das próprias razões pelo credor que embargava “os passos do devedor fugitivo ou que se preparava para fugir”⁶⁶⁶ :

“Só em época mais avançada é que passou a recair exclusivamente sobre as coisas do devedor, mas ainda como penhor privado, não judicial, como o seqüestro. Isso explica o fato de o italiano, que usa a palavra *sequestro* tanto para designar o nosso seqüestro, de coisa litigiosa, quanto o arresto indiscriminado de quaisquer bens do devedor, chamarem ao primeiro de *seqüestro judiciário* e ao outro de *seqüestro conservativo*”.⁶⁶⁷

O art. 137 do Código de Processo Penal prevê uma última medida de restrição patrimonial: o arresto subsidiário de bens imóveis. Fala-se em subsidiariedade⁶⁶⁸ porque, de acordo com o texto legal, trata-se de constrição incidente sobre bens móveis, quando o acusado não possuir imóveis ou os possuir em valor inferior aquele que seria assegurado através da inscrição de hipoteca legal. Assim, somente quando a estimativa do dano superar o valor dos imóveis do acusado ou este não possuir é que estará autorizado o deferimento do arresto de que trata o mencionado art. 137.

Nas palavras de Hélio Tornaghi:

“Esse arresto não é como o anterior, destinado a assegurar os imóveis que serão objeto de hipoteca. Não é preventivo da hipoteca. É subsidiário e complementar. Se o acusado tiver imóveis que bastem para responder pela obrigação, a hipoteca é suficiente e não precisa ser complementada por nenhuma outra providência. No caso oposto, permite a lei o arresto dos bens móveis”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 48.

⁶⁶⁷ **Ob. cit.**, v. 3, p. 48.

⁶⁶⁸ E. Magalhães Noronha se refere a esta medida processual como “arresto definitivo” (**Curso de Direito Processual Penal**, p. 78). Porém, embora tenha sido utilizada para diferencia-lo do arresto que acautela a própria especialização e inscrição da hipoteca legal (denominado “provisório” pelo autor) o *nomem juris* referido não se mostra, absolutamente, adequado diante da natureza cautelar das medidas.

⁶⁶⁹ **Ob. cit.**, v. 3, p. 49.

Como ressalta Tourinho Filho, é evidente que os bens móveis sujeitos ao arresto subsidiário não podem consistir no produto ou no instrumento do crime, ou ainda naqueles que tiverem sido adquiridos com os proventos da infração. “Para este, as medidas são outras: a busca e apreensão e o seqüestro”.⁶⁷⁰

Além disso, segundo se extrai do próprio art. 137 do Código de Processo Penal, é ainda preciso que os bens sejam penhoráveis para que sejam arrestados.

Segundo Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, a penhora é:

“(...) ato de constrição judicial, pelo qual se inicia a expropriação de bens do devedor executado, na execução por quantia certa, para satisfação do direito do credor exeqüente. Bens, portanto, são apartados do patrimônio do executado e seguros. Perde ele, assim, o poder de dispor dos mesmos, com eficácia para o exeqüente, sem, contudo, se ver privado, ainda da propriedade”.⁶⁷¹

Não estão sujeitos à penhora os bens relacionados no art. 649 do Código de Processo Civil⁶⁷² e no art. 1.º da Lei n.º 8.009/1990 (Lei do Bem de Família)⁶⁷³, com as exceções do previstas dos arts. 2.º a 4.º da mesma lei⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ **Processo Penal**, v. 3, p. 44.

⁶⁷¹ **Do seqüestro no processo penal brasileiro**, p. 50.

⁶⁷² “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. § 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. § 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”.

⁶⁷³ “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

⁶⁷⁴ “Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Dentre estes dispositivos, cabe dar destaque ao inciso VI do art. 3.º, que excepciona a impenhorabilidade do bem de família na hipótese de o bem ter sido adquirido com o produto do crime ou que seria para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens⁶⁷⁵.

Pois bem. Considerando-se que o arresto de que trata o art. 137 do Código Penal incide sobre os bens móveis penhoráveis “nos termos em que é facultada a hipoteca legal”, conclui-se que o deferimento daquela medida, além da insuficiência de bens móveis do acusado, depende da demonstração de todos requisitos afetos à hipoteca legal. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, “(...) o legislador quis dizer, ali, é que o seqüestro está sujeito às mesmas condições de legitimidade e de oportunidade e aos mesmos pressupostos que a lei estabelece para o pedido de inscrição e especialização da hipoteca legal dos imóveis. Deverá também o seqüestrário, tal qual no pedido de hipoteca, estimar a responsabilidade e o valor dos bens móveis cujo seqüestro requerer”.⁶⁷⁶

Assim, é preciso que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria: que os bens de destinem à reparação de dano (limitando-se ao valor estimado para tanto), que o pedido seja formulado pelo ofendido, seus herdeiros ou representante legal (podendo haver atuação do Ministério Público na situação do art. 142 do Código de Processo Penal). Destaca-se que, com relação ao arresto subsidiário,

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III - pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”.

⁶⁷⁵ Em relação ao tema do bem de família, cabe o destaque feito pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, no sentido de que “Lei nº 8.009/90 contempla a impenhorabilidade dos bens de família, e em seu art. 3º determina as exceções. O inc. IV possibilita a constrição de bem de família para garantir a execução de eventual sentença condenatória a perdimento de bens, ressarcimento e indenização. A pena de multa não é abrangida pela exceção legal” (7.ª Turma - Apelação Criminal n.º 2003.70.00.047251-0 – Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – Relator para o acórdão Desembargador Federal Tadaaqui Hirose – julgamento em 12/09/2006 – publicação no Diário da Justiça da União de 04/10/2006).

⁶⁷⁶ **Processo Penal**, v. 3, p. 45.

devem ser levadas em consideração as mesmas controvérsias, anteriormente tratadas quando da discussão dos temas relacionados à especialização e inscrição da hipoteca legal.

No aspecto procedimental, observa-se, entretanto, o acréscimo de um requisito: a necessidade de o autor demonstrar no pedido inicial, a impossibilidade de se proceder àquela outra medida, porque inexistem bens imóveis registrados em nome do réu; ou, ainda, a insuficiência daqueles que, assim já devem estar hipotecados ou pelo menos indicados em ação destinada a este fim. Com efeito, a insuficiência mencionada somente poderá ser reconhecida quando estiver concluída a estimativa e a avaliação judicial dos bens imóveis relacionados na ação de especialização de inexistência de bens imóveis, permanecem, lamentavelmente, permanece atual a afirmação de João Gualberto Garcez Ramos, no sentido de que no Brasil “não existe um cadastro nacional de proprietários de bens imóveis”⁶⁷⁷ não havendo como contrariar (mais uma vez em virtude das deficiências estruturais do Estado), a seguinte conclusão do professor paranaense:

“(...) é virtualmente impossível provar que alguém não possui bens imóveis, pois ele pode possuí-los em outro Estado – ou até em outro país. A declaração de bens, entregue à Receita Federal, nem sempre é completa e, o mais das vezes, é inacessível ao ofendido pela infração penal. Impor-lhe uma *probatio diabólica* desse gênero seria absurdo. Logo, o mais razoável é admitir-se uma mitigação do requisito e entender-se que o requerente há de provar que o criminoso não possui bens imóveis ou os possui de valor insuficiente, no seu domicílio. Feita essa prova, com as demais válidas para *hipoteca legal*, há que se deferir o *arresto subsidiário*”.⁶⁷⁸

É claro que a afirmação anterior deve ser lida com a ressalva de que, uma vez apresentados os documentos pelo autor do arresto, devem ser eles submetidos ao Contraditório – tal qual estabelece o art. 5.º, LV, da Constituição, e como contempla o procedimento relativo à especialização de hipoteca legal. A partir desta medida, o requerido poderá esclarecer se procedem as afirmações sobre a inexistência ou insuficiência de bens, juntado os documentos que lhes são correspondentes. Somente deste modo, pode-se suprir a deficiência estrutural do Estado sem impor ao acusado encargos processuais indevidos.

⁶⁷⁷ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 309.

⁶⁷⁸ **Ob. cit.**, p. 309.

Ainda no aspecto procedimental, cumpre observar que, se os bens móveis arrestados forem fungíveis e facilmente deterioráveis, o Juiz poderá ordenar a sua venda antecipada, a exemplo do que é possível de ocorrer com relação ao material da apreensão. É o que se extrai do § 1.º, do art. 137 do Código de Processo Penal. Em complementação, o § 2.º do mesmo dispositivo prevê que “das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados, pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família”.

Esta previsão justifica-se porque, enquanto no caso de hipoteca legal, o acusado continue na posse do imóvel (podendo, por isso, perceber frutos e rendimento), o mesmo tende a não ocorrer no arresto subsidiário, sendo preciso que sejam contempladas as necessidades mínimas do acusado e de sua família, “facultando ao juiz conceder a concessão de recursos tirados das rendas de bens arrestados”.⁶⁷⁹

De fato, como estabelece o art. 139 do Código de Processo Penal o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do Processo Civil, que, pelos arts. 148 a 150 do Código de Processo Civil, estabelece:

“Art. 148. A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.

Art. 149. O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução.

Parágrafo único. O juiz poderá nomear, por indicação do depositário ou do administrador, um ou mais prepostos.

Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo”.

Finalmente, quanto à natureza jurídica do arresto subsidiário, João Gualberto Garcez Ramos afirma tratar-se de medida cautelar, já que nela são identificados todos os caracteres típicos das cautelares: a urgência, a sumariedade formal e material, aparência, temporariedade, referibilidade e incapacidade de gerar coisa julgada material.⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ TORNAGHI, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, v. 3, p. 51.

⁶⁸⁰ **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 310.

Concordando-se, finalmente, com esta conclusão, deve-se ter em mente que a qualidade cautelar do arresto condiciona o seu deferimento à presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

12. CASUÍSTICA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Além das abordagens feitas nos capítulos 8 a 11, outros temas relevantes são envolvidos pelo estudo reflexivo da busca e apreensão, do seqüestro de bens, da especialização e inscrição da hipoteca legal e das espécies de arresto no Processo Penal brasileiro, à luz das características da Sociedade de Risco e do Estado Democrático de Direito. Por estarem vinculados a mais de uma destas medidas e/ou por possuírem caráter de excepcional especificidade, alguns temas foram destacados, para tratamento individual, a ser realizado neste décimo segundo capítulo.

O principal motivo para a abordagem em apartado, entretanto, identifica-se com mais intensidade pelo aprofundado nível de controvérsia que recai sobre estes temas – o que, via de regra, está vinculado a inovações legislativas.

Assim ocorre, por exemplo, a partir das regras previstas na lei de lavagem de dinheiro, sobre a administração de bens apreendidos e/ou seqüestrados e sobre a cooperação internacional; assim como a partir da possibilidade de uso e venda antecipada dos bens apreendidos (estabelecida pela nova lei de tóxicos) e das condições para o levantamento das constrições patrimoniais (estabelecidas pelos dois diplomas referenciados).

A escolha dos temas específicos a serem tratados neste capítulo, ainda, foi motivada pela observação de práticas judiciais bastante características na atualidade

Neste aspecto, cabe citar a vedação do acesso da defesa aos autos em que se processam as constrições patrimoniais e a manutenção das constrições independentemente do tempo demandado para a conclusão do processo principal.

Dadas as características destes temas, a exposição que segue ganha contornos menos dogmáticos e doutrinários e, em razão disso, é concebida muito mais como uma relação de propostas para debate acadêmico e principalmente para o diálogo entre a doutrina e o Poder Judiciário, em virtude da carência verificada em relação a tais assuntos.

12.1 A administração dos bens apreendidos e/ou seqüestrados segundo a Lei de Lavagem de Dinheiro

Considerando que o arresto e o seqüestro de bens os retira da esfera de posse do investigado, a responsabilidade de sua conservação e manutenção passa a ser responsabilidade provisória do Estado. Por certo, evitar uma depreciação acelerada do produto do arresto ou do seqüestro processual é, ao mesmo tempo, dever e interesse do Estado, pois de um lado responderá, ao investigado absolvido, por perdas e danos decorrentes da má administração dos bens durante a duração do arresto ou seqüestro; e de outro não obterá o valor que seria originalmente possível, quando realizado o leilão dos bens, em caso de sentença condenatória.

No contexto da atuação penal característica da Sociedade de Risco, esta responsabilidade acaba representando um ônus bastante novo para a realidade do Poder Judiciário brasileiro, que vem enfrentando as dificuldades de administrar conjuntos numerosos de bens móveis e imóveis valiosos (abrangendo, por exemplo, carros de luxo, aeronaves, embarcações, fazendas produtivas e ações ou imóveis de empresas em atividade).

Esta é, certamente, a razão de a Lei de Lavagem de Dinheiro conter provisões explícitas sobre o tema, como se vê em seus arts. 5.º e 6.º:

“Art. 5.º. Quando as circunstâncias o aconselharem, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa qualificada para administração dos bens, diretos ou valores apreendidos ou seqüestrados, mediante termo de compromisso.

Art. 6.º. O administrador dos bens: I – fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração. II – prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados. **Parágrafo único.** Os atos relativos à administração dos bens apreendidos ou seqüestrados serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível”.

Cabe alertar, entretanto, que a previsão de nomeação de um administrador remunerado, pelo Juiz responsável pelo decreto de constrição de bens, não é exatamente uma inovação no ordenamento jurídico pátrio. O art. 139 do Código de Processo Penal já s previa, ao estabelecer que o “depósito e administração de bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”. Como mencionado anteriormente, esta regra remete-se ao conteúdo dos arts. 148 a 150 do Código de

Processo Civil, que também prevêem a nomeação de administrador para zelar pelo material processualmente constritado, mediante o pagamento de remuneração arbitrada pelo Magistrado.

No entanto, a quase inexistente demanda da aplicação destas medidas até pouco mais de dez anos atrás, fez com que a doutrina processual penal quase nada discutisse sobre elas.

Por isso, também, a administração de bens constritados durante a persecução penal soa quase como tema inédito no Direito nacional.

Pois bem, a leitura comparativa dos arts. 148 a 150 do Código de Processo Civil e dos arts. 5.º e 6.º da Lei de Lavagem de Dinheiro revela que não existem grandes distinções entre regras de administração de bens alheios neles contidas. Cabe, porém, referir as poucas diferenças antes de discorrer sobre os conteúdos semelhantes.

Neste aspecto, observa-se que, enquanto as regras do Código de Processo Civil, no âmbito penal, não se destinam a todas as investigações, mas somente aos bens arrestados (pela expressa determinação do art. 139 do Código de Processo Penal), aquelas contidas na Lei n.º 9.613/1998 incidem sobre o produto de seqüestro ou da apreensão realizada em investigações relacionadas a crime de lavagem de dinheiro.

Além disso, distinguindo os dois tipos de regulamentação sobre a administração de bens constritados, o art. 6.º da Lei n.º 9.613/1998 estabelece expressamente o dever de prestação de contas pelo administrador nomeado (inciso II) e a intimação do Ministério Público acerca dos atos da administração (parágrafo único) – o que não consta, obviamente do Código de Processo Civil.

Este *Codex*, por sua vez, prevê a responsabilidade do administrador “que, por dolo ou culpa” causar dano à parte.

Em essência, porém, a administração de bens constritados, feita por terceiro, possui as mesmas características nos dois diplomas referidos.

A primeira delas diz respeito ao fato de este terceiro ser nomeado diretamente pelo Juiz responsável pela constrição. Como se trata de atividade eventual e com enorme gama de variação (já que os bens indisponibilizados podem possuir qualquer tipo de natureza), a administração é realizada por particulares, instituídos especialmente neste encargo.

A legislação não apresenta critérios para a escolha do administrador, em virtude de que Danilo Fontenele Sampaio Cunha entende como evidente “que o escolhido deve residir ou ter domicílio na mesma localidade onde se situam os bens, ser reconhecido por sua idoneidade moral e financeira e, de preferência, ter formação em direito, em economia ou em administração de empresas”.⁶⁸¹

Pode-se reconhecer, entretanto, que pela natureza dos bens a serem administrados, seja dispensável a proximidade física do administrador (como, por exemplo, em caso de ações da Bolsa de Valores). Da mesma forma, a diplomação em curso superior – referida pelo autor antes mencionado, pode ser substituída pela reconhecida competência do indicado para a gestão da atividade envolvida no produto da constrição, unida à capacidade de cumprir com a responsabilidade deste encargo.

Nesta linha de raciocínio, observa-se a possibilidade de nomeação de mais de um administrador em um só processo, seja em virtude do volume, seja em razão da diversidade dos bens retirados da esfera de posse do investigado.

Ao que parece, não há impedimentos para que o Magistrado venha a acrescentar novo(s) administrador(es) após ter nomeado o primeiro; assim como para que venha a substituí-lo no curso do processo, considerando a percepção de sua inabilidade ou má-fé.

No entanto, a falta de critérios legais para isso, assim como para a própria escolha do administrador⁶⁸² torna excessivamente aberto o campo de possibilidades dadas ao Juiz, impedindo o controle efetivo sobre a legalidade de suas decisões, especialmente pelo investigado.

Aliás, outra questão interessante para observar diz respeito à omissão da lei quanto à participação do proprietário dos bens indisponibilizados no processo de nomeação e fiscalização do administrador judicial. Vê-se, assim, que o art. 5.º e o parágrafo único do art. 6.º, da Lei de Lavagem de Dinheiro. Somente mencionam a intervenção do Ministério Público, não havendo (tal como se vê no Código de Processo Civil) nenhuma previsão para a intimação do investigado. Ora, ainda que haja a possibilidade de ser decretado futuramente a perda dos bens constriados, o

⁶⁸¹ **Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 184.

⁶⁸² Não se ignora, é certo, que, em vista do art. 37 da Constituição, a escolha do Magistrado não poderá afetar os princípios da moralidade e impessoabilidade, recomendando-se que o Juiz se abstenha de nomear amigos ou pessoas a quem pretenda, de certa forma, prestar auxílio.

processo também trabalha a possibilidade contrária, permanecendo o interesse do requerido na boa administração de seus bens. Além disso, figurando como parte do processo cautelar ao qual tal atividade está relacionada, o indiciado ou acusado detém o direito ao Contraditório (CF, art. 5.º, LX), em razão do que não parece ser admissível alheá-lo dos atos de nomeação e administração dos bens.

Esta afirmação torna-se ainda mais relevante diante da natureza da atividade desenvolvida pelo terceiro nomeado para contribuir com o judiciário. Como anota Danilo Fontenele Sampaio Cunha, ao administrador “(...) cabe executar as medidas legais e judiciais necessárias para regularizar, conservar, aumentar e valorizar os bens colocados sob sua responsabilidade (...)”⁶⁸³ – o que abrange um sem número de escolhas desvinculadas de qualquer manual de regras legais ou administrativas. Esta extensa margem de liberdade que é própria da atividade administrativa demanda um controle extremamente próximo, pelo Juiz, e pelas partes do processo principal – ao que se aproxima a determinação contida no inciso II, do art. 5.º, da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Outra questão interessante que decorre da análise deste tema específico, diz respeito à licitude dos bens a serem administrados, relacionando algumas hipóteses sujeitas à aplicação da Lei antes referida, Danilo Fontenele Sampaio Cunha faz menção a cassinos. Ora, ainda que não se possa ignorar a necessidade de o patrimônio imobilizado de tal estabelecimento ser administrado, é inegável que a atividade ilícita desenvolvida anteriormente pelo investigado não pode ter continuidade, não parecendo ser viável falar na administração propriamente de cassinos ou estabelecimentos congêneres.

De todo modo, esta referência conduz novamente à reflexão acerca da margem de liberdade do administrador, podendo-se formular a seguinte questão, em vista do exemplo acima: considerando as necessidades de custear as despesas de manutenção da estrutura de um antigo cassino (que pode envolver veículos e equipamentos, além do próprio imóvel), qual a escolha que poderia ser feita pelo administrador para gerar a renda necessária a esta manutenção, diante da impossibilidade de se dar continuidade à atividade (ilícita) anteriormente desenvolvida? Poderia o administrador optar livremente pela transformação daquela estrutura em um restaurante, em um salão de convenções ou em uma escola?

⁶⁸³ **Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 182.

Parece que não; podendo-se imaginar que as sugestões devem ser submetidas ao juízo e à manifestação das partes (ambas interessadas na conservação e eventual incremento do valor dos bens constribuídos). Caberia, entretanto, haver melhor regulamentação sobre o tema.

O mesmo pode-se dizer quanto à remuneração do administrador – outro ponto de enorme relevância prática; uma vez que a eficiência e a dedicação da pessoa nomeada pelo Magistrado para o exercício da transitória administração de bens passa necessariamente pelo incentivo financeiro que lhe é oferecido. Esta observação se torna ainda mais relevante diante do fato de que não há expectativa de o administrador judicial usufruir o sucesso de sua atividade, como o que ocorre com um administrador particular (com retiradas de lucro, etc.). De outro lado, o Magistrado deve ter em mente que o pagamento da remuneração constitui mais um ônus sobre o patrimônio indisponibilizado cujo valor se pretende conservar – revelando-se assim, bastante difícil arbitrar o *quantum* da remuneração do administrador (a despeito da regra do art. 6.º, I, da Lei de Lavagem de Dinheiro).

Uma última questão que, nesta análise, merece apontamento, diz respeito à responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da má administração. O art. 150 do Código de Processo Civil (que tranqüilamente deve ser aplicado às hipóteses da Lei de Lavagem de Dinheiro) prevê que o administrador será responsabilizado por tais prejuízos, ainda que estes não tenham sido ocasionados dolosamente. Portanto, a lei prevê a “punição” do administrador negligente, imprudente ou imperito, valendo questionar quais seriam os limites para a identificação destes caracteres diante da extensa margem de liberdade inerente à função administrativa. Dito de outro modo seria possível responsabilizar o administrador pelo prejuízo causado por mera inabilidade, já que esta revelaria falta de perícia para a atividade que lhe foi confiada, ou alguma outra circunstância de maior gravidade seria necessária para a imposição da perda da remuneração e do eventual dever de reparação do dano? Além disso: seria possível apurar sumariamente se o prejuízo verificado estaria vinculado somente às escolhas do administrador ou seria consequência de condições externas, como por exemplo, a flutuação do mercado financeiro?

Não parece haver resposta para estas questões na legislação pátria, que assim, insista-se, merece refletido aprofundamento sobre o tema desta seção – inclusive na esfera procedimental.

Neste aspecto, além de prever a participação da defesa do investigado, de estabelecer prazos para os pronunciamentos do administrador, cumpriria à lei regulamentar as hipóteses recursais com a preocupação em torná-las efetivas no contexto dinâmico das atividades de administração.

Ainda assim, na ausência de regras quanto a este último tema, pode-se apontar o cabimento da apelação relativa às decisões com força de definitivas (CPP, 593, II) rechaçando-se a sugestão de Danilo Fontenele Sampaio Cunha⁶⁸⁴ quanto à utilização analógica do recurso em sentido estrito (já que constitui *numerus clausus*).

12.2 A aplicação das medidas patrimoniais de urgência em circunstâncias de cooperação internacional

O segundo tema suscitado pela Lei de Lavagem de Dinheiro diz respeito ao cumprimento, no Brasil, de medidas constritivas patrimoniais decretadas por autoridades estrangeiras. Assim como o que foi destacado no sub-capítulo anterior, a referência feita pela lei especial não é totalmente nova, haja vista que o tema da cooperação internacional em matéria penal é tratado pelo Código de Processo Penal, já desde a sua edição original. Registra-se, é claro, que a lei inova ao estabelecer a repartição dos recursos provenientes de alienação dos bens constritados, entre o Brasil e o País que decretou a medida da proporção de 50%.

No entanto, a regulamentação básica que autoriza a introdução desta norma em vista da cooperação internacional já era existente, não obstante sujeita a um certo nível de esquecimento pela doutrina. O caráter transnacional da lavagem de dinheiro – delito característico da Sociedade de Risco – entretanto, coloca em evidência toda esta matéria, que, assim, merece algumas referências no presente trabalho.

Com técnica pouco apurada, o art. 8.º da lei 9.613/1998 estabelece que o “Juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1.º, praticados no estrangeiro.

⁶⁸⁴ **Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp, p. 187.**

A primeira ressalva a ser feita quanto a esta previsão diz respeito à questão procedimental. Ao contrário do que faz supor o texto do artigo mencionado, a execução do pedido da autoridade estrangeira não, é de plano, determinada pelo “juiz” singular, mas depende de ordem anterior do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Isto porque o cumprimento da solicitação estrangeira somente pode ser veiculada por meio de carta rogatória⁶⁸⁵, cujo processamento encontra respaldo na Constituição (art. 105, I, “i”), na Resolução n.º 09/2005, do Superior Tribunal de Justiça e no Código de Processo Penal (arts. 780 a 786), cujas normas devem ser interpretadas de acordo com as inovações contidas na lei fundamental.⁶⁸⁶ Sobre isso, Aury Lopes Júnior lamenta a realidade atual, em que:

“existe uma inegável **crise da teoria das fontes**, onde uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata a executividade. Essa recusa é que deve ser combatida. (...) o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não o contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos seja interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941”.⁶⁸⁷

Assim, para que, a pedido de autoridade estrangeira, sejam arrestados, seqüestrados ou apreendidos bens situados em território nacional, é preciso que haja manifestação de reciprocidade, que, na verdade, se traduz em regra fundamental do direito internacional, em geral expressada através da celebração de tratados e convenções bilaterais ou multilaterais (como se verifica na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, assinada no Panamá, em 1975 e promulgada no ordenamento interno, através do Decreto n.º 1899/1996).⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Segundo o art. 7.º, da Resolução n.º 09/2005, do Superior Tribunal de Justiça, “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.”

⁶⁸⁶ Neste sentido, dá-se destaque à transferência da competência pra o *exequatur* – do Presidente do Supremo Tribunal Federal para o Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁸⁷ **Direito Processo Penal e sua conformação constitucional**, p. 10-11.

⁶⁸⁸ Sobre este diploma internacional, Guilherme de Souza Nucci informa que: “(...) os países membros da Organização dos Estados Americanos, subscritores da mencionada Convenção, devem cumprir cartas rogatórias uns dos outros da forma prevista no Tratado. É certo que o art. 2.º estipula que ‘esta Convenção aplicar-se-á às cartas rogatórias expedidas em processos relativos a matéria civil ou comercial pelas autoridades judiciárias de um dos Estados partes nesta Convenção’, mas há a previsão feita no art. 16 de que ‘os estados partes nesta Convenção poderão declarar que entendem as normas da mesma à tramitação de cartas rogatórias que se refiram a matéria criminal, trabalhista,

A reciprocidade mostra-se especialmente importante nos casos previstos pela Lei de Lavagem de Dinheiro, na medida em que o já mencionado § 2.º, do art. 8.º, impõe ao país requerente a repartição (na ordem de 50%) do valor apurado com a venda dos bens constrictados no Brasil, caso não haja tratado ou convenção firmado entre os dois países regulamentando a matéria previamente. Daí a expressa previsão do § 1.º, do art. 8.º, da Lei n.º 9.613/98, no sentido de que “Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.”

Recebida pelas vias diplomáticas, a carta rogatória destinada a constrição de bens deve ser encaminhada ao Superior Tribunal de Justiça, perante a qual tramitará, sob os cuidados do Ministro Presidente e de acordo com o rito previsto nos arts. 7.º a 14, da Resolução n.º 09/2005, do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

“Art. 7.º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias para cumprimento por auxílio direto.

Art. 8.º A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória. Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

Art. 9.º Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade de documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução. § 1.º Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo.

§ 2.º Havendo impugnação às cartas rogatórias decisórias, o processo poderá, por determinação do Presidente, ser distribuído para julgamento pela Corte Especial.

§ 3º Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial que será pessoalmente notificado.

contencioso-administrativa, juízos arbitrais ou outras matérias objeto de jurisdição especial. Tais declarações serão comunicadas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos'. O Brasil não fez, oficialmente, referida comunicação, mas, na prática, tem remetido cartas rogatórias e recebido outras de países membros da OEA para cumprimento!. (**Código de Processo Penal Comentado**, p. 1053).

Art. 10 O Ministério Público terá vista dos autos nas cartas rogatórias e homologações de sentenças estrangeiras, pelo prazo de dez dias, podendo impugna-las.

Art. 11 Das decisões do Presidente na homologação de sentença estrangeira e nas cartas rogatórias cabe agravo regimental.

Art. 12 a sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença, no Juízo Federal competente.

Art. 13 a carta rogatória, depois de concedido o exequatur, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente.

§ 1.º No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o Presidente.

§ 2.º Da decisão que julgar os embargos, cabe agravo regimental.

§ 3.º Quando cabível, o Presidente ou o Relator do Agravo Regimental poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada. Art. 14 Cumprida a carta rogatória, será devolvida ao Presidente do STJ, no prazo de 10 (dez) dias, e por este remetida, em igual prazo, por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores, à autoridade judiciária de origem”.

Chama a atenção, nestas regras, a autorização para suprimir o Contraditório prévio, nos casos em que a intimação da parte interessada puder frustrar a medida solicitada pelo país estrangeiro. Nesta hipótese, que bem se amolda às providências de indisponibilidade e apreensão de bens, cabe assegurar o Contraditório diferido, como anota Guilherme de Souza Nucci, a partir de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2006:

“(…) Se a finalidade é buscar bens do acusado, tornando-os indisponíveis, a abertura de vista ao interessado pode levar ao *sumiço* dos referidos bens. Logo, a diligência seria infrutífera. Assim já decidiu o STF: ‘Trata-se de cautelar que necessita ser efetivada sem a ciência ou a presença do paciente, por que poderia frustrar-se com sua prévia intimação, pondo em perigo a eficácia prática da medida’. E continua o relator: ‘isso não significa, todavia, que, tão logo realizada e documentada nos autos a diligência, não se deva assegurar ao interessado a possibilidade de defesa, o contraditório diferido, retardado, ou postergado, a fim de fazer valer a regra contida no art. 5.º, LIV, da Constituição da República’ (HC 89.555-SP, 2.º T., rel. Cezar Peluso, 31.10.2006, v.u., DJ 07.12.2006).”

Uma vez proferido o *exequatur*, a carta rogatória será encaminhada ao Tribunal Regional Federal⁶⁸⁹ que compreenda em sua jurisdição o local onde deve ser

⁶⁸⁹ O art. 784, § 2.º do Código de Processo Penal menciona que a carta rogatória será encaminhada ao Tribunal de Apelação do Estado, território ou do Distrito Federal, para cumprimento do *exequatur*. No entanto, a Constituição de 1988 atribuiu a Justiça Federal, o cumprimento de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias (CF, art. 109, X: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória,

cumprida a medida. Referido Tribunal remeterá os autos para à Subseção Judiciária que detenha a competência territorial específica, onde, mediante distribuição, serão destinados finalmente para o Magistrado que o materialmente dará cumprimento ao *exequatur*.

A partir deste roteiro de procedimentos que antecedem ao cumprimento efetivo da apreensão ou do seqüestro de bens pelo “juiz” mencionado pelo *caput* do art. 8.º, vê-se que há efetiva simplificação do legislador especial, que sequer faz referência às regras correspondentes ao *exequatur* de carta rogatória.

Além disso, no mesmo dispositivo observa-se a imprecisão relativa ao conteúdo da atuação do Magistrado singular, já que se menciona que ele determinará “a apreensão, o seqüestro de bens, direitos e valores oriundos de crimes descritos no art. 1.º, praticados no estrangeiro”. Esta disposição das palavras e a falta de anotação sobre a prévia indicação dos bens pela autoridade estrangeira permite supor que, no cumprimento da carta rogatória, o Poder Judiciário nacional poderia fazer a identificação de bens provenientes de lavagem de dinheiro praticada em outro país e, assim, decretar a apreensão ou o seqüestro.

No entanto, esta hipótese não parece possível, uma vez que, destinando-se a processo vinculado a ordenamento jurídico estrangeiro, as medidas constritivas devem ser decretadas de acordo com os requisitos e limites de tal ordenamento – o que, obviamente, não é possível de ser realizado por integrante do Poder Judiciário nacional.

Corroborando esta conclusão, como condição para o cumprimento da carta rogatória, tem-se a necessidade de fundamentação da decisão estrangeira, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa averiguar a correspondência aos conceitos básicos do ordenamento nacional, como destaca Danilo Fontenele Sampaio Cunha.

“É requisito constitucional para a validade das decisões judiciais a existência de fundamentação, pois somente através dela é que se pode verificar, com exatidão, se foram respeitados os conceitos básicos do Direito, tais como a proteção à dignidade da pessoa humana (princípio basilar no ordenamento nacional e um dos eixos fundamentais dos direitos humanos), garantia de ampla defesa e contraditório, existência de provas ilícitas, etc., sendo a ausência de fundamentação um obstáculo ao cumprimento da decisão estrangeira ante mácula à ordem pública (Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei 4657/1942 – As leis, atos e sentenças de outro

após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização”)

país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a 'ordem pública' e os bons costumes – grifamos)".⁶⁹⁰

É de se destacar a omissão do legislador quanto à forma de cumprimento do § 2.º, do art. 8.º, ou seja, com relação aos mecanismos e procedimentos pelos quais se promoverá a divisão ou repartição do valor apurado pelo leilão dos bens apreendidos ou seqüestrados. Aliás, não há previsão, também, quanto aos meios de alienação destes bens ou quanto a prazos máximos de duração das medidas constritivas – temas bastante relevantes diante do fato de o processo de que se originam as constrições não estão sob o controle do Direito Nacional. Ou seja, uma vez que a apuração do crime de lavagem de dinheiro é feita em país estrangeiro, seria pertinente que a legislação brasileira contemplasse regras que obrigassem o Estado expedidor da carta rogatória a prestar, em prazo determinado, informações sobre a conclusão da ação penal e sobre a eventual alienação dos bens, para que assim se pudesse avaliar a legalidade da manutenção do seqüestro e/ou da apreensão pelo judiciário nacional.

12.3 O uso e a venda antecipada dos bens apreendidos na nova Lei de Tóxicos e em proposta de alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro

Contendo regras inovadoras sobre a destinação de bens apreendidos, a lei n.º 11.343/2006 prevê a possibilidade de os bens apreendidos serem utilizados por entidades estatais ou privadas. Estabelece, ainda, o cabimento da venda destes bens logo após ser iniciada a ação penal e, portanto, antes de ser proferida sentença condenatória.

⁶⁹⁰ Medidas cautelares, *in* Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp, p. 184.

Pela leitura conjugada dos arts. 61 e 62⁶⁹¹ da referida lei extrai-se, inicialmente as seguintes regras sobre o tema: durante o inquérito policial, o juízo poderá autorizar que, à exceção de armas de fogo, maquinários, utensílios, instrumentos, veículos, embarcações, aeronaves ou outros meios de transporte sejam colocados à disposição (para o uso) da polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou de órgãos militares destinados à repressão do tráfico de drogas – permanecendo esta medida provisória até o trânsito em julgado da sentença da ação penal, que, sendo condenatória, deverá dar a destinação definitiva a tais bens, declarados perdidos em favor da União. Entidades que atuam na prevenção do uso

⁶⁹¹ “Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

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

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica. § 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público. (...) § 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades. § 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram. § 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal. § 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias. § 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão. § 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo. § 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo. § 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União”.

de entorpecentes, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas também poderão receber autorização para utilização dos bens apreendidos que não tenham sido destinados aos órgãos estatais antes referidos. Em ambas as situações, os órgãos ou entidades beneficiados ficarão isentos do pagamento de multas, encargos e tributos, de acordo com o que será declarado em decisão judicial que também determinará a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento do bem, junto ao órgão competente. Pela leitura dos arts. 61 e 62 da Lei de Tóxicos, ainda, tem-se também que o uso dos bens apreendidos, durante a persecução, poderá ser autorizado quando não houver prejuízo para a produção da prova dos fatos e estiver comprovado o “interesse público ou social”. Além disso, pelo § 4.º, do art. 62, a lei em comento determina (de maneira imperativa) que, após a instauração da ação penal, o Ministério Público requererá a venda antecipada dos bens apreendidos e não reservados para o uso de órgãos públicos ou entidades de prevenção e tratamento de dependentes químicos. O § 7.º segue estabelecendo que deverão ser respeitados os critérios de instrumentalidade (entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática) e de possibilidade de perda de valor econômico em virtude do decurso do tempo. Procedimentalmente, a Lei de Tóxicos não prevê nenhuma intervenção da defesa para que seja autorizada a utilização dos bens apreendidos, no curso da persecução penal. Quanto à alienação antecipada, § 7.º, do art. 62 estabelece a intimação do interessado, para se manifestar em cinco dias. No aspecto recursal, finalmente, o § 10.º, daquele mesmo dispositivo, limita os efeitos dos recursos interpostos contra as medidas de utilização e venda antecipada meramente ao efeito devolutivo.

Assim resumidas as hipóteses de uso e venda antecipada de bens apreendidos sob a suspeita da prática de crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, pode-se fazer alguns questionamentos com relação à natureza destas medidas e a seu relacionamento com as normas constitucionais.

O primeiro deles diz respeito à característica claramente antecipatória da alienação de que tratam os §§ 4.º a 10.º, do art. 62 da lei de tóxicos e, conseqüentemente, à sua inconstitucionalidade.

Com efeito, retomando os critérios de identificação das medidas cautelares, pode-se dizer que a providência em comento é baseada em um juízo de aparência, posto que parte da suspeita de que os objetos foram utilizados como instrumentos de crime (com relação ao qual igualmente não há certeza). É realizada mediante

sumariedade exclusivamente material, uma vez que o rito descrito nos §§ 5.º a 10.º abrange etapas processuais diversas, como a avaliação dos bens e outras diligências destinadas a dirimir dúvidas levantadas pelas partes.

De outro lado, embora seja referível à ação penal condenatória (uma vez que incide sobre os bens que assegurarão o cumprimento da reparação de dano eventualmente imposta ao réu), a venda antecipada de bens não preenche o critério da fungibilidade, por mais uma razão afastando-se dela a natureza cautelar. Isto porque, se o leilão for realizado nos estritos termos da lei e a aquisição for feita sem qualquer vício de consentimento, não haverá possibilidade de reverter a operação. Assim, ainda que o réu seja, futuramente, absolvido, a boa-fé do adquirente e o cumprimento das condições da venda impedem que o Poder Judiciário imponha o desfazimento do negócio (CF, art. 5.º, XXXVI⁶⁹²).

A inexistência de fungibilidade deve ser reconhecida mesmo que se preveja que, em caso de absolvição, o valor apurado com a venda dos bens apreendidos será destinado ao réu absolvido. Isto porque, não há dúvida de que esta alternativa não substitui a devolução do(s) bem(ns) propriamente dito que, por conta da existência do processo penal, teve a sua venda determinada independentemente da vontade de seu proprietário.

Esta última consideração revela que, além de não consistir em medida cautelar, a alienação prevista pela nova Lei de Tóxicos representa medida extremamente radical, que estaria a merecer melhores reflexões pelo legislador e pela própria sociedade civil.

Neste aspecto, vale o destaque aos requisitos estabelecidos pelo § 7.º, do art. 62: nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo.

Ora, a apreensão pressupõe invariavelmente a existência de indícios sobre a instrumentalidade entre o objeto e o delito, não havendo qualquer extraordinariedade na indicação do primeiro requisito, para que se justifique a venda antecipada. Do mesmo modo, tratando-se de bens móveis, a perda de valor econômico em virtude do decurso do tempo, salvo algumas exceções, constitui a “ordem natural das coisas” diante da dinâmica do mercado. O que se constata, portanto, é que não há nível suficiente de excepcionalidade ou extraordinariedade nos critérios

⁶⁹² “Art. 5.º. (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (...)”.

estabelecidos pela lei para justificar radical a venda antecipada de bens apreendidos.

Somando esta constatação com a natureza antecipatória da medida, é de se afirmar com bastante seriedade a sua inconstitucionalidade, diante do conteúdo dos Princípios da Presunção de Inocência e da Razoabilidade.⁶⁹³

O segundo questionamento a ser feito sobre a alienação antecipada dos bens apreendidos diz respeito ao tratamento dado pela nova Lei de Tóxicos ao exercício do direito de defesa frente ao requerimento ministerial e às decisões proferidas no procedimento correspondente.

Nesta toada, a primeira análise incide sobre o texto do § 7.º, do art. 62, que estabelece que o acusado somente será intimado para se manifestar após ter sido determinada a avaliação dos bens e, portanto, depois de o Juiz fazer a análise sobre os requisitos da venda antecipada. Embora seja possível que a defesa se pronuncie posteriormente sobre estas circunstâncias e, eventualmente, possa o Magistrado revogar a determinação anterior, não há dúvida de que este já estará com o seu convencimento formado, sendo bastante remota a possibilidade de mudança de entendimento, com o exercício do contraditório posterior. Além disso, reconhecendo-se que os bens apreendidos permanecem fora da esfera de posse do acusado, não há qualquer justificativa para que não seja chamado a participar desde o início do procedimento afeto à alienação antecipada de bens.

⁶⁹³ Sobre esta reflexão, cabe trazer à colação a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, que afasta a alegação de violação ao Princípio da Presunção de Inocência em razão do arresto cautelar de bens exatamente a partir da previsão de que o venda de tais bens somente seria realizada ao fim do processo penal, com a condenação definitiva do réu: "PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA. HIPOTECA LEGAL E ARRESTO. ARTIGO 142 DO CPP. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PERICULUM IN MORA. VERIFICAÇÃO. DESTINAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. 1. Nos termos do artigo 142 do CPP, em havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de arresto provisório e posterior hipoteca legal, bem como o arresto de bens móveis. 2. Para o deferimento da hipoteca legal exige-se prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria, sendo desnecessária prova de que esteja o réu dilapidando seu patrimônio. 3. Não há ilegalidade ou afronta à Constituição Federal na garantia patrimonial cautelarmente ocorrida para satisfação dos danos causados pelo crime. A venda dos bens somente se dará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que afasta críticas de desrespeito ao princípio da presunção de inocência. 4. O periculum in mora se dá por presunção legal, já que havendo o recebimento da denúncia é admissível à vítima buscar a garantia patrimonial para seu ressarcimento. 5. Os bens cautelarmente arrestados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime" (7.ª Turma - Apelação Criminal n.º 2003.70.00.050510-1 – Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro – julgamento em 03/05/2005 – publicação no Diário da Justiça da União 18/05/2005).

Este desprestígio à defesa é repetido pelo texto do § 10, do art. 62, da nova Lei de Tóxicos, que estabelece a atribuição de efeito meramente devolutivo aos recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento em análise. Isto quer dizer que, ainda que o acusado possa se dirigir à instância jurisdicional superior para insurgir-se, por exemplo, contra a homologação da avaliação dos bens ou contra a designação de leilão, tal insurgência não impedirá a realização dos atos subseqüentes e, possivelmente, a venda seja realizada muito antes do julgamento do recurso.

Diante disso e considerando-se a natureza processual antecipatória desta venda, é de se questionar profundamente as regras dos §§ 7.º e 10, do art. 62, da lei n.º 11.343/2006, diante do conteúdo dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

O terceiro apontamento a ser feito neste tópico incide sobre problemas de ordem pragmática, que decorrem da destinação de veículos, aeronaves e embarcações apreendidas, para o uso por órgãos estatais e entidades não governamentais. Embora tenha previsto regras sobre a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento dos veículos e, ainda, a liberação do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à autorização, a nova Lei de Tóxicos não contempla regras específicas acerca da ocorrência de sinistros e outros problemas que tornem inviável a utilização daqueles bens. Assim, por exemplo, verifica-se a ausência de regras sobre a realização de seguro pelos órgãos ou entidades beneficiários com a autorização judicial. Do mesmo modo, ainda que esteja previsto que a cessão de uso acompanha a atribuição de responsabilidade e a finalidade de conservação dos bens, não há solução legal para situações em que, por exemplo, um veículo apresente falha mecânica importante e esta decorra de vício anterior, que, de qualquer modo, venha a onerar o órgão público ou a entidade não governamental que deverá custear os consertos necessários.

Tal qual se verificou em relação à nomeação de administrador de bens seqüestrados, observa-se que a cessão provisória do uso de veículos, embarcações, aeronaves etc. envolve uma série de possibilidades materiais que mereceriam melhor tratamento legislativo.

Esta realidade é contemplada, de certo modo, em Projeto de Lei que propõe a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, na medida em que estabelece que a autorização para que órgãos estatais se utilizem de bens apreendidos seja

condicionada à realização de seguro ou ao depósito de caução, destinado a assegurar o pagamento de danos decorrentes de sinistro ou mau uso.

No mesmo Projeto de Lei, merece destaque também a imposição de risco de deterioração ou depreciação como pressupostos a alienação de bens apreendidos ou seqüestrados antes da conclusão da ação penal condenatória. Embora se possa entender como justificativas ainda frágeis para a medida antecipada, não há dúvida de que a proposta de alteração legislativa representa um avanço, em relação ao que é contemplado na atual Lei de Tóxicos.

De outro lado, pode-se anotar como ponto de crítica a disposição proposta, no Projeto referido, pela qual se admite que a consumação da venda antecipada se dê por valor inferior ao avaliado, em até 25% (vinte e cinco por cento). Um deságio neste montante certamente somente se justificaria em situação de concreta e extrema emergência, principalmente porque se trata de medida processual irreversível.

Vale insistir que tanto a alienação antecipada de bens, quanto a cessão de uso de meios de transporte e outros instrumentos apreendidos, ocorre durante a persecução penal e, portanto, quando ainda pende a dúvida sobre a responsabilidade criminal daquele que se encontra privado de seus bens. Dado o conteúdo do Princípio da Presunção de Inocência, esta dúvida, aliás, deve ser levada a sério até que se torne definitiva, eventual sentença condenatória. Em consequência, a imposição de restrições de direito no curso do processo deve estar justificada por situações concretas de excepcionais tipos de perigo - conforme o que já foi mencionado em diversas passagens deste trabalho.

Não se admite que estas medidas processuais sejam utilizadas como forma de repressão e/ou prevenção de crimes, uma vez que estas são funções propriamente destinadas à pena criminal. Devem, portanto, ser veementemente rechaçadas manifestações como a de Danilo Fontenele Sampaio Cunha, em comentários relativos à cessão de uso de bens apreendidos no seguinte trecho:

“Tais medidas contemplam, a um só tempo, a necessidade de preservação dos bens com os cuidados do Estado, bem como transmitem à sociedade um certo aspecto pedagógico, fomentando principalmente nos mais jovens a lição de que nenhuma vantagem é preservada para quem age ilicitamente.

(...) cremos possível, para reforçar ainda mais o lado pedagógico da lei penal, que tais bens circulem devidamente identificados, ou seja, se por exemplo, uma frota de veículos for apreendida e cedida para

uso da Polícia Federal, nada obsta que sejam colocados, nas portas dos veículos, dizeres indicativos de sua origem, tais como 'Veículo apreendido por ordem judicial em crime de lavagem. Processo n.º 00000 – 11.ª Vara'⁶⁹⁴.

Não há como admitir-se esta proposta ou outras semelhantes diante de um sistema constitucional que preza pela Presunção de Não Culpabilidade, a valer que no curso do processo, nenhuma medida pode ser entendida como forma de repressão ao crime, já que, como anota Winfried Hassemer, contra “mafiosos não é mais necessário se investigar, para isso existem a condenação e a execução da pena. A falsa retórica dissemina uma legitimação para as investigações estatais e deteriora, a longo prazo, o discurso público”.⁶⁹⁵

12.4 As condições para o levantamento das medidas patrimoniais de urgência na Lei de Lavagem de Dinheiro e na nova Lei de Tóxicos

Retomando a leitura da Lei de Lavagem de Dinheiro (n.º 9.6013/1998), identifica-se diferente tratamento à busca e apreensão e à restituição de bens apreendidos nos §§ 2.º e 3.º, de seu art. 4.º.

Segundo o § 2.º, o Juiz “determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos e seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem. Disposição semelhante consta do § 2.º, do art. 60, da nova Lei de Tóxicos (n.º 11.343/2006). Segundo o comentário de Guilherme de Souza Nucci, a princípio, a determinação contida nestes artigos possui sentido óbvio, pois se estiver provada licitude dos bens, não mais se justifica a constrição, por ausência do *fumus commissi delicti*..

No entanto, também segundo anota o referido autor, tal determinação legal representa uma atribuição do ônus da prova ao indiciado ou acusado – “ou seja, a liberação somente será feita antes do julgamento da causa, se o interessado provar a licitude da origem dos bens. Havendo o julgamento, com absolvição, deve-se dar a liberação automaticamente”.⁶⁹⁶ Visto sob esta ótica, os arts. 4.º, § 2.º da Lei n.º

⁶⁹⁴ Medidas cautelares, in *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, p. 177.

⁶⁹⁵ *Direito penal libertário*, p. 145.

⁶⁹⁶ *Leis Penais e processuais penais comentadas*, p. 428.

9.613/98 e 60, § 2.º, da Lei n.º 11.343/2006 consubstanciam verdadeira inversão do ônus da prova, atribuindo ao investigado e, portanto, a quem sofre a medida constritiva, as consequências deletérias da ausência de demonstração cabal acerca da origem dos bens apreendidos (ou seqüestrados)⁶⁹⁷.

Ainda que se deva considerar que os crimes aos quais estas determinações legais estão associadas, é preciso analisar com muito cuidado esta interpretação.

Em primeiro lugar, não se deve olvidar que se trata de medida processual e, portanto, de constrição realizada sem a declaração de certeza da existência do crime e da responsabilidade penal do investigado. Portanto, a valer a efetividade do Princípio da Presunção de Inocência, não parece possível considerar a natureza do crime investigado como causa da inversão do ônus da prova.

Em segundo lugar, impedindo a aceitação da pretensa inversão do ônus da prova para a manutenção da busca e apreensão vinculada a investigações de lavagem de dinheiro e tráfico de entorpecentes, deve-se ter em mente a própria natureza cautelar da medida. Como se expôs anteriormente, as providências cautelares importam em ações restritivas de direitos, realizadas antes de um provimento final sobre a responsabilidade apurada no processo principal, com o intuito de evitar que a decisão final (eventualmente procedente) não seja exequível. Por isso, são medidas bastante excepcionais, que decorrem de um conflito real entre a incerteza do provimento final e o risco de dilapidação dos meios de seu eventual cumprimento. Disto resulta a imprescindibilidade de demonstração dos pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora* – sem os quais a cautelar não pode ser decretada e nem mantida (valendo aqui retomar o conceito de fungibilidade ou precariedade da medida cautelar).

Tendo esta natureza processual, a busca e apreensão ou o seqüestro de bens devem ser decretadaa quando estiverem presentes tais requisitos, justificando-se sua manutenção somente e enquanto eles permanecerem existentes. Sendo certo que o *fumus comissi delicti* corresponde a um juízo de verossimilhança da procedência ilícita dos bens, é perfeitamente possível que esta característica deixe de existir sem que se apresente prova cabal da licitude de sua procedência.

⁶⁹⁷ Esta também é a compreensão de Danilo Fontenele Sampaio Cunha (**Medidas cautelares, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, p. 177).

Para ilustração, pode-se cogitar a hipótese de acusação de lavagem de dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes. Segundo a descrição do *parquet* o empresário “a” recebera de “b” investimentos para a ampliação dos projetos de construção civil de sua empresa, conhecendo a atividade ilícita exercida por “b” – acusado de refinar e revender cocaína. No curso do inquérito, autoriza-se a apreensão ou o seqüestro de veículos adquiridos pela empresa, sob a suspeita de serem produto da lavagem de dinheiro ou de haverem sido adquiridos com os proventos desta mesma infração. No entanto, durante a instrução processual são produzidas todas as provas requeridas pelo Ministério Público e, em nenhuma delas se confirma minimamente a acusação direcionada a “a”.

Nesta hipótese, embora o acusado não tenha conseguido provar a proveniência correta dos veículos, não mais subsiste o *fumus comissi delicti* necessário à manutenção da apreensão ou do seqüestro, já que, para a acusação, todas as fases probatórias foram superadas sem nenhum sucesso.

A valer a interpretação de que os arts. 4.º, § 2.º da Lei n.º 9.613/98 e 60, § 2.º, da Lei n.º 11.343/2006 estabelecem que as medidas constritivas somente serão levantadas antes de sentença absolutória quando a defesa comprovar a proveniência lícita dos bens, estes permaneceriam constritados até o final do processo (talvez por meses ou anos), sem respaldo concreto mínimo – o que, efetivamente, não se afina com o conteúdo do Princípio da Proporcionalidade ou – dito de outro modo – com os conceitos de necessidade, adequação e gradualidade (tratados no capítulo 7).

Deste modo, é razoável conceber que os dispositivos em comento não estabelecem a prova da licitude da origem dos bens apreendidos (ou seqüestrados) como única e exclusiva hipótese de levantamento da medida, antes da conclusão do processo, mas como referência de que este levantamento não pode ser obstado diante da comprovação feita pela defesa.

12.5 A vedação de acesso da defesa aos autos em que se processam as medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro

Outro ponto especial de conflito identificado na observação das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro diz respeito à vedação do acesso da defesa do requerido, aos autos em que se processam tais medidas.

Com efeito, a experiência do foro tem revelado ser prática comum a imposição de *sigilo absoluto* sobre tais procedimentos, permitindo-se o acesso somente do Magistrado, do representante do Ministério Público que atua nos autos e, eventualmente, da autoridade policial. A vedação de acesso da defesa é mantida, inclusive a despeito da demonstração de que o investigado conhece a existência do feito, por exemplo, na hipótese de já ter sido dado cumprimento a uma das medidas restritivas determinadas liminarmente.

Na jurisprudência também se constata esta realidade, como se verifica pela seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“CRIMINAL. RMS. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS CONDUZIDA SOB SIGILO. ACESSO IRRESTRITO DE ADVOGADO, NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O direito do advogado de acesso aos autos não é absoluto, pois em se tratando de processos guardados com segredo de justiça, esse direito sofre restrições, independentemente da existência ou não de procuração.

II. Hipótese em que foi decretada medida cautelar de sequestro de bens pertencentes aos acusados, incidental à ação penal instaurada com vistas à apuração da existência de criminalidade organizada voltada à prática de evasão de divisas.

III. Determinação de que a medida se desenvolvesse de forma sigilosa, tendo indeferida o pedido de vista dos autos formulado pelos ora recorrentes até a concretização do sequestro e decisão judicial em contrário.

IV. Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar a medida cautelar de sequestro gravada de sigilo, negou, fundamentadamente, aos recorrentes, vista dos autos, especialmente porque buscava-se privilegiar a efetividade dos atos jurisdicionais, especialmente em se tratando de ação criminal que coloca em risco a segurança da sociedade e do Estado, na qual deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o privado.

V. Recurso desprovido”⁶⁹⁸.

A viabilidade e constitucionalidade da vedação referida é também defendida em algumas manifestações doutrinárias. Neste sentido, Danilo Fontenele Sampaio Cunha, afirma que a tramitação em *sigilo absoluto* deve ser a regra para as medidas

⁶⁹⁸ STJ – 5.^a Turma – Recurso em Mandado de Segurança n.º 18.673/PR – Relator Ministro Gilson Dipp – julgamento em 16/06/2005 – publicação no Diário da Justiça da União de 01/08/2005 – p. 479.

processuais de urgência no Processo Penal, tendo em vista a necessidade de ser assegurada a eficiência de seu cumprimento:

“Neste aspecto, deve a medida cautelar ser desenvolvida, desde o seu início, em autos apartados no processo ou inquérito, facilitando assim o manuseio dos autos e, ao mesmo tempo, preservando o sigilo até a concretização da medida pleiteada. Dessa forma, nas hipóteses de processo em curso, o advogado do réu terá acesso aos autos principais mas só saberá da medida constritiva após o seu aperfeiçoamento, uma vez que os autos da medida correrão em segredo e longe fisicamente dos autos principais”.⁶⁹⁹

Muito embora a rotina forense, a jurisprudência e a doutrina possuam manifestações firmes neste sentido, parece necessário questionar a validade dos fundamentos desta tendência ao acolhimento da regra do sigilo. Isto porque, a publicidade dos atos estatais e de todos os procedimentos do Poder Judiciário configura regra constitucional, inserta, aliás, em duas passagens da lei fundamental: no art. 5.º, LV e no art. 93, IX da Constituição.

Em obra especialmente dedicada ao Princípio da Publicidade, Roberto José Ferreira de Almada considera a publicidade como “algo que se coloca à disposição dos jurisdicionados com o intuito de protegê-los da insegurança que possa advir de um processo secreto, conduzido a portas fechadas, sem a possibilidade de revelação e de controle”.⁷⁰⁰ Na mesma toada, Rogério Lauria Tucci descreve a publicidade como:

“(...) requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, num procedimento demarcado em lei, a fim de que sejam prévia e amplamente conhecidos, propiciando a participação dos interessados; atende, por outro lado, ao reclamo da transparência da Justiça (particularmente da Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e dos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade da paz social, mais efetivamente de segurança pública”.⁷⁰¹

Segundo anota Antônio Scarance Fernandes, a “inserção da garantia na Constituição teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento sigiloso”, introduzindo como regra a publicidade plena e, como exceção, a publicidade restrita. De todo modo, para este autor, os casos de necessidade de

⁶⁹⁹ Medidas cautelares, in *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, p. 173.

⁷⁰⁰ A garantia processual da publicidade, p. 94.

⁷⁰¹ Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, p. 212.

defender-se a intimidade ou o interesse social gerariam uma restrição da publicidade ao público em geral, ficando preservado, sempre, o acesso aos sujeitos da relação jurídica processual⁷⁰².

De fato, concebida em toda a sua extensão, a garantia constitucional da publicidade apresenta-se como importante fundamento do Estado Democrático de Direito, podendo ser entendida como uma garantia de outras garantias. Isto porque é somente a partir do acesso aos dados processuais (ou relativos a outras ações estatais) que o indivíduo pode exercer outros direitos fundamentais, como o Contraditório, a Ampla Defesa etc.

Não se ignora que o exercício da publicidade plena, em todas as situações, pode produzir inconvenientes e riscos. Entretanto, a restrição da publicidade deve estar perfeitamente justificada em dados concretos, que possuam grau de excepcionalidade e gravidade suficiente para superar a regra constitucional e que, assim, estejam apresentados em decisão devidamente fundamentada. Não se possível, portanto, adotar o *sigilo* como regra, especialmente diante da existência de determinação em sentido contrário.

Além disso, ainda que norma houvesse neste sentido, haveria que se questionar a sua constitucionalidade, pois, de acordo com a reflexão de Winfried Hassemer:

“Um conceito mais exigente de efetividade não pode somente atentar para os efeitos imediatos da ameaça da pena e da execução da pena, ele deve considerar que uma proteção ‘efetiva’ dos bens jurídicos penais, a longo prazo, somente pode ser desejado, quando os homens respeitarem os bens jurídicos dos outros pela própria compreensão e não pelo medo”.⁷⁰³

Sobe este enforque, é preciso rememorar que as medidas patrimoniais de urgência, no Processo Penal em si já representam restrição de outros direitos fundamentais, como o patrimônio e a presunção de inocência. Assim, para que seja reconhecida a sua validade e a legitimidade do procedimento que as veicula, é imprescindível que tratamentos processuais excepcionais estejam material e seriamente justificados, sob pena de dupla e indevida supressão de direitos.

⁷⁰² **Processo Penal Constitucional**, p. 62-63.

⁷⁰³ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**, p. 218.

12.6 As medidas patrimoniais de urgência e a razoável duração do prazo

Um último tema a merecer ao menos uma menção, diz respeito à relação entre as medidas patrimoniais de urgência e a razoável duração do processo penal.

De acordo com o que foi repetidas vezes assinalado, a inscrição de hipoteca legal, e o decreto de busca e apreensão, o seqüestro e o arresto de bens configuram espécies processuais de urgência que se prestam a auxiliar o processo penal condenatório. Por esta razão, representam supressões de direito, realizadas anteriormente ao reconhecimento da responsabilidade criminal – que eventualmente ocorrerá com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Neste ponto, as medidas patrimoniais de urgência em muito se assemelham às hipóteses de prisão processual.

Ocorre que, as providências patrimoniais não são contempladas com a mesma discussão que incide sobre o tempo de duração das prisões cautelares. com efeito, apesar de haver divergência quanto aos limites temporais estritos, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas, no sentido de que, uma vez configurado o excesso de prazo para a conclusão do processo penal condenatório, a prisão cautelar torna-se ilegal, independentemente dos motivos que a autorizaram.

Trata-se de consequência que bem identifica o princípio da razoável duração do processo, atualmente explicitado no inciso LXXVIII, do art. 5.º, da Constituição.

Como se disse, porém, esta regra parece não participar dos debates relacionados às medidas patrimoniais de urgência na mesma proporção que se verifica quanto às espécies de prisão. Exemplo disso é o fato de que, em intensa pesquisa jurisprudencial, pôde-se identificar menos de cinco decisões sobre assunto, dentre as quais destaca-se a seguinte:

CARACTERIZAÇÃO. SEQÜESTRO. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Não há como afastar, em sede inquisitorial, a hipótese de que as condutas objeto do apuratório tenham sido praticadas mediante organização criminosa, nos termos do artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98, pois qualquer opino delicti, no decorrer das investigações policiais, mostra-se prematura.
2. Face à autonomia da persecutio criminis relativa ao delito de lavagem de dinheiro (nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei de

Regência) despidendo alegar ofensa ao artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna, por ter sido o crime em tese antecedente perpetrado antes desse diploma legal entrar em vigor, isso porque a pretensão punitiva não incide sobre as condutas ilícitas através das quais foram angariados os recursos financeiros, mas sobre as operações irregulares destinadas a legitimar tais valores.

3. Não podem os bens apreendidos permanecer indefinidamente à disposição da autoridade judicial, quando já se passaram mais de 02 (dois) anos do seqüestro sem que o Parquet apresente a denúncia, mostrando-se inviável, no caso sub judice, fixar prazo para a instauração da persecutio criminis in iudicio, por inexistir qualquer previsão sobre o término das diligências em curso.

4. Tendo em vista que o Poder Constituinte derivado erigiu a status de direito fundamental, 'a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de tramitação' (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna) não podem as medidas constritivas perdurarem ad infinitum, sob pena de ofensa a outro princípio insculpido na Carta Magna, qual seja: "ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.:

5. Provido o apelo em parte, a fim de ordenar a liberação dos bens seqüestrados.⁷⁰⁴

De todo modo, observa-se a necessidade de lançar-se este tema como mais um daqueles que, a despeito de envolverem graves violações de direito, não têm encontrado espaço correspondente à sua relevância, no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

⁷⁰⁴ TRF – 4.^a Região – Plenário – Apelação Criminal n.º 2006.71.00.003146-5 – Relator Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro – julgamento em 11/10/2006 – publicação no Diário da Justiça da União de 11/10/2006.

CONCLUSÃO:

Sociedade de Risco e Estado Democrático de Direito; Estado Democrático de Direito e medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro; medidas processuais de urgência e sociedade de Risco: três relações que palpitam, às vezes silenciosas, no universo jurídico da atualidade, reclamando um tempo de parada e, principalmente, o diálogo entre a academia, o judiciário e a sociedade.

Esta parece ser a principal conclusão a que se chega ao final do presente trabalho que, na verdade desembarca no reconhecimento de que o estudo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal constitui um enorme campo aberto, a despeito de sua antigüidade no sistema brasileiro e, ao mesmo tempo, de sua aproximação com as características com a Sociedade de Risco.

Respondendo aos anseios da emergência que nem sempre encontra amparo na realidade, os mecanismos de constrição antecipada de bens – estabelecidos na legislação pátria desde a década de 40 –, fazem eco, também, à demanda surgida com a criminalidade econômica. Diferente dos delitos “comuns”, os crimes econômicos são marcados pela magnitude dos danos financeiros e dos ganhos ilícitos obtidos por seus agentes que, deste modo, muitas vezes não chegariam a ser atingidos meramente com a imposição das penas corporais. Isto porque, ainda em razão de alguns mecanismos de amortecimento legislativo, a cominação correspondente a tais delitos os mantém nos limites das substituições por penas restritivas de direito e outros benefícios penais que, via de regra, os desvia do cumprimento de penas privativas de liberdade tão longas quanto aquelas destinadas a outras espécies de crimes.

A partir desta consideração não se pretende fazer apologia ao recrudescimento do sistema penal, com o qual não se concorda diante da inspiração garantista e da própria constatação da ineficiência de tal sistema⁷⁰⁵. O que se

⁷⁰⁵ Neste sentido, vale citar a conclusão de Fauzi Hassan Choukr, após a análise dos resultados da lei de crimes hediondos: “Diante de tal cenário, atendo-se ao fato de ter aumentado a população carcerária como um todo, e levando-se em conta que cerca de 58% dos delitos que provocam condenações serem de perfil hediondo e, ainda, tomando-se o índice de reincidência, pode-se concluir que a política de lei e ordem não serve como fator de contenção da criminalidade. A conclusão retro coaduna-se, antes de mais nada, com o bom senso. O direito penal assim empregado mascara as verdadeiras raízes culturais, sociais e econômicas que estão por detrás da maior parte dos problemas rotulados globalmente como criminalidade. O aumento dos crimes patrimoniais no cenário atrás exposto é prova disto.” (**Processo Penal de Emergência**, p. 144).

pretende, na verdade, é registrar que a realidade situada em torno da punição da criminalidade econômica não estabelece o seu ponto central na cominação, aplicação ou execução das penas privativas de liberdade; mas na realização dos instrumentos patrimoniais previstos pela lei penal: A imposição da reparação do dano e o confisco dos bens adquiridos direta ou indiretamente, a partir da prática delituosa.

Ressurgida a relevância destes mecanismos penais (igualmente previstos no ordenamento pátrio desde 1940), estabelecem-se os primeiros fatores que conduzem ao uso das medidas processuais destinadas à proteção dos bens que serviriam à execução dos primeiros. Somando-se esta realidade à ansiedade característica da segunda modernidade e o clamor pela atuação imediatíssima do poder judiciário, encontra-se uma justificativa razoável para o vertiginoso aumento no uso da busca e apreensão, da especialização e inscrição de hipoteca legal, do seqüestro e do arresto de bens.

Também em virtude das exigências da sociedade de risco, verifica-se que estas medidas acabam sendo aplicadas com certo desprezo às garantias constitucionais, seguindo uma forte tendência de retrocesso jurídico no que se refere à valorização das conquistas iluministas, posteriormente desenvolvidas no plano internacional.

A partir do estudo compassado de cada uma das providências de urgência mencionadas acima, vê-se que esta tendência encontra campo fértil na legislação nacional, uma vez que, além de ter sido criada mediante clara inspiração fascista, não possui ela detalhamento suficiente a permitir a identificação adequada sobre a sua natureza, os seus pressupostos e sua forma de processamento.

Cite-se, por exemplo, a dificuldade encontrada para definir-se a natureza jurídico-processual da inscrição da hipoteca legal no Processo Penal. Apesar de haver quase nenhuma discussão sobre o tema, há grande risco de esta medida representar verdadeira antecipação de tutela, apesar do princípio da presunção de inocência.

Na esfera do seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração, destacam-se complicações procedimentais e afetas a seus pressupostos. Como o Código de Processo Penal apresenta somente um confuso sistema de embargos oponíveis exclusivamente depois do deferimento da constrição, o cumprimento do

contraditório, da ampla defesa e demais princípios decorrentes do devido processo legal são sensivelmente afetados.

A supressão do contraditório e da publicidade, aliás, é estabelecida como regra, não estando vinculada à demonstração da necessidade excepcional concretamente demonstrada no caso *sub judice*.

Nesta mesma toada, o silêncio do Código de Processo Penal quanto a presença do *periculum in mora* como pressuposto do seqüestro (e das demais medidas estudadas) tem permitido o seu deferimento sem critérios de excepcionalidade que o justifiquem – o que significa ausência de possibilidades de controle da legalidade da medida extrema.

A mesma dificuldade é sentida diante da recorrente autorização para buscas e apreensões genéricas: a deficiência legislativa sede espaço para interpretações de um Poder Judiciário que atua “com as costas na parede” (como afirma Hassemer) e que, assim, age imbuído pelo apelo efficientista, característico da sociedade de risco.

Estes exemplos (e tantos outros sobre os quais se debruçou o presente trabalho) revelam, pois, que há um encontro bastante conveniente entre a defasagem da regulamentação original das medidas patrimoniais de urgência pelo Processo Penal brasileiro e a tendência repressiva, efficientista e imediatista das cobranças que recaem sobre o Poder Judiciário da atualidade.

O conseqüente desprezo das garantias constitucionais, que ocorrem nesta realidade, no entanto, se torna ainda mais grave e preocupante quando se verifica que as mesmas características (extremamente negativas) da legislação de 1940 são identificadas nas criações legislativas mais recentes. É o que se verifica, por exemplo, na nova lei de tóxicos, que estabelece a venda de bens apreendidos seqüestrados imediatamente após o recebimento da denúncia, como se o mero reconhecimento de justa causa para a acusação da prática de um crime grave fosse suficiente para a imposição antecipada do Direito Penal, e como se o término do processo condenatório representasse mera formalidade destinada a legitimar uma conclusão tomada *a priori*.

De todo modo, o conteúdo das regras recentemente criadas sobre as medidas patrimoniais de urgência deixa patente que a tendência repressiva efficientista e imediatista antes identificada, não é decorrência de uma defasagem legislativa ou da mera necessidade de atualização do Código de Processo Penal brasileiro. Ao que tudo indica, o tratamento dado pelo Poder Judiciário e pelo

Congresso Nacional àquelas providências representam mais um sinal da crise jurídica de que fala Ferrajoli.

Consistem, por isso, em importante reflexo da necessidade de se propor o diálogo refletido entre a realidade social e o programa constitucional, para que seja possível identificar em quais esferas, em quais momentos e sob quais justificativas realmente estão sendo tomadas as decisões que resultam, muitas vezes, em antecipações da tutela penal, em supressão total do contraditório, em violação à publicidade interna dos procedimentos, em leniência com decisões desprovidas de fundamentação e, conseqüentemente, na convivência com o arbítrio.

Não se ignora efetivamente, que a realidade nacional e internacional demandam a atuação estatal, assim como não se está a negar a existência de um Estado de Direito. Está-se, entretanto, a repetir o alerta feito por autores do escol de Luigi Ferrajoli e Winfrid Hassemer, no sentido de que somente quando o Estado atuar a partir de critérios claros e coerentes com as conquistas civilizatórias é que se poderá falar em segurança, uma vez que somente a partir desta transparência que o controle popular se mostra possível. A história, aliás, testemunha o destino de sistemas e nações que, em nome da segurança, se abriram ao segredo e à obscuridade institucional. Neste sentido, o nazismo e o fascismo europeus – tão bem ilustrados na magnífica obra do cinema italiano que inspirou a epígrafe deste trabalho – certamente povoam o imaginário de Hassemer, quando ele assim afirma:

“Desconheço uma sociedade que tenha fracassado em virtude de suas instituições de controle social não terem mais dominado os desvios de comportamento cotidianos. (...) Entretanto, eu bem conheço sociedades e ordenamentos penais que sacrificaram sua tarefa de formalização em detrimento do interesse ao controle eficiente da criminalidade, bem como processos penais que se permitiram funcionar em uma engrenagem terrorista e brutal contra a divergência. A injustiça penal legal não se distingue por um pouco, ela se distingue por um excesso em efetividade. Quanto à efetividade do combate à criminalidade, o direito processual penal, penso eu, precisa pouco se preocupar. Ele está cercado e conectado a inúmeras outras instâncias de controle social e estatal dos desvios, desde a vizinhança até a polícia. O objetivo do direito processual penal é o controle jurídico do controle social, é a formalização da assimilação do conflito”.⁷⁰⁶

Diante desta inquestionável lição, pode-se concluir que o exemplo das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro conduz à

⁷⁰⁶ **Direito Penal Libertário**, p. 118

necessidade de uma correção de rota traçada pelo sistema repressivo nacional, sob pena de sua - talvez breve – deslegitimação.

De outro lado, diante das dificuldades encontradas para o aprofundamento detalhado de tais medidas, conclui-se que, realmente, elas constituem um campo aberto de estudo, reclamado não só no âmbito acadêmico, mas (talvez) principalmente, na esfera do próprio Poder Judiciário.

Finalmente, impõe-se reconhecer que a análise das providências de urgência, ao largo de constituírem assunto apartado dos grandes temas do Processo Penal, deles depende, e, por isso, incita aquele que se aventura neste estudo a revisitá-los.

Assim ocorreu durante este trabalho, com a necessidade de se fazer remissões à pretensa teoria geral do processo, à definição do sistema processual penal brasileiro, à discussão sobre existência de um conceito de lide penal, às regras de legitimidade processual etc.

Com toda certeza, pode-se concluir que a tarefa projetada meses atrás e apresentada na introdução retro mostrou-se muito mais extenuante do que o imaginado. A recorrência de temas gerais do Processo Penal, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, entretanto, multiplicou em muito a satisfação deste estudo que, assim, é encerrado com a consciência de que reflete, meramente, a emergência do diálogo, da reflexão, do aprofundamento e do entusiasmo pelo tema das medidas patrimoniais de urgência no Processo Penal brasileiro, perante as características da Sociedade de Risco e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **La insustentable situación del derecho penal**. Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.
- ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, Vol. XIII.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10^a edição, Rio de Janeiro, 2001.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.
- ASSMANN, Selvino J. **A Sociedade Global do Risco – uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo** (Subsídios de Estudo – Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Filosofia). In <http://cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>. Acesso em 17/10/2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal**. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BATISTI, Leonir. **Curso de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá, 2006. Volumes 01 a 04.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. tradução: J. Cretella Jr. e Agner Cretella. 2.^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECKER, L. A. e SILVA SANTOS, E. L. **Elementos para uma teoria crítica do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966.
- BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**, Curitiba: Juruá, 1997.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In FUZ, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Trad. Carla Roberto Andreasi Bassi (traduzido da edição italiana de 1936), Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Processo Penal**. Trad. Santiago Santís Melendo. Chile / Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Isabela Cristina Sierra. 2.^a edição. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.
- CARVALHO, Salo (organizados). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2005.
- CIFUENTES, Javier Vecina. **Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional**. Editorial Colex, 1993.
- CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Confisco Penal. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Medidas cautelares**. In BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo e MORO, Sérgio Fernando Moro (organizadores). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**, Livraria do advogado.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processo Penal**. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4 (direito das coisas), 22.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2007.
- DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais (coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 01).
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal. (1.^a edição 1974 – reimpressão).** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo Espínola. **Código de Processo Penal Anotado.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.^a edição revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FEU ROSA, Antônio José Miguel. **Processo Penal.** Brasília: Editora Consulex.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo.** Campinas, Editora Minelli, 2003.
- GOMES, Décio Alonso, **(Des) aceleração processual. Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GOMES, Luiz Fávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo.** 09/2005. in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em 03/07/2007.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo.** In <http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>. Acesso em 03/07/2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** São Paulo: Saraiva, 1976.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, **Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal,** 6.^a edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia.** In <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>. Acesso em 15/08/2007.
- HASSEMER, Winfried, **Direito penal libertário,** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política.** Tradução Adriana Beckman Meirelles. Organização revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, PAO: Ed. Fabris, 2008.
- HERKENHOFF, João Batista. **O direito processual e o resgate do humanismo.** Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.
- JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas.** Porto Alegre, 2007.

- LOPES JÚNIOR, Aury . **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, Volume I. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.
- LOPES, Maurício Ribeiro Lopes. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUHMANN, Niklas, **El concepto de riesgo**. In BERIAN, Josetxto (org.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Antropos, 1996 (p. 123-172).
- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais**, São Paulo; IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34).
- MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 4.^a edição revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 9.^a edição (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 1.^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3.^a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5.^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- OST, François. **O tempo do direito**. tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- PASSOS, J. J. Calmon, **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASTOR, Daniel Roberto. **El Plazo Razonable em el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: AdHoc: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, **Do seqüestro no processo penal brasileiro**, São Paulo: Bushatsky, 1978.

- PITOMBO, Cleonice de Moraes, **Da busca busca e apreensão no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PLETCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal**, São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- PORTO, Sérgio Gilberto– **A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto da efetividade**. In FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), **Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia na Construção Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As ciências criminais nas sociedades pós-industriais. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. **Das causa de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (iência do direito penal contemporânea, v. 5).
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ação cautelar nominada no direito brasileiro**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto Cautelar**. 2.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 (coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Túlio Liebman – v. 23).
- SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da tutela antecipada**, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto **Tutela Antecipada, Aspectos polêmicos da antecipação de tutelar**, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.
Volumes 01 a 04
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5.^a edição.
São Paulo: Saraiva, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, 2.^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires:
Ediar, 2006.
- WINTERBORRON, Michael e WHITECROSS, Mat. **A caminho de Guatánamo**.
Documentário.