

GILBERTO AZEVEDO DE MORAES COSTA

**As cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal: proposta para uma
nova sistemática**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2022**

GILBERTO AZEVEDO DE MORAES COSTA

As cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal: proposta para uma nova sistemática

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2022**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Costa, Gilberto Azevedo de Moraes

As cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal: proposta para uma nova sistemática;
Gilberto

Azevedo de Moraes Costa; orientador José Raul

Gavião de Almeida -- São Paulo, 2022.

313 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2022.

1. Medidas cautelares. 2. Processo Penal. 3.
Processo civil. 4. Necessidade de disciplina semelhante entre os Códigos. 5. Garantia de
ressarcimento do dano e de perdimento do lucro ilícito. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient.
II. Título.

Nome: COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes

Título: As cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal: proposta para uma nova sistemática

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a confiança e o apoio que me foram dadas pelo Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida. Desde o momento em que o conheci pessoalmente, no ano de 2016, tivemos um bom relacionamento. De maneira muito cordial, acolheu-me como seu orientando. Após terminar o curso de especialização em processo penal oferecido pela Escola Paulista da Magistratura, na busca de mais conhecimento, me inscrevi no processo seletivo da Faculdade de Direito e tive a felicidade de ser selecionado.

Escolhi escrever sobre a reparação do dano no processo penal. O tema, que envolve diversas áreas do direito, exigiu-me uma abordagem multidisciplinar. A matéria tem ligação com o direito penal, com o direito civil e com o direito processual civil. O Professor José Raul me permitiu discorrer sobre o assunto e, mais do que isso, me incentivou. Em nossos encontros, em diversas oportunidades, comentou que aqueles que integram o Poder Judiciário, notadamente a magistratura estadual, precisam estudar as mais variadas matérias, pois a competência em razão da matéria é abrangente.

O Professor, aliás, escreveu sobre temas que envolvem mais de uma área do direito. Em seu mestrado, abordou a legitimidade ativa na ação civil pública; quando cursou o doutorado, tratou do interrogatório à distância. Naquela época, entre a década de 1990 e o começo dos anos 2000, poucos imaginavam que as oitivas ocorreriam de maneira virtual. Era o início da internet no Brasil. Tratava-se de uma visão inovadora, que hoje se tornou realidade.

Sempre aberto às mais variadas opiniões, o Professor José Raul respeita e reflete sobre as colocações que são feitas por todos aqueles que participam de suas aulas e encontros. Não por outra razão, é procurado para ser orientador de quem atua nas mais diversas profissões que exigem formação em direito. As suas turmas são formadas por juízes, membros do Ministério Público, advogados, defensores, integrantes das polícias, entre outros profissionais.

A Professora Marta segue a mesma linha. Tida como uma pessoa alegre e simpática, é querida por todos os alunos, sejam eles da graduação, sejam da Pós-graduação. Suas aulas e créditos são concorridos, e o debate é sempre proveitoso. Cientes de que serão ouvidos e de que poderão apresentar opiniões divergentes, os alunos sentem-se motivados em ter papel ativo durante os encontros.

No meu caso específico, a Professora Marta teve papel importante. Participou das bancas de qualificação e da defesa do mestrado, oportunidades em que fez ponderações valiosas e serviu de fonte de inspiração para o desenvolvimento da tese apresentada no doutorado. Tal como ela, escolhi discorrer sobre as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal.

Trata-se de tema pouco explorado por aqueles que estudam a mencionada área do direito. O trabalho apresentado pela Professora Marta quando da conclusão do curso de doutorado tornou-se famoso nacionalmente e é a principal referência sobre o assunto. Nas mais variadas obras de processo penal, são encontradas citações à sua tese. Como eu já tinha a intenção de prosseguir com estudos multidisciplinares, e por tê-la como fonte de inspiração, achei por bem cuidar do mesmo assunto.

O Professor Glaucio foi contemporâneo da Professora Marta na Faculdade de Direito. Os dois cursaram juntos a graduação. Igualmente, cada um à sua época, trabalharam como assessores perante o Supremo Tribunal Federal. Como integrante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é visto como exemplo de juiz. Sempre dedicado ao trabalho, é admirado por todos aqueles que tiveram a oportunidade de conhecê-lo.

No que toca aos estudos, foi reconhecido por seu brilhantismo, e não por outra razão acabou sendo escolhido para coordenar o curso de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Lá, desenvolve atividade acadêmica invejável e promove os mais variados encontros de estudiosos do direito. Inúmeras foram as palestras e demais atividades oferecidas durante a sua gestão. Visa aprimorar e tornar mais aberta a escola dos juízes bandeirantes.

Em diversas oportunidades, apresentou sugestões sobre o tema que escolhi escrever e, quando participou da banca de qualificação, formulou críticas construtivas, apontando tudo aquilo que entendia ser pertinente modificar ou acrescentar ao texto. Suas valiosas colocações permitiram que o trabalho fosse aprimorado.

O Professor Everton Zanella é conhecido pela sua atuação como promotor de justiça e por suas atividades acadêmicas tanto no Mackenzie quanto na Faculdade Autônoma de Direito. Na academia, destaca-se pelos estudos a respeito do combate à corrupção e ao crime organizado. Nessas áreas, atua como membro do Ministério Público.

Integrante da banca examinadora quando da defesa de minha dissertação de mestrado, além de domínio da matéria, demonstrou interesse pelo tema escolhido para a tese. Ademais, não haveria como ser diferente, pois para que se consiga dismantelar as organizações criminosas se faz necessária a busca de ativos financeiros, certo que os membros desses grupos visam obter lucro com a atividade ilícita que desenvolvem.

*Para Francisco e Marcela: pelo amor que
temos com a nossa família.*

RESUMO

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. *As cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal: proposta para uma nova sistemática*. 2022. 313 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A tese é desenvolvida com o propósito de questionar o regramento das cautelares patrimoniais do Código de Processo Penal. Inicia-se com a análise da teoria de Piero Calamandrei e na sequência são apresentadas críticas e sugestões. O método empregado consiste sobretudo na análise da literatura sobre o tema, com especial ênfase às de origem brasileira e italiana. A doutrina criada em outros países, como Argentina, Espanha, França e Portugal, é também foco de consulta. Defendida a ideia de que existe o direito material de segurança e que compete ao legislador a criação regras de caráter adjetivo com o propósito de assegurá-lo, são analisados os dispositivos do citado diploma legal e do Projeto de Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional. Constata-se que ambos não atendem tal propósito. Propõe-se, então, a criação de novo modelo, em harmonia com aquele presente no Código de Processo Civil, em razão da natureza extrapenal das medidas. Conclui-se que previsão de cautelar inominada permite que de forma mais prática e eficaz se alcance o objetivo de assegurar o direito que se mostra provável.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Processo penal. Processo civil. Necessidade de disciplina semelhante entre os Códigos. Garantia de ressarcimento do dano e de perdimento do lucro ilícito

ABSTRACT

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. *The patrimonial precautionary measures of the Criminal Procedure Code: proposal for a new system*. 2022. 313 p. Thesis (Doctorate degree in procedural law) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

The thesis is developed with the purpose of questioning the regulation of the patrimonial precautions of the Code of Criminal Procedure. It begins with an analysis of Piero Calamandrei's theory, followed by criticisms and suggestions. The method employed mainly consists of analyzing the literature on the subject, with special emphasis on those of Brazilian and Italian origin. The doctrine created in other countries, such as Argentina, Spain, France and Portugal, is also the focus of consultation. Having defended the idea that there is a material right to security and that it is up to the legislator to create rules of an adjective nature with the purpose of ensuring it, the provisions of the aforementioned legal diploma and the Draft Code of Criminal Procedure, in progress in the National Congress. It appears that both do not meet this purpose. It is proposed, then, the creation of a new model, in harmony with the one present in the Code of Civil Procedure, due to the extra-criminal nature of the measures. It is concluded that the provision of an unnamed precautionary measure allows a more practical and effective way to achieve the objective of assuring the right that proves to be probable

Keywords: Precautionary measures. Criminal Procedure. Civil Procedure. Need for similar discipline across Codes. Guarantee of compensation for damage and loss of illicit profit

RIASSUNTO

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. *Le cautele patrimoniali del Codice di Procedura Penale*: proposta di un nuovo sistema. 2022. 313 p. Tesi (Dottorato in diritto processuale) – Facoltà di Diritto, Università di São Paulo, São Paulo, 2022.

La tesi si sviluppa con lo scopo di mettere in discussione la disciplina delle cautele patrimoniali del codice di procedura penale. Inizia con un'analisi della teoria di Piero Calamandrei, seguita da critiche e suggerimenti. Il metodo utilizzato consiste principalmente nell'analizzare la letteratura sull'argomento, con particolare attenzione a quella di origine brasiliana e italiana. Anche la dottrina creata in altri Paesi, come Argentina, Spagna, Francia e Portogallo, è al centro della consultazione. Difeso l'idea che esista un diritto materiale alla sicurezza e che spetti al legislatore creare norme di carattere aggettivo allo scopo di assicurarlo, le disposizioni del predetto diploma legale e del Progetto di codice di procedura penale, in progressi nel Congresso Nazionale. Si nota che entrambi non servono a questo scopo. Si propone, poi, la creazione di un nuovo modello, in sintonia con quello presente nel codice di procedura civile, in considerazione della natura extrapenale dei provvedimenti. Si conclude che una misura cautelare atipica consente l'obiettivo di garantire il diritto che è suscettibile di essere realizzato in modo più pratico ed efficace.

Parole chiave: Misure cautelare. Procedura penale. Procedura civile. Necessità di una disciplina simile tra i Codici. Garanzia del risarcimento del danno e confisca del profitto illecito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. CAUTELARES	25
1.1. A IDEIA DE IDENTIFICAR A TUTELA CAUTELAR E SEPARÁ-LA DAS FUNÇÕES DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO.....	26
1.1.1. As características decorrentes da concepção tradicional da tutela cautelar	28
1.1.1.1. Provisoriedade.....	29
1.1.1.2. Acessoriedade.....	30
1.1.1.3. Instrumentalidade	31
1.1.2. Condições da cautelar	32
1.1.2.1. O periculum in mora e o fumus boni iuris.....	32
1.1.3. As espécies de medidas cautelares	33
1.1.3.1. Produção antecipada de provas	34
1.1.3.2. Assecuratórias da execução.....	38
1.1.3.3. Antecipatórias.....	42
1.1.3.4. Cauções	49
1.2. O DESCOMPASSO ENTRE A CLASSIFICAÇÃO E AS CARACTERÍSTICAS DAS CAUTELARES.....	51
2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DA TUTELA CAUTELAR	57
2.1. DIREITO À TUTELA CAUTELAR	57
2.1.1. Direito processual de cautela.....	58
2.1.2. Direito substancial de cautela.....	61
2.1.2.1. A indevida associação da teoria concreta da ação com o direito substancial de cautela.....	61
2.1.2.2. A diferença de objetos entre ação principal e ação cautelar	63
2.1.2.3. A instrumentalidade como característica não essencial da ação cautelar	65
2.1.2.4. A ausência do poder de polícia na tutela cautelar	66
2.1.2.5. A ação como meio para proteção do direito subjetivo da parte.....	69
2.1.2.6. O direito substancial de cautela nos Códigos de Processo	70
3. AS MEDIDAS PREVISTAS COMO CAUTELARES REAIS NO CPP	73
3.1. A PREVISÃO DE MEDIDAS ESPECÍFICAS	73
3.1.1. Sequestro	74
3.1.2. Hipoteca legal.....	78
3.1.3. Arresto.....	82
3.2. CAUTELAR INOMINADA.....	87
3.3. ASPECTOS GERAIS DA LIDE.....	92

3.3.1.	A lide no processo penal	97
3.3.1.1.	A lide e as cautelares reais.....	102
3.3.2.	O direito material como coordenador da sistemática processual	104
4.	AS FUNÇÕES DISTINTAS DAS CAUTELARES REAIS PREVISTAS NO CPP	109
4.1.	AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PERDIMENTO.....	110
4.2.	AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS	112
4.3.	AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA.....	113
4.4.	AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA AO LESADO	114
5.	PECULIARIDADES DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NO CPP	117
5.1.	EFICÁCIA EXTENSIVA	117
5.1.1.	Sequestro	118
5.1.2.	Hipoteca legal	121
5.1.3.	Arresto	122
5.2.	REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR.....	123
5.2.1.	Fumus boni iuris	124
5.2.1.1.	Sequestro	125
5.2.1.2.	Hipoteca legal	127
5.2.1.3.	Arresto	129
5.2.1.4.	Cautelar inominada.....	131
5.2.2.	Periculum in mora	132
5.2.2.1.	Sequestro	133
5.2.2.2.	Hipoteca legal	137
5.2.2.3.	Arresto	141
5.2.2.4.	Cautelar inominada.....	143
5.3.	SEQUESTRO DE BENS DE ORIGEM NÃO ESCLARECIDAMENTE CRIMINOSA ..	145
5.4.	AÇÃO CAUTELAR REAL	148
5.4.1.	Condições da ação	151
5.4.1.1.	Condições da ação cautelar.....	154
5.4.2.	Legitimidade ativa	158
5.4.2.1.	Sequestro	159
5.4.2.2.	Hipoteca legal	164
5.4.2.3.	Arresto	167
5.4.3.	Legitimidade passiva	170
5.4.3.1.	Sequestro	171

5.4.3.2.	Hipoteca legal.....	177
5.4.3.3.	Arresto.....	179
6.	OPERACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS.....	181
6.1.	SEQUESTRO.....	181
6.1.1.	Providências e consequências que se sucedem após o deferimento.....	182
6.1.1.1.	Venda antecipada de bem constrito.....	185
6.1.2.	Levantamento do sequestro.....	187
6.1.2.1.	Não propositura da ação penal no prazo legal.....	188
6.1.2.2.	Prestação de caução pelo terceiro.....	191
6.1.2.3.	Extinção da punibilidade ou absolvição.....	194
6.2.	HIPOTECA LEGAL.....	198
6.2.1.	Bens sujeitos à hipoteca e questões sobre copropriedade.....	205
6.2.2.	Levantamento do registro da hipoteca.....	207
6.2.2.1.	Caução.....	207
6.2.2.2.	Absolvição e extinção da punibilidade.....	209
6.3.	ARRESTO.....	211
6.3.1.	Arresto prévio.....	211
6.3.1.1.	Peculiaridades do arresto prévio.....	213
6.3.1.2.	Levantamento do arresto prévio.....	215
6.3.1.2.1.	<i>Caução.....</i>	<i>216</i>
6.3.1.2.2.	<i>Arquivamento, absolvição e extinção da punibilidade.....</i>	<i>216</i>
6.3.2.	Arresto subsidiário.....	217
6.3.2.1.	Bens suscetíveis de arresto subsidiário.....	221
6.3.2.2.	Venda antecipada de bens móveis arrestados.....	224
6.3.2.3.	Manutenção do imputado e de sua família com renda dos bens arrestados.....	226
6.3.3.	Levantamento do arresto.....	227
7.	MEIOS DE DEFESA.....	229
7.1.	SEQUESTRO.....	229
7.1.1.	Embargos do imputado.....	236
7.1.1.1.	Segue.....	239
7.1.2.	Embargos de terceiro.....	241
7.1.2.1.	Terceiro alheio ao fato.....	242
7.1.2.2.	Terceiro adquirente.....	245
7.2.	HIPOTECA.....	250
7.3.	ARRESTO.....	253
8.	A CAUTELAR INOMINADA DO CÓDIGO PENAL.....	255
8.1.	O PERDIMENTO DO DESCONHECIDO.....	259

9. A NECESSIDADE DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL	261
9.1. A PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA.....	262
9.1.1. O modelo atual e a indevida sobreposição do direito processual	264
9.1.2. O Projeto de novo CPP	267
9.1.2.1. A ausência de reconhecimento expresso na natureza civil dos provimentos assecuratórios	268
9.1.2.2. As medidas em espécie.....	269
9.1.2.2.1. <i>Indisponibilidade</i>	269
9.1.2.2.2. <i>Sequestro</i>	271
9.1.2.2.3. <i>Hipoteca legal</i>	274
9.1.2.2.4. <i>Arresto</i>	276
9.2. NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO DO CPP COM O CPC.....	277
9.2.1. Critérios para a previsão de cautelar inominada	280
9.2.1.1. Condições indispensáveis	282
9.2.1.1.1. <i>Inércia do juiz</i>	282
9.2.1.1.2. <i>Estrutura procedimental</i>	284
9.2.1.1.3. <i>Mitigação da atipicidade</i>	287
9.3. PROPORCIONALIDADE E REFERIBILIDADE	289
9.4. PROPOSTA DE MUDANÇA.....	292
CONCLUSÃO	295
REFERÊNCIAS	303

INTRODUÇÃO

Os processualistas penais brasileiros, durante algum período, notadamente quando da edição do atual CPP (Código de Processo Penal) e nas décadas mais próximas, seguintes à sua edição, não deram muita atenção às questões patrimoniais. A mesma falta de interesse era sentida em relação àquelas figuras responsáveis pela persecução penal.

O pouco interesse quanto ao tema era esperado. Os crimes, como regra, eram praticados por pessoas economicamente desfavorecidas, e o prejuízo que ocasionavam dificilmente poderiam ressarcir. O lucro, por outro lado, que nem sempre era obtido, muitas vezes representava pequena cifra, e a necessidade de recuperá-lo do autor da infração era deixada de lado por parte de quem era incumbido de tal mister.

A disciplina constante da lei processual, ademais, corrobora para que mencionadas questões sejam esquecidas. O sistema criado pelo CPP carece de lógica e, ao mesmo tempo em que, em alguns pontos, desce a minúcias, em tantos outros, sobretudo naquilo que é importante, é omissivo, o que representa um vazio legislativo.

Em um mesmo capítulo, o Código disciplina medidas com naturezas jurídicas diversas, e se isso já não fosse o bastante para dificultar a aplicação de qualquer delas, cria condições injustificáveis em que coloca como exigência prévia para o uso da cautelar tendente a assegurar o direito de quem sofreu dano em razão da prática do delito a tentativa de implementação de garantia real.

Baseando-se em modelo retirado de legislação estrangeira, a qual nunca, no campo do processo civil pátrio, ao menos neste ponto, exerceu qualquer significativa influência, impediu que a medida mais eficaz para assegurar o ressarcimento do prejuízo tivesse como ser implementada desde logo, ou seja, a partir do momento em que restassem evidenciados os elementos típicos das medidas cautelares.

Tendo dado preferência aos imóveis, e mais especificamente ao procedimento para especialização e registro de hipoteca sobre eles, o CPP não autoriza que o lesado busque desde logo a constrição de outros bens que estejam na posse do autor da infração, inclusive dinheiro, para assim garantir que, em etapa subsequente, seja indenizado pela lesão patrimonial ocasionada.

Igualmente injustificada é a exigência criada pela lei e que consiste em indicar exatamente aquilo que foi adquirido com os proventos da suposta infração penal levada a efeito. O Código, nesse ponto, ao criar sistemática própria sobre o que representa o lucro, deixa de considerá-lo como o genérico acréscimo patrimonial alcançado em decorrência do exercício de atividade para materializá-lo em bem específico.

Mencionadas peculiaridades fazem com que as previsões que serão analisadas ao longo do trabalho tenham pouca aplicação no cotidiano forense. As dificuldades criadas pelo mecanismo hoje vigente impedem a obtenção de resultados satisfatórios, o que acarreta baixa efetividade. Por conta disso, se faz necessária a apresentação de nova visão sobre o tema.

Mais do que isso: diante da existência de Projeto de novo Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional, urge apresentar proposta de revisão do modelo nele constante, uma vez que a disciplina é próxima (e ainda pior) da hoje existente. Dá-se preferência à constrição de imóveis e há interesse na descoberta do bem específico que representa o lucro ilícito.

Assim, após a apresentação da teoria que ainda hoje domina em grande parte o pensamento dos estudiosos, serão formuladas críticas, o que se faz com o propósito de aproveitar tudo o que já se escreveu sobre a matéria, na tentativa de contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro.

Objetiva-se, enfim, analisar o regramento dado às medidas assecuratórias pela legislação atual. Para tanto, serão consultadas as obras da doutrina nacional e estrangeira, com algum destaque, no que toca a esta, ao que foi escrito pelos autores italianos. Tal direcionamento se justifica pelo fato de o Brasil ter se inspirado, quando da edição de sua legislação processual penal, no CPP do mencionado país e que data de 1930.

Já na parte final do trabalho, em capítulo específico, serão tecidas considerações sobre o projeto mencionado e irá se propor um novo modelo, baseado no posicionamento que se adotou no atual CPC. O objetivo é criar um sistema harmônico e coordenado com a referida legislação, em que as ferramentas jurídicas colocadas à disposição do indivíduo sejam de fácil manuseio e assegurem às partes a possibilidade de demonstração de suas razões e provas.

1. CAUTELARES

A partir do momento em que o Estado proibiu a justiça privada, passando, por conseguinte, a ser o responsável pela administração da justiça, abriu caminho para que aquele que se sentiu lesado em razão da conduta levada a efeito por terceiro tivesse como reivindicar a aplicação do direito.

Ocorre que entre a manifestação de quem se diz prejudicado e a efetiva aplicação da norma de direito material transcorre necessariamente considerável intervalo de tempo. É imprescindível a propositura de ação, e o julgamento não ocorre imediatamente. Para que se alcance o ideal de justiça, precisa ser facultado ao demandado o direito de se manifestar.

O legislador, vendo-se diante desse problema, tem a seu dispor alguns mecanismos que podem ser empregados para impedir, minimizar ou repará-lo. Há, nesse sentido, a possibilidade, por exemplo, de prever espécies de tutelas inibitórias. Pode, igualmente, estabelecer, para algumas situações, procedimentos sumários, de natureza não cautelar, como também lhe é lícito prever medidas cautelares.

Interessa aqui a análise somente de uma dessas categorias, qual seja, a cautelar, e em apenas uma de suas vertentes, a saber: as providências de cunho não propriamente penal. Para que seja possível identificá-la, é necessário realizar o estudo de sua natureza, de suas características, o seu campo de aplicação e de todos os seus desdobramentos. Com isso, será possível, mais adiante, concluir se os dispositivos constantes do CPP, no Capítulo das Medidas Assecuratórias (Capítulo VI), tratam ou não (apenas) de matéria cautelar.

A propósito, é necessário observar desde logo que a legislação processual penal brasileira previu medidas pessoais e reais, mas somente as primeiras receberam no CPP a denominação de cautelares, fato que suscita o interesse de investigar a razão de tal separação e verificar se aquelas que são o foco do estudo desse trabalho são mesmo cautelares.

Compete, então, analisar em um primeiro momento as teorias existentes sobre as cautelares, sobretudo a que se tornou a mais conhecida, e, na sequência, tentar descobrir quais são efetivamente as características comuns a todas elas, bem como perquirir se se trata de direito exclusivamente processual ou se há efetivamente aquilo que se acostumou chamar de direito substancial de segurança. Na segunda parte do trabalho, de caráter prático, será analisada a

regulamentação trazida pelo CPP e serão apresentadas as interpretações que se entendem adequadas.

1.1. A IDEIA DE IDENTIFICAR A TUTELA CAUTELAR E SEPARÁ-LA DAS FUNÇÕES DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO

O mais conhecido autor que escreveu sobre o tema, e que pretendeu mostrar a autonomia da cautelar, foi Piero Calamandrei, embora não tenha sido o primeiro a propor sistematização e ter identificado a função peculiar da tal tutela¹. Em sua conhecida obra sobre o estudo sistemático das cautelares, defendeu que as providencias mencionadas têm por escopo a conservação e, por conseguinte, a garantia da efetividade do processo (principal, definitivo), seja ele de conhecimento ou de execução.

Ao notar que algumas medidas proferidas pelo juiz se diferenciavam dos provimentos tomados nas duas mencionadas espécies de processos, concluiu que a ideia (em voga na Alemanha no final do século XIX) de que as cautelares figuravam como apêndice da execução não estava correta, e por isso propôs que se entendesse que as cautelares formam um terceiro grupo e visam à preservação de direitos. Defendeu, então, a concepção de que podem existir procedimentos não cautelares (de conhecimento e execução) e cautelares (também de conhecimento e execução)².

Na época em que o mencionado autor desenvolveu a sua teoria, ainda era incipiente a ideia de processo, e esse correspondia à operação que tinha por objetivo compor a lide³, função que não se enxergava, naquele momento, na cautelar⁴. Esta era vista como a ferramenta colocada à disposição da parte para que pudesse, durante o trâmite processual, conseguir resguardar seu alegado direito. Aliás, por conta de tal concepção, conforme se verá mais adiante, ainda hoje há quem não identifique no processo cautelar lide própria. A matéria é controversa.

¹ PISANI, Andrea Proto (Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 43, 2º serie, 1988, p. 18) diz que Agostino Diana, em 1909, tentou “il primo inquadramento teorico di qualche respiro della tutela cautelare”.

² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 7-9.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 44.

⁴ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 33.

Como decorrência do pensamento mencionado, é possível de pronto perceber que a tutela cautelar é, na visão do doutrinador em comento, instrumental: serve para garantir o efeito prático do provimento a ser proferido em outra relação processual, seja ela de conhecimento ou de execução⁵.

A tutela cautelar não poderia ser considerada, nessas circunstâncias, mera providência que se adota em outro processo⁶. Haveria, dada a sua peculiar natureza e a necessidade de verificar a procedência da alegação de quem postula a medida, de ser instaurado procedimento próprio, onde se garantisse — ainda que não eventualmente nos moldes aplicáveis ao processo de conhecimento — a oportunidade de produção de provas e a manifestação daquele contra o qual incidiria a providência.

Diante disso, nota-se também que no procedimento cautelar estão presentes os atos que compõem tipos diversos de processos. Assim, tal como no processo de conhecimento, é indispensável por primeiro analisar o afirmado direito (ainda que com base em critério de verossimilhança) e, constatada a sua existência, colocá-lo em atuação.

Na visão de Calamandrei, o procedimento cautelar é sumário, e, conseqüentemente, a análise que se faz do direito invocado é superficial. Além disso, tem como característica a provisoriedade, consubstanciada na natureza transitória, consistente em perdurar até que seja proferida a decisão final no processo dito principal⁷.

⁵ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 21) afirma que a instrumentalidade “è la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a sé stessi, ma sono immancabilmente *preordinati* alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica”.

⁶ A ideia de que o processo cautelar configura um *tertium genus* é adotada, por exemplo, por MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (*Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 115), que diz que se está diante de “uma modalidade funcionalmente autônoma de tutela jurisdicional, posto que vocacionada ao cumprimento de uma missão especialíssima, completamente distinta das que se realizam por meio dos processos de conhecimento e de execução, embora a elas atrelados por um vínculo de instrumentalidade”.

⁷ As manifestações do autor a respeito desse ponto são aparentemente contraditórias. Se é fato que, em uma parte inicial da obra (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 32), diz que “il provvedimento cautelare ha effetti provvisori non perché (o non necessariamente perché) la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi esser bilanciata da una minore stabilità di effetti, ma perché il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia”, em outra oportunidade (p. 63) sustenta que “se per emanare la misura cautelare fosse necessaria una cognizione approfondita e completa sull’esistenza del diritto, cioè sullo stesso oggetto su cui si attende il provvedimento principale, meglio varrebbe attendere questo e non complicare il processo con una duplicazione di indagini, che non avrebbe neanche il vantaggio della prontezza”.

A não formação da coisa julgada, portanto, na visão que se está a apresentar, não deixa de ocorrer em virtude da ausência de conhecimento aprofundado da matéria apresentada ao julgador, ou seja, do tema cautelar, mas decorre do fato de que a providência seria sempre transitória, na medida em que perduraria até que fosse solucionada a controvérsia, o que ocorre no processo de conhecimento quando é prolatada a sentença.

A propósito, é bom deixar claro que, na concepção do autor mencionado, a cautelar sempre tem por finalidade proteger a parte do perigo de dano que decorre inexoravelmente de característica natural encontrada nos processos (principalmente no de conhecimento), que é a demora em seu trâmite. A cautelar baseia-se na presença constante do *periculum in mora*, e daí o conhecido preceito de que, entre fazer bem feito, mas a destempo, se opta por dar guarida ao que é provável⁸.

A cautelar, portanto, se justifica e é necessária em virtude de característica do próprio sistema processual, que confere aos litigantes o direito de se manifestar e produzir provas, tornando a solução do problema apresentado ao Judiciário algo demorado⁹. Em sistema utópico e ideal, todas as etapas procedimentais seriam instantâneas e a decisão, conseqüentemente, seria dada de com brevidade¹⁰.

Perceba-se, por fim, que também na visão do autor em comento, apesar de se diferenciar dos demais que podem ser emitidos, dada a sua específica natureza jurídica, o provimento cautelar é sempre dependente sempre do processo que está a ser decidido em sede principal. Com isso se nota que, embora exista separação entre as funções inerentes a cada um deles¹¹, o provimento cautelar é subsidiário.

1.1.1. As características decorrentes da concepção tradicional da tutela cautelar

No tópico anterior, onde se tentou explicar, em linhas gerais, a concepção de processo cautelar adotada pela corrente que pode ser denominada tradicional, e que tem como maior

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 7-9.) assevera que “tra il far presto ma male, e il far bene me tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e de male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nella riposate forme del processo ordinario”.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 40.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 20.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 22.

expoente Calamandrei, foram apresentadas algumas das características da mencionada espécie de tutela jurisdicional. Compete agora discorrer sobre elas e sobre as demais existentes de forma detalhada, para posteriormente se abrir caminho para o debate a respeito da possibilidade de adoção de entendimento parcialmente diverso.

1.1.1.1. Provisoriedade

A provisoriedade típica da tutela cautelar se difere daquela que existe em algumas espécies de processos sumários. Um desses casos, e que pode ser usado como exemplo, é a monitória. O legislador prevê (art. 700 do CPC) que aquele que dispõe de prova escrita sem eficácia de título executivo tem como dar início a processo de rito célere, que se não for interrompido por iniciativa do demandado, que tem a seu dispor os embargos, garante ao autor a constituição do título judicial.

Trata-se, pois, de processo sumário não cautelar, que tem como característica a provisoriedade (em uma de suas acepções), mas não aquela espécie que é inerente ao processo que é o foco deste estudo. A provisoriedade da monitória consiste em fazer com que o direito alegado, baseado no documento escrito, se torne definitivo¹², e, portanto, título executivo, o que ocorrerá caso o réu se quede inerte.

Na hipótese de o demandado tomar a iniciativa de opor embargos, o contraditório se abre e, acolhido o pedido formulado em referida espécie de ação, a sentença declarará que o crédito afirmado pelo autor, e que justificou a expedição do mandado de pagamento, não existe¹³.

Na cautelar, a provisoriedade seria diferente, guardando relação com outra característica da referida medida, que é a acessoriedade. Assim, a providência não teria efeitos permanentes; pelo contrário, duraria até que fosse resolvida a controvérsia existente entre as partes, isto é, a lide, a qual integraria apenas o processo principal.

Não haveria, outrossim, que se falar em temporariedade (em substituição ao termo provisório), na medida em que tal característica é própria do que tem duração determinada.

¹² CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 152.

¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

Provisório, de sua parte, é o que existe até que surja aquilo que é definitivo¹⁴. Em exemplificação que ficou bastante conhecida, temporários seriam os andaimes de uma construção, ao passo que provisória seria a barraca utilizada pelo desbravador do sertão para acampar. No primeiro caso, os andaimes ficariam até que fosse concluída a construção do prédio, e não seriam substituídos. A barraca, diferentemente, seria substituída, no futuro, por uma moradia melhor¹⁵.

Provisório, quando se fala em cautelar, tem sentido de ausência de estabilidade. Assim, a figura antagônica seria a imutabilidade¹⁶, e essa é a característica da decisão (às vezes de mérito) proferida em processo ordinário, tido como principal. Na cautelar, de acordo com o pensamento da doutrina tradicional, a estabilidade não se vislumbraria nunca, pois é natural que o provimento de mencionada natureza seja substituído por outro: daí ser provisório e instrumental¹⁷.

1.1.1.2. Acessoriedade

A cautelar é, na visão da doutrina tradicional, também acessória, pois fica à mercê da sorte do processo principal, que pode ser de conhecimento ou execução. Em termos diversos, a medida em comento não tem vida própria, estando sempre na dependência de outro processo.

Tal característica, segundo a corrente de pensamento que se está a apresentar, pode ser encontrada em diversos dispositivos da legislação. O art. 131, I, do CPP, que dispõe que o sequestro será levantado se não for ajuizada a ação penal dentro de sessenta dias, é um exemplo; outro, seria a regra constante do art. 309, I, do CPC, que estabelece que cessa a eficácia da tutela antecedente se não for deduzido o pedido principal no prazo legal¹⁸.

¹⁴ Ao tratarem do tema no sistema francês, GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique (*Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 32. ed. Paris: Dalloz, 2014, p. 1352) anotam que a provisoriedade é uma das marcas de tal espécie de tutela e que « la décision définitive se substitue à la décision provisoire, qui connaît ainsi un terme précis puisqu'elle est rendue caduque ».

¹⁵ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 16.

¹⁶ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique (*Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 32. ed. Paris: Dalloz, 2014, p. 1352) também observam que « le caractère provisoire de la mesure signifie qu'en droit, la décision n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal et est inapte à l'acquiescer ».

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 24.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 234) diz que, em relação ao aspecto da acessoriedade “do processo cautelar, podem lembrar-se as regras concernentes ao ônus da propositura da ação principal no prazo de trinta dias”.

Antes mesmo do surgimento da teoria desenvolvida por Calamandrei, era possível encontrar fragmentos legais que apontavam a necessidade de medidas cautelares estarem atreladas à ação (dita principal). O art. 331 do Regulamento 737/1850 dispunha que o embargo (que corresponde ao arresto) ficaria sem efeito se o postulante não propusesse a ação no prazo de quinze dias.

1.1.1.3. Instrumentalidade

A instrumentalidade é outra característica mencionada pela doutrina tradicional. Significa que a cautelar jamais terá fim próprio¹⁹, na medida em que sua função é sempre garantir o efeito prático a ser obtido no processo principal. Disso, aliás, surgiu a ideia de que se está diante de instrumentalidade qualificada, elevada ao quadrado²⁰.

Para se chegar a tal concepção, parte-se do princípio de que o processo é a ferramenta colocada à disposição do jurisdicionado para que, por intermédio dele, se faça valer o direito material. Assim, o processo (de conhecimento e de execução) já seria, por si, o instrumento.

Quando, então, o objeto do processo é a tutela cautelar, há a instrumentalidade qualificada, pois não existindo, para a corrente sob análise, o direito material à cautela, tratando-se de algo cuja natureza é estritamente processual, caber-lhe-ia a função de resguardar o direito a ser reconhecido no momento do julgamento definitivo.

A partir do referido instante, resolvida a lide, a cautelar desapareceria, tornando-se desprovida de efeitos, quer porque o direito alegado na ação principal não se confirmou (o que ocorre na hipótese de improcedência), e daí a justificada necessidade de aplicação da regra de que o acessório segue o destino do principal, quer porque perderia efeito em razão de converter-se em medida de caráter executivo²¹.

A instrumentalidade, portanto, é hipotética, e assim o é em razão de a cautelar ser deferida para a hipótese de que aquele que a postulou esteja com a razão²². Por isso, baseia-se

¹⁹ VILLAR, Willard de Castro (*Medidas cautelares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 52), quando aborda a teoria de Calamandrei, mais especificamente quando trata da instrumentalidade, diz que, na visão de tal autor, “as providências cautelares nunca constituem um fim em si mesmas”.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 21-22.

²¹ DOMÍNGUEZ, Manuel Serra; MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: M. Pareja, 1974, p. 15.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 237.

não em comprovação cabal do direito alegado, mas em critério mais tênue, bastando que haja demonstração da aparência de razão.

1.1.2. Condições da cautelar

Para que a medida cautelar seja deferida, costuma-se dizer, notadamente no campo processual civil, que devem estar presentes duas condições, a saber, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. No processo penal, por outro lado, existe discussão se o pressuposto e o requisito autorizadores são idênticos ou não e se a adoção da denominação empregada no campo civil é adequada. Há diversos posicionamentos²³.

Como nesta parte inicial a intenção é apresentar e analisar a teoria mais difundida sobre as cautelares, não se discutirá agora a identidade ou não das condições e suas peculiaridades. Em tópico específico, o tema será aprofundado²⁴.

1.1.2.1. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*

Como acabou de ser visto, a cautelar estará invariavelmente baseada não em juízo de certeza, senão em probabilidade. Tal aspecto é fruto da urgência que se impõe e que guarda relação com a própria natureza do provimento, que é de segurança. Se se quer resguardar provável direito que está sob ameaça, não se faz possível perquirir a fundo a sua existência. O julgador tem de se contentar em tomar a sua decisão levando em conta a fumaça do bom direito. Pode acontecer, contudo, que ao final fique evidenciado que o direito alegado não existe. Em tal situação, a medida é revogada e retorna-se ao estado anterior.

Ligado ao direito provável, está a ideia de perigo da demora. Na verdade, constatado que a inércia, ou seja, a não atuação efetiva do provimento judicial causará dano, se justifica o deferimento da cautelar. O escopo é garantir que o provimento final seja proveitoso, e para que isso ocorra, o juiz se pautará, de regra, realizando análise superficial do direito.

É de se notar, porém, que, segundo a concepção adotada pela corrente que se apresenta, não é suficiente que a tutela seja preventiva, tampouco urgente. Isso porque não é de se descartar a possibilidade de existir tutela ordinária que visa à prevenção, como pode igualmente haver

²³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 41.

²⁴ Vide item 5.2.

algum provimento que seja tomado em caráter de urgência e que tenha natureza não cautelar. Para que se cuide realmente de cautelar, impõe-se ficar evidenciada a presença dos dois elementos (um dos quais pode ser presumido pelo legislador)²⁵ e que se constate que a demora do processo ordinário coloca em risco o direito (alegado)²⁶.

Tratar-se-ia, portanto, de acordo com os seguidores da corrente mencionada, de ameaça de dano que tem causa específica e que se consubstancia naquilo que é fruto exatamente da lentidão inerente ao processo principal. Com a providência cautelar, então, o perigo desapareceria, podendo a parte aguardar, sem mais temer o dano, todo o desenvolvimento dos atos processuais que se sucedem.

Não basta, então, constatar a presença de risco de dano. Precisa ser um risco específico, e que é fruto da impossibilidade de fazer com que o processo principal tenha marcha mais rápida²⁷. O fundamento que justifica o emprego da cautelar é, por conseguinte, estático, uma vez que a lentidão figura como marca do processo ordinário.

1.1.3. As espécies de medidas cautelares

Seguindo a concepção formulada por Calamandrei, e adotada por parte dos processualistas²⁸, as providências cautelares se dividem em espécies e subespécies. Em linhas gerais, é possível dizer que, de acordo com a visão apresentada, as cautelares não teriam por finalidade somente assegurar (ou manter) certa situação para que a ameaça não se concretize. O provimento poderia ser também inovador²⁹, o que significa afirmar que em alguns casos haveria a antecipação dos efeitos da tutela (a ser proferida no processo principal).

Como decorrência do pensamento mencionado, dois grupos (principais) se formam: o das medidas que funcionam como espécie de seguro, e seriam estes os tipicamente cautelares,

²⁵ PERROT, Roger (Les mesures provisoires en droit français. In : TRAZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile*: atti del colloquio internazionale. Milano: Giuffrè, 1985, p. 164), ao comentar o sistema francês de medidas de urgência, pontua: “quelles sont les *conditions* exigées? Contrairement à ce que l’on pourrait croire, la condition d’urgence n’est pas requise”.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 18.

²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 18.

²⁸ Um autor que segue a divisão apresentada é BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156-157.

²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 26-27.

e o daqueles que trazem para momento anterior ao do final do processo os efeitos do provimento que somente com a sentença seria possível obter³⁰.

Calamandrei, a propósito do tema, entende que se deve preferir o emprego do termo “assegurar” em detrimento do termo “conservar”. Segundo o autor, somente a primeira expressão figura como sinônimo de cautela, isto é, de providência de natureza cautelar³¹.

Na sequência, será apresentada a divisão feita pelo mencionado doutrinador em seu estudo a respeito das medidas cautelares e serão apontadas as características essenciais de cada uma delas.

É necessário, antes de finalizar o tópico, deixar anotado que o legislador brasileiro, ao elaborar o CPP, parece ter seguido, ao menos parcialmente, a orientação de Calamandrei, sobretudo quanto ao emprego dos termos que ele entende que melhor retratam o fenômeno jurídico em pauta. Isso porque, ao disciplinar as medidas específicas que serão mais adiante objeto de atenção, inseriu-as no Capítulo denominado “Das Medidas Assecuratórias”.

1.1.3.1. Produção antecipada de provas

O primeiro grupo apresentado por Calamandrei é aquele formado pelas medidas que têm por escopo assegurar os atos instrutórios, o que é alcançado antecipando a colheita das provas. Ao invés de aguardar o momento em que ocorreria a produção, inverte-se a ordem para que a obtenção seja imediata³².

Assim, havendo o risco de que a prova não tenha como ser produzida no momento propriamente previsto para tanto, se torna possível a colheita prévia. O *periculum in mora*, como não poderia deixar de ser, decorre da natural lentidão do processo ordinário, e isso, dadas as circunstâncias do caso concreto, justificaria o emprego da medida, que objetiva a assecuração

³⁰ Na doutrina, há quem diga que em tal situação ocorre “sumarização dos processos definitivos” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 149).

³¹ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 26), referindo-se a Agostino Diana, diz que “alcuno adopra la espressione di provvedimenti *conservativi* come equivalente a quella di provvedimenti cautelari”.

³² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 31.

para a utilização futura da prova³³. O exemplo clássico é o da oitiva da pessoa enferma, que pode não mais estar viva quando da realização da audiência de instrução.

A prova oral não é a única que teria como ser antecipada. Pode ocorrer que outras espécies de prova tenham de ser asseguradas. No processo penal, isso se dá principalmente, mas não de forma exclusiva, no tocante às perícias, pois necessitam retratar o estado atual do objeto analisado e guardam relação com a infração penal praticada.

O art. 155, *caput*, do CPP faz referência expressa às provas cautelares, mas ali há também menção às chamadas antecipadas, o que torna necessário verificar se a natureza delas é mesmo diversa ou se se pretendeu apenas diferenciá-las por critérios inerentes ao momento da produção ou por critérios relacionados à participação das partes.

Os autores que se dedicam ao tema costumam diferenciar as duas figuras com base nesses critérios aludidos³⁴. Dizem, então, que cautelar é a prova produzida geralmente durante o inquérito policial e, por conseguinte, fora do contraditório, ao passo que antecipada é a prova feita em juízo, sob o crivo do contraditório, mas em momento anterior ao que ordinariamente ocorre. Na primeira hipótese, a urgência em colher a prova impediria a realização do contraditório, que só posteriormente seria conferido às partes³⁵.

Na doutrina³⁶ também há quem sustente que o CPP, além da regra contida no art. 155, prevê outras hipóteses de medidas cautelares atinentes à produção da prova. Tais seriam aquelas constantes dos arts. 92, 93, 149 § 2º, 366 e 525³⁷. Em todos esses dispositivos, porém, não há menção ao termo cautelar (talvez porque efetivamente não possuam tal natureza), preferindo o legislador se valer de expressões diversas³⁸.

³³ SANTOS, Ernane Fidélis dos (*Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 428) afirma que “a produção antecipada de provas se dá sempre que a demora da audiência de instrução possa frustrar o conhecimento exato dos fatos e quando os vestígios e sinais constitutivos deixados possam desaparecer no tempo. Trata-se de verdadeira medida cautelar de resguardo à boa formação do processo”.

³⁴ Talvez melhor teria sido o legislador fazer alusão às provas produzida com e sem caráter contencioso.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 472. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 658-659.

³⁶ POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 118-123.

³⁷ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 32) cita como exemplo de medida cautelar “il sequestro degli oggetti costituenti violazione dei diritti di privativa”.

³⁸ Nos arts. 92 e 93 há menção a “outras provas de natureza urgente”; o art. 149, § 2º, se refere “às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento”; o art. 366 alude à “produção antecipada das provas consideradas urgentes”; o art. 525 menciona “o exame pericial”.

Dúvida pode ocorrer em relação ao contido no art. 366 do CPP. Isso porque, embora haja citação (por edital), a comunicação ao réu é fictícia, de modo que não se forma efetivamente o contraditório. Como consequência, não está autorizado o prosseguimento do processo. Nomeia-se, então, defensor dativo para patrocinar os interesses do acusado, mas este (o réu) não participa da instrução antecipada, intervindo.

O legislador, como é possível perceber, optou por não adotar uma mesma nomenclatura para aludir às hipóteses em que ocorre a produção antecipada. De forma aleatória e em dispositivos esparsos, inseriu casos em que a prova tem como ser obtida antes do momento processual próprio. A postura seguida pelo CPP, conclui-se, não foi a mais adequada. Era preferível a adoção de uma sistemática.

É importante notar que existe diferença entre assegurar e produzir prova. Há assecuração quando o órgão incumbido da colheita não exerce juízo de valor. É o que ocorre na hipótese em que a autoridade policial determina que seja realizada a perícia para verificar se o produto exposto à venda em um comércio é próprio ou não para o consumo. A produção, por outro lado, se verifica quando o juiz, que figura como o receptor da prova, emite juízo valorativo sobre ela³⁹.

Calamandrei, ao iniciar o tópico a respeito do tema sob análise, embora não apresente a diferença entre produzir e assegurar, emprega em seu texto termos que evidenciam que está a tratar dessa última medida mencionada. Diz o autor que existe procedimento específico para que sejam fixados e separados os resultados das provas, para utilização eventual e futura em processo de conhecimento⁴⁰.

Adotando essa teoria, mais uma vez se diga, nas hipóteses em que já há ação em curso (arts. 92, 93 e 149, § 2º, do CPP) e citação do réu, o que ocorre é a produção emergencial da

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 381 ao 484). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 7, p. 381. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 796 a 889: do processo cautelar. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. 11, p. 444), que diz que “na assecuração cautelar de provas, o que se pretende é tão somente documentar algum fato cujo desaparecimento seja provável, a fim de poder-se utilizá-lo como prova”.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 31) afirma que “il primo gruppo è costituito da tutti quei *provvedimenti istruttori anticipati*, coi quali, in vista di un possibile futuro processo di cognizione, se mira a fissare e ad accantonare certe resultanze probatorie, positive o negative, che potranno essere poi utilizzate in quel processo al momento opportuno”.

prova⁴¹, ato que não é mencionado por Calamandrei como tendo natureza cautelar, e isso porque a produção (e não mais assecuração) se dá no próprio processo (principal), havendo apenas mudança quanto ao momento processual⁴².

Ainda no grupo em comento, o autor italiano, se bem que, aparentemente, não totalmente convicto, insere as ações em que se pede a certificação de escrituras e as que objetivam verificar a autenticidade ou falsidade de prova⁴³. Em tais casos, a cautelaridade estaria no fato de que o postulante da medida visa, de maneira indiscutível, mas preventivamente, obter o valor probatório do documento⁴⁴.

É de se ponderar, entretanto, que se a declaração a respeito da autenticidade é insuscetível de perquirição em outro processo, o que torna o juiz vinculado ao que foi decidido, parece certo dizer que a medida não é propriamente de segurança, senão de satisfação e principal. A colocação, portanto, desse diferente tipo de tutela no grupo em comento⁴⁵ contraria a ideia, apresentada pelo próprio doutrinador, a respeito da formação da coisa julgada. Conforme se viu⁴⁶, de acordo com o pensamento de Calamandrei, o provimento cautelar não se tornaria definitivo em razão da transitoriedade, que é uma das marcas de sua natureza.

Quando alguém propõe ação em que é buscada a declaração definitiva do valor probatório de um documento, o que se pretende é justamente o contrário daquilo que tem por objeto a providência de caráter cautelar. O autor do pedido visa à obtenção da certeza, pouco importando que futuramente venha a utilizar o quanto decidido em outro processo. Não há, no caso, provisoriedade, acessoriedade, tampouco instrumentalidade. Há, sim, cognição completa e manifestação definitiva sobre a matéria.

⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 258.

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 327) seguem o entendimento de que quando há antecipação, não se vislumbra a natureza cautelar. Em suas palavras: “se requerida a antecipação no curso mesmo da demanda principal, o deferimento do pedido importará admissão e produção da prova, não mera segurança dela”.

⁴³ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 32-33) diz que “sembra che possano esser fatti rientrare in questo gruppo, quantunque ciò non sia comunemente insegnato, anche la domanda per verificazione delle scritture in via principale (art. 282 e segg. Cod. proc. civ.) e la querela di falso in via principale (art. 296 e segg. stesso Cod.)”.

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 32-33.

⁴⁵ No Brasil, a doutrina de Calamandrei é seguida por LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 10.

⁴⁶ Vide itens 1.1. e 1.1.1.1.

Por conta da iniciativa de inserir no rol da produção antecipada de provas a decisão que visa tornar indiscutível a autenticidade documental, não faltou quem⁴⁷ criticasse o posicionamento do autor italiano citado.

1.1.3.2. Assecuratórias da execução

Integram esse grupo as medidas que são destinadas a assegurar o resultado prático visado nas execuções forçadas. O maior exemplo é o arresto, que se propõe para impedir que o devedor arruíne o seu patrimônio com intuito de frustrar a penhora e, conseqüentemente, o pagamento da dívida. Entra também nessa categoria o sequestro, pois tem por escopo evitar danos em relação ao bem que é objeto de disputa pelas partes, colocando-o a salvo nas mãos de terceiro enquanto não se decide qual dos litigantes tem direitos sobre ele.

Em relação a tais providências, ninguém discute a natureza cautelar. Calamandrei, porém, no grupo mencionado, não se limitou a inclui-los. Inseriu também outras medidas, podendo ser citados o arrolamento de bens, a sentença declaratória de falência e a execução provisória⁴⁸.

O arrolamento, que era previsto a partir do art. 855 do CPC/73, e que consta da exemplificação constante do art. 301 do CPC/15, também indiscutivelmente figura como espécie de medida cautelar que pode ser incluída no grupo apresentado⁴⁹. A sua função é a de evitar o extravio de bens que interessam na relação processual principal.

Diferente é o que ocorre quanto à execução provisória⁵⁰ e com a sentença que declara a falência. Essas duas, apesar de guardar algumas semelhanças com a tutela cautelar, com ela não se confunde, ao menos no sistema jurídico brasileiro.

⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 254), ao comentar o diploma de 1973, diz que “no incidente de falsidade de documento e na ação do art. 4.º, II, há apreciação da ‘falsidade’ e declaração de tal situação de fato. Nas ações de produção antecipada de provas não”.

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 36-37.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella (*Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 324), seguindo o pensamento de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, sustenta que o arrolamento de bens tem natureza cautelar.

⁵⁰ Seguindo a linha de Calamandrei, CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da (*A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 152) defende que a execução provisória é cautelar.

No primeiro caso, o que se vê é efetiva execução (e, portanto, satisfação), ainda que não seja (juridicamente) definitiva. Para algumas situações, a lei (art. 521 do CPC) dispensa inclusive a apresentação de caução por parte do exequente e permite que de pronto o efeito concreto almejado seja obtido, o que já é indício de que não se trata de medida cautelar. Mesmo quando o credor tem de prestar a mencionada garantia (art. 520, IV, do CPC), não deixa de haver típica execução.

No âmbito do processo penal brasileiro, algo semelhante pode ser dito, e talvez aqui ainda mais perceptível se mostre a ausência de cautelaridade. A execução provisória é possível quando o sentenciado está preso preventivamente (e, por exemplo, foi condenado em primeiro grau). Mas quando se inicia o cumprimento da pena, se faz necessário considerar que o indivíduo não mais está custodiado cautelarmente.

Na verdade, a criação de mencionado mecanismo configura inversão de valores, pois se ninguém pode ser considerado culpado até a decisão definitiva, a execução provisória presume o contrário do que está disposto no art. 5º, LVII, da CF. De todo modo, não há nada de cautelar em tal ato.

A provisoriedade, apesar de ser uma das características da tutela cautelar, não lhe é exclusiva. Outros provimentos existem que são provisórios, mas possuem natureza diversa. A liminar concedida em ação possessória é exemplo⁵¹.

Não há dúvida que, desfeito o título que baseava a execução provisória civil, o que ocorre quando há reforma ou anulação da sentença, tem as partes de retornarem ao estado anterior, competindo àquele que deu início ao cumprimento o ressarcimento dos danos ocasionados (art. 520, I, do CPC). Contudo o retorno é, muitas vezes, meramente jurídico, baseado na indenização, e não fático.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco (*Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 206-207), a propósito, em um primeiro momento, chegou a atribuir a tal tutela a natureza cautelar. Posteriormente, mudou de opinião. Isso é notado em livro editado posteriormente (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 48), onde afirma que “come tra il processo contenzioso e il processo volontario s’insinua il tertium genus del processo penale o tra il processo cognitivo e il processo esecutivo il processo d’ingiunzione, così esiste una figura intermedia tra il processo definitivo e il processo cautelare: tale è il processo possessorio, del quale in alcune elaborazioni precedenti io colsi e accentuai l’analogia con il processo cautelare ma non seppi precisare la differenza”.

Os autores⁵² que no Brasil defendem que a execução provisória civil é cautelar afirmam que a satisfação somente ocorrerá quando surgir a decisão definitiva, isto é, após a formação do trânsito em julgado, com o que revelam o entendimento segundo o qual, neste particular, a percepção utilizada está baseada somente em critério jurídico.

Mas se a tutela cautelar é empregada para obtenção do efeito prático que surge somente com o cumprimento do provimento definitivo, o critério que parece mais adequado a ser utilizado para verificar a natureza da medida (se cautelar ou não) é outro, ou seja, o fático.

Perceba-se, ainda, que diferentemente do que ocorre nos provimentos verdadeiramente cautelares, na execução provisória, em sistemas jurídicos como o brasileiro, o julgador não exerce cognição sumária para verificar se é hipótese ou não de deferir a medida⁵³. O art. 1.012, *caput*, do CPC dispõe que somente nos casos expressamente previstos a apelação não terá efeito suspensivo, o que conseqüentemente permite o cumprimento imediato da decisão recorrida.

Tal como na cautelar, está também aqui presente o *periculum in mora*, que decorre da lentidão do processo ordinário. Assim, a parte que obteve decisão favorável, ao invés de aguardar o julgamento definitivo do recurso, e, portanto, a formação da coisa julgada, pode postular, preenchidos os requisitos legais, o cumprimento imediato do julgado. Diversamente, porém, do que se dá em relação às cautelares, que exigem a demonstração concreta do fato que justifique a sua concessão, e por isso a necessidade de análise em sede de cognição sumária, não bastando a alegação genérica de que o processo ordinário tramita lentamente, a execução provisória se faz lícita porque há previsão legal que traça os requisitos meramente objetivos que autorizam tal prática.

Calamandrei, quando defendeu que a execução provisória tem natureza cautelar, levou em consideração o regramento dado pelo Código então vigente na Itália, legislação que dispunha que tal medida poderia decorrer ou de previsão legal específica⁵⁴ – tal como ocorre

⁵² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 152.

⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23-24.

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 42) diz que “si deve avvertire innanzi tutto che non sempre la provvisoria esecuzione deriva da un provvedimento del giudice: si hanno infatti casi in cui la legge, in considerazione della particolare natura di certi rapporti sostanziali stabilisce che tutte le sentenze pronunciate per decidere intorno ai medesimi siano provvisoriamente esecutive nonostante gravame, per ragioni di materia e *indipendentemente* da qualsiasi indagine del giudice sulla opportunità di concedere tale esecutorietà”.

no CPC brasileiro – ou depender daquilo que se chama de cláusula de execução provisória⁵⁵. Somente quanto à última hipótese o citado autor afirmou que a natureza cautelar estava presente, e isso desde que a medida fosse deferida no intuito de impedir os efeitos decorrentes do perigo da demora, o que poderia ser demonstrado ou presumido⁵⁶.

O autor, neste ponto, não mencionou que, na hipótese de o risco ser presumido, deveria haver a possibilidade de a parte adversa demonstrar que a execução provisória é descabida. Tal faculdade parece que tem de ser cogitada, pois, se assim não for, a presunção será absoluta, e nenhuma diferença se notará em relação ao modelo pré-estabelecido, onde também se entende, sem margem de discussão, que o perigo abre espaço para a execução.

Na execução provisória penal que ocorre no Brasil, vale o reforço, não se exerce juízo de discricionariedade. O réu que foi condenado em primeiro grau, e está preso preventivamente, passa a cumprir a pena, podendo inclusive progredir de regime, competindo ao magistrado sentenciante a expedição da guia de execução não definitiva, não lhe sendo facultado verificar se é o caso ou não de praticar tal ato. E nisso está, a propósito, a justificativa para não mais o julgador ter de analisar a manutenção da preventiva nos moldes do art. 316, p.u., do CPP: a prisão cautelar deixou de existir.

No que toca à sentença declaratória de falência, Calamandrei equipara-a à decisão que defere o sequestro conservativo – figura que se assemelha, no Brasil, ao arresto. Haveria, como diferença entre as duas medidas, o fato de que, no processo de quebra, a constrição atingiria todos os bens do falido para garantir que os credores, na execução forçada, tenham seus interesses satisfeitos. Tal como se dá no processo cautelar mencionado, a medida seria empregada em caráter de urgência e combateria a demora que poderia acarretar a dilapidação dos bens, e daí porque se falar, igualmente aqui, em *periculum in mora*⁵⁷.

⁵⁵ Liebman, em nota de rodapé feita na obra de CHIOVENDA, Giuseppe (*Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 281-282), observa que “a execução provisória é, no direito italiano, concedida à sentença pelo próprio juiz de primeira instância, com uma provisão acessória incorporada à mesma sentença e que se denomina na prática *cláusula de execução provisória*. Nos casos indicados na lei, o juiz pode ordená-la ou negá-la, conforme a sua apreciação do caso”.

⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 43.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 116.

É de se notar, porém, que à semelhança do que ocorre em relação à execução provisória, a constrição, que na quebra é geral, atingindo a integralidade do patrimônio do falido, independe da presença de elementos concretos que justificariam a concessão do provimento, sendo ela em todos os casos presumida de maneira absoluta. Em outras palavras, a providência é automática e incide sempre e invariavelmente nos casos em que é decretada a falência.

Portanto, ainda que existam elementos que aproximem a sentença de falência e a decisão que defere o arresto, a mencionada diferença é o bastante para marcar o descompasso que há entre uma e outra, tornando imprópria a equiparação.

Vale repisar que nas medidas indiscutivelmente cautelares, como é o caso do arresto, assim também do sequestro e do arrolamento de bens, compete ao interessado no deferimento da providência demonstrar, baseando-se em fatos concretos, aquilo que autoriza e justifica a concessão⁵⁸.

Na cautelar, o juiz analisa se há risco de dano e se este é iminente; na execução provisória e na sentença que decreta a falência, não. Quanto à cautelar, ademais, o juiz pode aplicar medida de espécie diversa da que foi pedida (ex.: arrolamento ao invés de arresto)⁵⁹, o que autoriza dizer que existe certa margem de fungibilidade⁶⁰.

1.1.3.3. Antecipatórias

As medidas antecipatórias são as que mais geram dúvidas a respeito de sua natureza, havendo posicionamentos no sentido de que não se trata de provimento de natureza cautelar, o que se dá em contraposição aos autores que seguem o caminho de Calamandrei.

Segundo o autor mencionado, integram o grupo as providências que decidem de maneira provisória a situação vivenciada pelas partes, e isso no intuito de impedir que o postulante sofra os danos irreparáveis que poderiam surgir caso esperasse a solução definitiva. Essa

⁵⁸ Ou ao menos se deve permitir que a parte que sofre a medida demonstre o contrário.

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe (*Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 275) anota que “acerca da possibilidade do dano, deve o juiz examinar: se as circunstâncias de fato fornecem motivo *sério* de temer o evento danoso; se o caso é *urgente* e é, pois, necessário prover por via provisória; qual seja o melhor modo de prover. Ademais, melhor se determina essa condição genérica em relação às diversas medidas provisórias”. De todo modo, é importante salientar que o autor dá a entender que, tal como Calamandrei, entende que a execução provisória configura espécie de cautelar (p. 275).

⁶⁰ O CPC/73, a respeito deste ponto, chegou ao extremo de não arrolar no art. 801 a necessidade de formulação de pedido, dando a entender que bastaria ao requerente da medida “a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão (inciso IV)”.

característica, a propósito, faria com que a antecipação se distanciasse das providências que compõem os grupos anteriores, e por isso exige sua colocação em outro, separado. A decisão que concede a antecipação, portanto, analisaria o mérito (da ação principal)⁶¹.

A primeira objeção que se pode fazer ao entendimento apresentado é a de que, se houvesse processo cautelar em que se apreciasse de maneira provisória e superficial o mérito da outra demanda (principal), tal processo (o cautelar) ou não teria mérito, ou ele seria idêntico ao existente no outro, o que soa estranho: haveria duas demandas para solucionar a mesma controvérsia, uma de maneira célere e a outra de modo completo, mas lento.

Cabe insistir que, em relação às espécies que integram os grupos anteriores, há diferenças de conteúdo: o da cautelar é diverso daquele do processo dito principal. Na antecipação, porém, isso não se verifica, fato que chama a atenção e induz a questionar a verdadeira natureza jurídica do provimento⁶².

Calamandrei, quando se dedica a analisar o tema, discorda expressamente da posição de Allorio, que em seu estudo adota como premissa a ideia de sanção. Realmente, esse último autor sustenta que a maior característica do direito, e que o distingue das normas morais, é a possibilidade de coerção, o que não exclui outra de suas notas, que é o caráter atributivo de poder⁶³.

Há mais um ponto que também distingue a posição dos dois autores. Allorio defende a existência do direito substancial de cautela (e, portanto, o direito à sanção cautelar que caminha em paralelo à sanção principal) e não crê na existência de um terceiro gênero de ação, que seria a cautelar. Na sua visão, a demanda cautelar é de conhecimento ou executiva e visa dar guarida ao mencionado direito material – o direito de cautela⁶⁴.

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 38-39.

⁶² SATTÀ, Salvatore (*Direito processual civil*. Tradução de Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 2, p. 720) aproxima a antecipação da tutela à figura da ação de obra nova e dano temido e critica a opinião diversa, pontuando que “a doutrina se revela incerta, e comumente tende a volver-se aos remédios cautelares, o que não nos parece correto pois se a regra ‘assegura os efeitos da decisão acerca do mérito’, tem ela o seu significado”.

⁶³ ALLORIO, Enrico (Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 13, parte 1, 1936, p. 20) afirma que “ravvisare nella sanzione l’essenza del diritto, mentre esclude che il diritto se possa configurare come un sistema d’imperativi, non impedisce che sia d’altra parte riservato il debito luogo al rilievo dell’altro carattere, pure essenziale, della norma giuridica, come norma *attributiva* di signorie o poteri, ripartitrice di sfere d’influenza tra i consociati”.

⁶⁴ ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 13, parte 1, 1936, p. 25-26.

A sanção cautelar, dada a sua natureza e função de segurança, precisa, então, ser mais tênue que aquela que é aplicada pela via principal. É por isso que, em vez de ocorrer a penhora (antecipada), a alienação do bem e o pagamento ao requerente que se intitula credor, medidas enérgicas e mais graves ao destinatário (suposto devedor), se realiza o arresto, com o que se consegue assegurar o eventual direito do postulante⁶⁵.

Haveria casos, porém, em que a tutela cautelar não bastaria a atender ao interesse do requerente: precisaria ocorrer a execução antecipada (ainda que provisória juridicamente) da sanção principal, e um dos exemplos seria a cobrança de alimentos. De nada adianta ao suposto credor o arresto de bens do devedor: a necessidade é imediata: o alimentando precisa receber a verba para suprir as necessidades básicas. Para algumas situações, portanto, existe a possibilidade de aplicação antecipada da sanção principal, e nesses casos o perigo na demora deve ser mais grave⁶⁶.

Calamandrei, sobre esse ponto, questiona se a execução provisória e antecipada da sanção principal não seria espécie de tutela cautelar, tendo em vista que também para tais situações se exige a presença do perigo da demora e tudo se faz sem que já tenha sido declarado o direito em favor do postulante⁶⁷. Ou seja, a medida é deferida em sede de cognição sumária.

Do questionamento se nota que, para tal autor, as medidas provisórias e baseadas no perigo da demora são todas cautelares, não importando a finalidade: se servem para assegurar ou satisfazer⁶⁸. Mas, se assim o é, nem sempre as características comuns que o mesmo doutrinador diz existir se fazem presentes.

⁶⁵ ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 13, parte 1, 1936, p. 28-29.

⁶⁶ ALLORIO, Enrico (Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 13, parte 1, 1936, p. 39) diz que “come la sanzione principale (che s’attua mediante l’esecuzione provvisoria) è più grave della sanzione cautelare, così deve esser più grave il <pericolo nel ritardo>, in vista del quale la legge si risolve a consentire l’applicazione (sia pure provvisoria) della sanzione principale, anziché contentarsi di disporre l’applicazione della sanzione cautelare”.

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 40) diz: “che cosa è, se non un provvedimento cautelare, la esecuzione anticipata e provvisoria della sanzione principale (satisfattiva) e non esecuzione della sanzione cautelare (attenuata), non vuol dire ancora risolvere il problema; poiché il punto da risolvere è proprio questo: come possa la sola considerazione del pericolo nel ritardo portare alla esecuzione della sanzione principale *prima che sia accertato il diritto a tale sanzione*, e per qual meccanismo processuale la esecuzione forzata satisfattiva, che di regola presuppone il titolo esecutivo, posse eccezionalmente concedersi prima che il titolo sia nato. Se questa non è tutela cautelare, io non so, a parte le denominazioni che contano poco, che cosa essa possa mai essere”.

⁶⁸ Semelhantemente, TOMMASEO, Ferruccio (*I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 128) anota que “quando si dice che il provvedimento d’urgenza produce il

Com efeito, quando há antecipação do provimento final não se vislumbra a instrumentalidade. A mencionada tutela não objetiva garantir o efeito prático a ser alcançado pela decisão definitiva: desde logo a execução se dá, e com isso o requerente se satisfaz⁶⁹.

O próprio Calamandrei percebeu e apontou a diferença que existe entre os dois provimentos, e por isso, ao tratar de maneira mais detalhada as características das cautelares, entendeu por bem separar, agora em dois grupos, os requisitos do perigo da demora. No primeiro, foram inseridas as medidas de produção antecipada de provas, as assecuratórias da execução e as cauções processuais, as quais objetivam preparar os meios para tornar possível a declaração ou a execução; em outro, colocou as antecipatórias do provimento final, que visam entregar desde logo ao postulante o resultado prático que somente seria obtido ao final, providência que faz, portanto, com que ocorra a aceleração do procedimento⁷⁰.

No último caso, a justificativa para a concessão da medida estaria no fato de que a demora do tramite processual implicaria a insatisfação, não dos meios processuais colocados para que se obtenha a declaração ou a execução, mas sim do direito material daquele que aparentemente tem razão⁷¹.

Com a mencionada observação, revela-se que realmente não se faz presente a instrumentalidade⁷². Mas em vez de assim reconhecer, Calamandrei opta por cindir a citada característica, dizendo que, em relação aos casos de antecipação, a instrumentalidade é

soddisfacimento del ricorrente e fa venir meno l'interesse di questi all'instaurazione o alla continuazione del giudizio di merito, non si può concludere rilevando che per ciò solo l'istituto perde le proprie caratteristiche cautelari”.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (*Curso de processo civil: processo cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 4, p. 61) anotam que “a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação”.

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 56.

⁷¹ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 56-57) afirma que “*il periculum in mora* è costituito non del temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito. Qui, pertanto, il provvedimento provvisorio *cade direttamente sul rapporto sostanziale controverso*”. De sua parte, TOMMASEO, Ferruccio (*I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 127) acrescenta “che vi è un pericolo *del* ritardo e non un pericolo *nel* ritardo”.

⁷² Com isso se nota uma falha na teoria. Se, na visão de Calamandrei, a antecipação é espécie de cautelar, e esta é puramente processual, não se coaduna com tal premissa a ideia de seu emprego para a satisfação do direito substancial (de forma acelerada). Aliás, na passagem anteriormente transcrita (e também em outra – p. 55-56), é possível perceber que o autor precisa deixar de lado a sua concepção de tipicidade dos provimentos cautelares, bem como uma de suas características que aponta sempre estar presente (a instrumentalidade), para conseguir apresentar aquilo que seria a antecipação de tutela. Ainda que de forma despercebida, tudo é levado para o plano do direito material (no caso, do direito extrapenal), onde não se verifica nenhum dos citados elementos.

analisada sob prisma subjetivo e indireto. Consequentemente, na sua visão, se em razão das peculiaridades do caso concreto se exige a aceleração do provimento, a medida antecipatória é deferida. Para os demais casos, isto é, nos quais não se vislumbra a premente necessidade em satisfazer de pronto o direito, o provimento seria de conservação⁷³.

A divisão, entretanto, não parece corroborar a sua tese. Tanto em uma hipótese quanto em outra a valoração é subjetiva e parte do risco de dano ao provável direito (substancial) do postulante, e não de risco ao resultado útil do processo. O juiz analisa se o credor precisa imediatamente do dinheiro (e isso é evidente quando se trata, por exemplo, de menor impúbere que pede alimentos ao pai) ou se é suficiente a conservação do interesse por meio de medidas como o arresto, em que não se determina o pagamento para momento anterior ao previsto pela lei processual, pois a dívida não é alimentar e o credor não enfrenta situação de inadiável necessidade.

A instrumentalidade, diferentemente do que sustenta o autor mencionado, não está presente na hipótese de antecipação. Não há ali concessão de medida com o objetivo de garantir o efeito prático. Mais uma vez se diga: o intitulado efeito prático é imediatamente efetivado: há satisfação – o que se dá sempre no plano substancial.

Diante disso, parece mais adequada a proposta de Allorio, que nega à antecipação a natureza cautelar, sustentando que, a depender da situação, mais especificamente do perigo da demora, se justificará a medida mais severa (a antecipação) ou a mais tênue (a conservação), sempre com base em critérios subjetivos, competindo ao magistrado analisar especificamente a situação que lhe é apresentada.

As características das medidas (antecipatória e conservatória) são diversas, e a insistência em querer aumentar cada vez mais o espectro para conseguir inserir ambas em um grande grupo induz a equívocos, pois faz com que se imagine que entre ambas existam apenas pontos em comum e que os requisitos para a aplicação são sempre os mesmos.

⁷³ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 58) após citar dois exemplos, em que no primeiro caso o credor é abastado e basta para assegurar o seu direito, o arresto, e no segundo se faz necessário o imediato recebimento dos valores, diz que “è facile intendere come in questi due casi diversamente se atteggi la strumentalità del provvedimento cautelare: in ambedue i casi esso serve ad assicurare la efficacia pratica del provvedimento principale, ma mentre nel primo caso questa efficacia pratica è considerata sotto un aspetto oggettivo e diretto (conservazione dei beni che devono sussistere per rendere fruttuosa l’esecuzione forzata), nel secondo caso à valutata da un punto di visto *soggettivo e indiretto*, mettendo in relazione gli effetti del provvedimento principale colla situazione personale di bisogno del richiedente”.

O fato de eventual lei prever, em um mesmo dispositivo, a possibilidade de concessão das duas providências não justifica a equiparação. Cada uma delas atende a uma necessidade específica e, por conseguinte, exigem a presença de requisitos diversos (notadamente quanto ao grau de intensidade).

É claro que há situações limítrofes, e a depender da teoria que se adote é possível que em algumas hipóteses não se consiga saber se se está diante de caso de cautelar ou antecipação. Talvez por conta das incontáveis discussões que surgiram a respeito desses temas, o legislador entendeu por bem, quando ainda vigente o CPC/73, criar o art. 273, § 7º, dando ao juiz a autorização para conceder medida cautelar quando o autor, a título de antecipação, postulasse providência conservativa.

A lei, para alguns, parece ter dito menos do que queria, pois o inverso também estaria autorizado⁷⁴. Nada impedia, segundo mencionada corrente, que o demandante pedisse a concessão de medida antecipatória, denominando-a equivocadamente de cautelar, e o juiz a concedesse.

É importante, porém, notar que estava permitida a concessão da medida somente quando, por erro de nomenclatura, o autor pedisse uma providência nomeando-a como outra. A parte postulava a sustação de protesto⁷⁵, dizendo que se tratava de medida cautelar, e o juiz, quando da apreciação, concluía que a natureza do provimento é de antecipação.

A fungibilidade, conseqüentemente, não era plena. Não poderia o magistrado, diante de um pedido de cunho conservatório, independentemente do nome empregado pelo postulante, deferir outra, de viés antecipatório. O juiz estava, então, de algum modo preso ao que foi postulado; livre estava da denominação escolhida pelo autor.

A lei, portanto, dizia o óbvio: que não importava o *nomen juris*. Era imprescindível apenas que o juiz se atentasse ao que lhe foi apresentado e pedido, e com isso se deixava de lado o rigor que doutrinariamente era e é exigido. Quando o direito é colocado em prática, o que importa é saber o que a parte pretende.

⁷⁴ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92-93.

⁷⁵ O exemplo é tirado da obra de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92-93.

O CPC/15 optou por seguir caminho um pouco diferente. Enquanto no diploma revogado a antecipação estava disposta no art. 273, a cautelar figurava em um Livro próprio, o do “Processo Cautelar”. Na lei atual há o título denominado “Da Tutela de Urgência”, e nele se inseriram as medidas cautelares e antecipatórias. No art. 300 consta a regra geral, segundo a qual a tutela de urgência tem de ser concedida quando houver demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. O legislador, outrossim, no art. 301 do CPC, tratou especificamente do provimento cautelar. Ali exemplificou algumas medidas (arresto, sequestro etc.) e fez menção genérica àquelas que são idôneas a assegurar o direito.

Com isso se nota que, apesar de reconhecer a existência de duas espécies (cautelares e antecipatórias) de provimentos, deu a ambos tratamento semelhante, ao menos no que diz respeito aos requisitos que são cobrados para a concessão. Acrescente-se que tanto o art. 303, que trata da antecipação em procedimento antecedente, quanto o art. 305, que dispõe da cautelar antecedente, exigem, para que a medida seja concedida, a presença do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Poder-se-ia dizer que o CPC/15 adotou a teoria de Calamandrei, pois a referência ao resultado útil do processo retrata a característica da instrumentalidade, a qual, segundo o mencionado autor, como já foi visto, é comum aos dois provimentos. Ocorre que a lei brasileira não se ateve àquela diferenciação criada pelo doutrinador, de natureza objetiva (para as medidas conservativas) e subjetiva (para as antecipatórias). Na verdade, igualou os requisitos, e conseqüentemente fez com que se pudesse falsamente imaginar que não há diferença entre um provimento e outro.

Aparentemente, o legislador brasileiro se inspirou na legislação italiana para criar a regra em comento. O art. 700 do CPC peninsular, que prevê a norma geral para a concessão de medidas atípicas, estipulou requisitos únicos, e com isso não diferenciou o que é cautelar e o que é antecipação. Aliás, pela leitura do dispositivo⁷⁶ não é possível, de antemão e com clareza,

⁷⁶ O art. 700 do CPC italiano está assim redigido: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

concluir que está autorizada a concessão de qualquer dos mencionados provimentos. A lei fala em asseguuração provisória, o que dá a ideia de medida tipicamente cautelar.

Por conta da redação dúbia, surgiu na doutrina divergência interpretativa. Há quem diga que não somente a tutela de conservação se faz possível, já que o juiz está autorizado, a depender da situação apresentada pela parte, a deferir outros tipos de medidas, sempre buscando o que se mostra mais adequado para a situação que foi apresentada. Assim, o provimento pode ser conservativo, inovativo ou antecipatório⁷⁷. Existe, ainda, posição no sentido de que a antecipação é autorizada somente em casos excepcionais, quando for a única hábil a resguardar o direito da parte⁷⁸.

O que precisa ser questionado é se a solução legal apresentada é a melhor. Em outros termos, tem de ser verificado se o legislador brasileiro, ao seguir o modelo italiano, foi feliz ou não. Tal questionamento, embora diga respeito, *a priori*, ao direito processual civil, tem repercussão no processo penal, pois lá também se faz possível a adoção de medidas de urgência. E a depender do posicionamento que se adote, estará aberto o caminho para a concessão de provimentos antecipatórios.

1.1.3.4. Cauções

O último grupo apresentado por Calamandrei é aquele formado pelas cauções processuais. Tais medidas, na visão do autor em comento, são aquelas impostas para que o interessado na medida cautelar a obtenha⁷⁹. Trata-se, portanto, de uma contracautela, isto é, de uma segurança para que, na eventualidade de o direito aparente não ser confirmado, a parte contrária, que sofreu as consequências da medida, possa ser ressarcida.

A caução é, portanto, de acordo com a corrente apresentada, equiparada ao arresto, pois o numerário (ou outro bem) apresentado pelo postulante da medida tem por finalidade garantir a eventual execução futura a ser promovida por aquele que teve de suportar, em momento anterior, os efeitos da decisão que concedeu o pedido⁸⁰.

⁷⁷ ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Roma: Cedam, 2016, p. 766.

⁷⁸ FAZZALARI, Elio. Profili della cautela. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 46, 2ª série, 1991, p. 8.

⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 44.

⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 45.

Em razão de a análise, para o deferimento da medida cautelar, ser superficial, não tem como o juiz, de antemão, ter certeza da existência do direito alegado pelo requerente. Por isso, como forma de resguardar os interesses da outra parte, impõe, como condição para a execução da decisão provisória, a oferta de garantia⁸¹.

No ordenamento, entretanto, são encontradas outras previsões a respeito de cauções. Exemplo disso é o art. 131, II, do CPP, que estipula que a oferta de garantia pelo terceiro a quem foram transferidos os bens impede a execução do sequestro.

A esta espécie de garantia, entretanto, Calamandrei não atribui natureza cautelar. É isso o que se depreende do silêncio de sua obra sobre o tema. O autor, na verdade, alude somente à caução que é prestada pelo próprio requerente do provimento de urgência.

Aqui, estaria presente a instrumentalidade, que teria caráter negativo em relação à medida concedida. O seu objetivo é impedir os efeitos deletérios e injustos que podem surgir na hipótese de a pretensão principal não ser ao final reconhecida. Além disso, e visto por outro ângulo, estaria o caráter positivo em relação ao feito principal, pois funcionaria como garantia do ressarcimento do dano. A instrumentalidade seria de segundo grau⁸².

Há, é certo, quem⁸³ adote o entendimento apresentado sem qualquer ressalva. Contudo são necessárias algumas ponderações para melhor compreender o tema. Não é só para a execução da providência cautelar que se faz, às vezes, necessária a apresentação de caução. Em determinados casos pré-estipulados, quando ainda pendente recurso contra a sentença, é possível que a parte beneficiada com o julgado não definitivo dê início ao cumprimento. Para esta situação, o art. 520, IV, do CPC condiciona o levantamento de dinheiro e a prática de atos que acarretem transferência da posse ou alienação da propriedade ou de outro direito real à apresentação de caução. As exceções constam do art. 521 do mesmo diploma.

Em ambas as hipóteses, o que se verifica é execução provisória. No segundo caso, em razão de a sentença (do processo principal) não ter alcançado a imutabilidade; no primeiro, por não ter ocorrido ainda julgamento. Nas duas situações, existe relação entre o cumprimento e a

⁸¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 54-55.

⁸² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 46.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183-184.

caução, mas uma delas não tem natureza cautelar. As situações não são idênticas; são apenas semelhantes.

A caução prestada na execução provisória da sentença do processo principal não é espécie de cautelar, e isso se dá porque não tem o juiz margem discricionária para verificar o cabimento. Analisa objetivamente se o caso se amolda à regra, e, na sequência, se está presente alguma exceção. Não lhe compete verificar se o direito do credor é provável: lhe compete presumir que o exequente tem razão por ostentar título provisório. Igualmente, não verifica se há risco de dano à parte contrária.

Essa espécie de garantia é chamada de caução de direito completo⁸⁴, e se diferencia da caução cautelar justamente porque, em relação a esta, o magistrado atua com discricionariade⁸⁵, lhe competindo verificar a presença dos requisitos autorizadores. O magistrado, portanto, examina se há probabilidade de prejuízo e se este é iminente.

As características da cautelar, seguindo-se a corrente tradicional, nessa última situação, se fazem presentes. Como visto, há instrumentalidade: a caução não é um fim em si próprio, servindo para resguardar o efeito prático do direito decorrente de provimento que pode surgir no futuro, ou seja, o direito ao ressarcimento do dano oriundo da execução da medida que foi revogada.

É também acessória, não possuindo, a caução, vida própria. Ela depende e segue a sorte do principal, que no caso é o mencionado direito à reparação do dano. Ainda, é provisória, não perdurando senão enquanto não surge a decisão no processo principal.

1.2. O DESCOMPASSO ENTRE A CLASSIFICAÇÃO E AS CARACTERÍSTICAS DAS CAUTELARES

Foi possível perceber que Calamandrei defende a natureza cautelar de provimentos que não ostentam todas as características que ele mesmo diz que lhe são inerentes. O caso da

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 185) afirma que “algumas cauções são de direito completo, isto é, não dependem de outra motivação que a da regra de direito material, ou processual, que ordena ser prestada”.

⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Curso de processo civil*: processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 246) acrescenta que “a caução diz-se ‘normada’, de ‘direito completo’, por impedir que o juiz avalie discricionariamente seu cabimento, com base nas circunstâncias do caso concreto”.

antecipação de tutela é o exemplo que mais desperta interesse, e sua finalidade não é garantir o efeito prático de decisão a ser proferida futuramente no chamado processo principal. Daí, então, a ausência de instrumentalidade.

Perceba-se que o próprio autor, ao tratar da antecipação de prova, considera como cautelar somente a assecuração, ou seja, aquela providência tomada com intuito de permitir que em demanda futura ocorra a utilização daquilo que foi colhido anteriormente. Na visão do doutrinador, quando a urgência impõe a necessidade de ouvir uma testemunha desde logo, o que é feito quando já em curso o processo, não se vislumbra a cautelaridade. Em situação como essa, ocorre a produção, e não a mera assecuração.

Embora Calamandrei opte por não se estender sobre o assunto, nota-se que não considera cautelar a produção antecipada de provas em razão de não vislumbrar nela a presença das características da mencionada tutela, sobretudo a instrumentalidade. E, de fato, quando se produz antecipadamente, não se garante para o futuro qualquer efeito prático: o que ocorre, com o perdão da redundância, é mesmo produção e, portanto, satisfação.

Na assecuração, diferentemente, há tão só a colheita. Há, a bem da verdade, a perpetuação, e daí a expressão latina *ad perpetuam rei memoriam*. O magistrado ou outra autoridade, como a policial, recolhe e resguarda, para utilização eventual e futura. Na produção, diferentemente, não há eventualidade: o processo (principal) existe, e sobre a prova o julgador emite juízo de valor.

Na antecipação de tutela, vale o reforço, não se assegura para garantir o efeito prático a ser obtido ao final do processo: desde logo se alcança o resultado. O magistrado não põe a salvo o bem, resguardando-o do perigo; valendo-se da técnica processual mencionada, coloca em prática aquilo que só no futuro ocorreria; desse modo afasta o perigo e, conseqüentemente, o dano. O postulante se satisfaz.

Ponto comum entre a tutela cautelar e a antecipatória é a análise não aprofundada do direito alegado pelo postulante. Ao tomar conhecimento do pedido, o juiz verifica se assiste razão ao demandante e, prevendo o que provavelmente ocorrerá ao final, defere ou indefere o pedido. Há, então, um prévio julgamento.

Mas, em razão das diferenças de conseqüências entre as duas providências, não parece correto pretender que os requisitos autorizadores sejam os mesmos. Nesse passo, mais uma vez

se diga, parece que Allorio percebeu melhor a distinção dos fenômenos jurídicos, deixando de equiparar cautelar com antecipação. Os dois são realmente provimentos de urgência, e cada qual cumpre uma finalidade. A antecipação tem de ser aplicada quando o perigo é maior; quando não basta assegurar.

Na asseguuração de provas, medida prevista no grupo *a*, não há análise do direito do autor, e nisso está marcante ponto de desencontro com as medidas cautelares (e também antecipatórias). Quem diz isso é o próprio Calamandrei, ao sustentar que em tais situações não se verifica a probabilidade do direito do autor: simplesmente se analisa se as circunstâncias do caso concreto autorizam a colheita imediata⁸⁶.

Não importa, em outros termos, saber (ou imaginar) de antemão o que a testemunha dirá: se beneficiará ou não, no processo principal, aquele que pede a oitiva antecipada. O juiz verifica se é o caso de ouvi-la antes do momento que seria aquele previsto para o procedimento ordinário, e concluindo pela afirmativa, toma por termo as declarações.

Se assim o é, parece inadequado pretender equiparar esse grupo aos demais. Aliás, parece mais aconselhável não o considerar espécie de medida cautelar. Ou seja, melhor se mostra a solução seguida pelo CPC/15, que não previu a colheita antecipada de provas como tendo a mencionada natureza.

Disposta no Capítulo das Provas (Capítulo X), a chamada produção antecipada – nomenclatura que leva a equívocos – está autorizada em três hipóteses (art. 381), a saber, quando: exista fundado receio de se tornar muito difícil ou impossível a verificação de fatos durante o trâmite da ação; a prova permitir que ocorra a autocomposição das partes; o prévio conhecimento servir para justificar ou evitar a propositura de ação.

Chama a atenção que nesse procedimento não haja, por parte dos citados (art. 382, § 1º, do CPC), que são aqueles a quem possa interessar a prova, oportunidade para a defesa (art. 382, § 4º, do CPC). Inexiste, portanto, o caráter contencioso, diferentemente do que se dá nos outros grupos formulados por Calamandrei, principalmente *b* e *c*.

É curioso notar que, muito antes da edição do citado diploma, quando ainda havia na legislação processual civil (art. 676, VI, do CPC/39 e art. 846 e segs. do CPC/73) a previsão da

⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 59.

antecipação da prova como espécie de procedimento cautelar, o CPP já dispunha, desde a sua redação original (art. 6º), que a colheita (e, aqui, então, a asseguaração) se dava independentemente da existência de qualquer conflito entre interessados. A autoridade policial, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, sempre teve a incumbência de coletar diversos elementos que podem eventual e futuramente ser usados na ação penal.

O delegado de polícia não perquire se alguém será processado criminalmente e se há a probabilidade de, em eventual ação penal, o órgão acusador ver a sua pretensão acolhida. A sua atuação é imparcial (e quase mecânica), competindo-lhe recolher aquilo que pode interessar aos que eventual e futuramente comporão o processo; e isso se dá para não tornar impossível a demonstração do que ocorreu quando do cometimento da infração.

A tarefa de resguardar os elementos de convencimento, vale acentuar, é conferida, no âmbito da área que compõe a disciplina do processo penal, à autoridade policial, e não há nada de incongruente nisso, pois não se vislumbra, na prática de tais atos, a necessidade de julgamento. No campo do processo civil, quem faz a colheita é o magistrado, que aqui atua não como julgador, mas como administrador⁸⁷. Nos dois casos, não se emite juízo de valor sobre o que foi coletado.

Na asseguaração de prova estão, portanto, ausentes duas notas marcantes das medidas cautelares. Não há análise da probabilidade do direito e não há instrumentalidade. A providência, aliás, sequer é estritamente jurídica. Pode atuá-la tanto o juiz, como administrador, quanto algum outro servidor, a quem por lei for conferido esse poder. Não há em tais procedimentos partes nem litígio; não há jurisdição, e conseqüentemente tutela. E se é a tutela que permite a coloração cautelar, não há esse tipo de provimento.

Efetivamente cautelares são, portanto, na classificação de Calamandrei, somente as medidas que visam assegurar a execução e as cauções. E na verdade, sequer precisaria haver a divisão proposta pelo autor, na medida em que ambos os provimentos mencionados têm o mesmo escopo, isto é, garantir o efeito prático a ser obtido quando do cumprimento de decisão.

A colocação em grupos separados tem o mérito de facilitar a compreensão, mas não serve para retratar diferença de natureza, pois isso efetivamente não ocorre. Aliás, melhor seria,

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 326.

se a intenção é apresentar quadros específicos a respeito de cada espécie de medida, que a caução ocupasse o grupo imediatamente subsequente àquele composto pelas assecuratórias da execução.

A existência de um grupo entre os dois mencionados, e que é composto pelas antecipações de tutela, faz com que se crie na mente do estudioso a ideia de que há substanciais diferenças entre as duas medidas que mais se equiparam (ou se aproximam) do que se distanciam. Retrato mais fiel dos fenômenos jurídicos existiria se, em uma primeira divisão, houvesse medidas antecipatórias de um lado e assecuratórias de outro. Em subdivisão, o primeiro grupo comportaria as antecipações de prova e de tutela, e o segundo as assecuratórias de execução e as cauções.

2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DA TUTELA CAUTELAR

Apresentada, em linhas gerais, a teoria que Calamandrei desenvolveu sobre a tutela cautelar, a qual foi adotada por grande parte da doutrina não só italiana mas também de outros países, inclusive o Brasil, compete agora, em acréscimo às ponderações que já foram feitas nos tópicos anteriores, a apresentação de um modo diferente de ver o mencionado fenômeno jurídico.

Não se pretende aqui, vale a anotação, criar uma teoria, tampouco a intenção é repudiar aquilo que foi ensinado pelo mencionado doutrinador. Pelo contrário, valiosas que são as suas lições, a intenção é aproveitá-las ao máximo, e, somente em relação àquilo em que parece haver melhor explicação com outros conceitos, apresentar diferente ponto de vista.

2.1. DIREITO À TUTELA CAUTELAR

Interessa, inicialmente, saber se o direito à cautela é direito meramente processual ou se existe o direito substancial de proteção (ou cautela). Isso porque, a depender da resposta, ficará mais fácil compreender outro tema, a saber, o do poder geral de cautela.

Há, é certo, posicionamento⁸⁸ no sentido de que o tema não tem relevância – e é justamente de quem não vê com bons olhos as propostas de reforma legislativa para a previsão somente da chamada cautelar atípica⁸⁹ (ou seja, de quem não concorda com a supressão de previsões específicas sobre as diversas espécies de provimentos cautelares). Mas, conforme se pretende demonstrar na sequência, a depender da corrente a ser seguida, se compreenderá a tutela cautelar de um ou outro modo, e isso acarreta repercussão não somente teórica, mas também prática.

Se o provimento cautelar objetiva resguardar efeito processual, a sua ligação com o objeto do processo, isto é, com a questão material discutida, é mais tênue; diferentemente, se

⁸⁸ FAZZALARI, Elio (Profili della cautela. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 46, 2ª série, 1991, p. 2) diz que “il punto di vista da cui l’*excursus* va condotto è, a mio avviso, quello dei provvedimenti che dispongono la cautela, e non quello della c.d. azione cautelare: in subietta materia, come nello studio della giurisdizione in genere, è il provvedimento a individuare e reggere il proprio *iter* di formazione, di cui l’azione è parte. E, come l’azione ha cessato di essere il perno per la sistemazione delle attività giurisdizionali, così, a più forte ragione, va definitivamente espunto il richiamo ad un inesistente diritto sostanziale alla cautela”.

⁸⁹ FAZZALARI, Elio. Profili della cautela. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 46, 2ª série, 1991, p. 12-13.

se imagina haver o direito substancial de cautela, percebe-se que no processo cautelar o que se busca é a proteção do próprio direito posto em perigo.

2.1.1. Direito processual de cautela

Aqueles que acreditam que há tão só o direito processual de cautela costumam sustentar que o juiz, quando está a analisar o pedido de concessão da medida, não se atém à relação jurídica substancial existente entre as partes, senão aos pressupostos fáticos aptos a permitir a incidência da regra processual que lhe autoriza exercer o poder de polícia⁹⁰.

Vê-se, dessa opinião, que a função do magistrado, quando defere alguma cautelar, é muito mais administrativa do que judiciária, e a concessão da medida tem por objetivo não propriamente resguardar o direito da parte, mas sim fazer valer a autoridade que é conferida ao juiz.

O magistrado, ao observar que uma das partes está a descumprir algum dever, o que ocorre por exemplo quando passa a dilapidar o patrimônio para assim tornar a execução por quantia certa infrutífera, defere o arresto de bens, com o que garante que os atos que futuramente serão emanados, como é o caso da penhora, sejam passíveis de cumprimento. Assim agindo, torna clara a autoridade do Poder Judiciário.

Baseando-se em raciocínio como esse, logicamente não há como constatar a presença do direito substancial à segurança. A providência funciona mais para resguardar a dignidade e seriedade da justiça do que para assegurar o interesse da parte. Aliás, não por outra razão, Calamandrei equiparou a tutela cautelar a instituto de origem anglo-saxônica, mais especificamente o *contempt of court*⁹¹.

A sua concepção a respeito do aludido fenômeno jurídico é, portanto, estrutural, e não funcional. O que mais revela a natureza cautelar, de acordo com a doutrina do mencionado autor, é a instrumentalidade. Se o processo é o instrumento para fazer valer o direito material,

⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 9, 1ª parte, 1951, p. 253.

⁹¹ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 144) afirma que o provimento cautelar tem por finalidade “come i provvedimenti che il diritto inglese comprende sotto la denominazione di *Contempt of Court*, a salvaguardare l'*imperium judicis*, ossia a impedire che la sovranità dello Stato, nella sua più alta espressione che è quella della giustizia, si riduca ad essere una tarda ed inutile espressione verbale, una vana ostentazione di lenti congegni destinati, come le guardie dell'opera buffa, ad arrivare sempre troppo tardi”.

e se o processo cautelar visa assegurar os efeitos práticos do processo chamado principal, a sua instrumentalidade qualificada, intitulada de instrumentalidade ao quadrado, fica evidenciada⁹².

Não se preocupa Calamandrei em discutir a existência ou não do direito à segurança, e conseqüentemente não abre espaço para analisar se, na hipótese positiva, o titular é aquele que postula a concessão da medida cautelar. Enxergando no citado provimento espécie de função administrativa, e daí a alusão ao caráter publicístico, conclui que a matéria, como um todo, não está inserida no campo do direito privado, senão apenas na seara do direito público, mais especificamente no direito processual.

No Brasil, mas não só aqui, surgiu quem⁹³ defendesse a impossibilidade de reconhecer o direito material à segurança em razão do abandono, por parte da doutrina, da teoria civilista (ou concreta) da ação. Em outras palavras, alguns doutrinadores sustentam que, se a ação corresponde a direito abstrato e autônomo, é incompatível com tal teoria a existência de direito substancial de segurança (que justificaria a ação cautelar).

Há, ainda, entre os estudiosos brasileiros⁹⁴, quem, baseando-se na premissa de que toda relação jurídica é composta por sujeito, objeto e causa, e que esta última é invariavelmente um fato jurídico, sustente que, enquanto no direito material a causa é o contrato, o ato ilícito etc., no direito processual ela é identificada na lide, a qual tem de ser solucionada pelo magistrado, dada a função precípua da jurisdição. Assim, sob tal ótica, quando não houver (ou quando o ato emanado pelo juiz não tenha por finalidade decidir) o conflito de interesses, a sua natureza será administrativa, e não propriamente judicial. E isso é o que ocorre quando o julgador é instado a apreciar pedido de concessão de medida cautelar administrativa (ex.: produção antecipada de provas).

O citado autor, prosseguindo em seu raciocínio, alarga o conceito de lide, para alcançar também as controvérsias processuais, e com isso deixa de o considerar somente como a pretensão de direito material resistida. Em suas palavras, a partir do momento em que a lide

⁹² CONIGLIO, Antonio (*Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 16) segue a linha de Calamandrei e diz: “la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia serve a garantire l’efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso esse si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata..., sono cioè in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti dello strumento*”.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 60.

⁹⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 12-13.

integra o processo, ela se espraia para todos os campos (substancial e processual), e surgidas as questões, e tendo o juiz que apreciá-las, as decisões tomam o caráter jurisdicional, e não mais administrativo⁹⁵.

Havendo, então, a necessidade de segurança, quer consubstanciada na imprescindibilidade de antecipação, quer na manutenção da situação, terá, de acordo com referido ponto de vista, de ser verificado se há litígio ou não, e se existir, no primeiro caso se constatará a presença de simples lide, que é derivada da principal e restrita à cautela (e, portanto, parcial); e no segundo não haverá lide, o que ocorre no já citado exemplo da produção antecipada de provas (que consistiria em cautelar administrativa, ou seja, não judicial)⁹⁶.

Partindo, então, da premissa de que a cautelar tem natureza exclusivamente processual, o mencionado doutrinador (percebendo que caso fosse adotado o conceito tradicional de lide não teria como alcançar e abranger o processo cautelar, pois ali discutir-se-iam somente questões processuais) entendeu por bem expandir o aludido fenômeno jurídico (ou seja, a lide) para o campo processual, com o que o equiparou à questão⁹⁷. Com isso, concluiu que a lide, na cautelar, é uma parcela da lide principal.

Para finalizar o tópico, é importante anotar que se costuma sustentar, para negar a existência do direito substancial de cautela, que o devedor não tem obrigação de assegurar o direito preexistente à decisão judicial⁹⁸. Em outros termos, de acordo com os que negam o direito substancial de cautela, é o magistrado, por intermédio da decisão judicial, que declara a existência do direito suscetível de proteção.

⁹⁵ LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 13) conclui, com base no raciocínio apresentado, que “onde houver, portanto, julgamento de *questão*, aí estaremos em presença de ato jurisdicional. Isto significa que a jurisdição, também, pode se introduzir em procedimentos de natureza administrativa, como os da impropriamente chamada ‘jurisdição’ voluntária, sempre que, neles, se suscitar qualquer questão que requeira *juízo*, isto é, julgamento para dirimir controvérsia. Neste caso, o procedimento se transforma de *inter volentes* em *inter nolentes*, fato que faz nascer automaticamente a jurisdição, porque tornada presente a *causa*, que é a *lide*, o *conflito*, embora sobre aspecto secundário como o meramente processual”.

⁹⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 15-16.

⁹⁷ LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 13) sustenta, após afirmar que no processo a lide se espraia para os campos processual e material, que “as *questões* constituem projeção da lide” e que “a decisão sobre questão puramente de processo possui também caráter jurisdicional”.

⁹⁸ CONIGLIO, Antonio. *Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 22.

2.1.2. Direito substancial de cautela

São diversas as razões que justificam a existência do direito material de cautela. Para melhor compreensão, e como forma de distribuir de maneira ordenada os fundamentos, é razoável que sejam abertos itens específicos para cada série de razões.

2.1.2.1. A indevida associação da teoria concreta da ação com o direito substancial de cautela

O direito substancial de cautela não tem relação com a teoria que se adota a respeito da ação. Basta ver que tanto Calamandrei⁹⁹, que era concretista, quanto Coniglio¹⁰⁰, que entendia a ação como abstrata, defendiam a inexistência do direito substancial de segurança.

Caso houvesse relação indissociável entre uma coisa e outra, não seria possível que ambos os autores mencionados, em relação ao ponto em discussão, seguissem a mesma linha: Calamandrei diria haver o direito material de cautela, e Coniglio o negaria.

Na verdade, depois que alguns concretistas defenderam a existência do direito substancial de cautela, a exemplo de Allorio (que seguiu a linha de Wach), surgiu descabida associação entre as duas teorias, as quais, apesar disso, é importante deixar acentuado, não têm relação direta entre si.

Perceba-se que inexiste óbice para que se entenda a ação como o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional, e não como o direito de ter assegurado o direito material invocado, e mesmo assim discordar dos autores que acreditam que a cautela tem natureza exclusivamente processual.

Tanto quem postula, por exemplo, a condenação da parte contrária ao pagamento de certa quantia quanto quem pede o arresto de bens daquele que diz ser o devedor invocam o

⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71), a propósito do tema, anota que “Wach sustentou a existência de um direito material à segurança e, ao mesmo tempo, era partidário da doutrina da ação como direito concreto à tutela jurídica. Se isso fosse razão suficiente para recusar seu ponto de vista a respeito da materialidade da pretensão à segurança, teriam aqueles que assim pensam de repelir, desde logo, toda a concepção que com tanta veemência defendem, sobre a *instrumentalidade* da tutela cautelar, posto que seus criadores – Chiovenda e Calamandrei – eram tão concretistas quanto Wach”.

¹⁰⁰ CONIGLIO, Antonio (*Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 22-23), a respeito do direito de ação, afirma que “l’azione giurisdizionale è il potere della parte a cui è soggetto il giudice per l’esercizio del potere giurisdizionale... e così l’azione di condanna, fra gli altri sottotipi è, non già il potere di ottenere la condanna, ma di far esercitare al giudice la potestà di condanna, il cui esercizio può metter capo secondo i casi, così alla condanna come assoluzione”.

direito subjetivo de exigir do Estado-juiz a prestação jurisdicional. Ainda que qualquer das duas pretensões seja infundada, o fato é que o direito de ação foi exercido (e ação existiu).

Chiovenda se destacou por uma linha diferente de pensamento. Tal autor, não dissociava a ação do direito subjetivo, e assim entendia que aquela figurava como acessório deste. Em relação à cautelar, partia da premissa de que não era possível de antemão saber se o direito existia ou não, e com isso deixava subentendido que não havia o direito substancial de segurança. Por questão de lógica, defendia que não tinha como entender a ação como sendo acessória (senão como ação independente), e por tal motivo a denominou de mera ação¹⁰¹.

Ao assim se manifestar, e isso ocorreu com o propósito de defender a existência no CPC italiano de 1865 do poder geral de cautela¹⁰², parece que não se deu conta de que estava, ainda que involuntariamente, a aceitar a teoria abstrata da ação (ou seja, de teoria que dissocia a ação do direito material). Realmente, se se imagina a cautelar como ação autônoma, o seu exercício, e conseqüentemente a sua existência, são independentes de qualquer outro direito de natureza substancial.

A mesma sistemática poderia ser aplicada para outras ações, como é o caso da condenatória. Observando a hipótese de improcedência, o mencionado autor constataria que a ação existiu independentemente da presença do direito material. Mas, para os que são concretistas, como é o caso dele, não é isso o que se dá: para essa corrente, a ausência do direito substancial acarreta a improcedência da ação.

O que importa deixar claro neste tópico é que, independentemente da linha que se adote a respeito do direito de ação, se faz possível sustentar o direito material de cautela. Não é necessário seguir a teoria concretista para poder defender que a cautelar não existe somente no plano processual. Como se viu, doutrinadores que não acolhiam a ideia da ação abstrata negavam-na.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe (*Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1923, p. 226) diz que “*il potere giuridico d’ottenere uno di questi provvedimento è una forma per sé stante d’azione (azione assicurativa): ed è mera azione, che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato, perché essa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista*”.

¹⁰² ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1977, v. 5, p. 22.

2.1.2.2. A diferença de objetos entre ação principal e ação cautelar

O pedido formulado na ação de conhecimento é diferente do pedido da cautelar. Isso revela que os objetos são distintos. Não se questiona que, desacolhido o pedido do autor no processo principal, não subsiste o direito à segurança: se o demandante não tem direito ao crédito que afirmava possuir, não tem sentido falar em manutenção do arresto dos bens daquele que sequer é seu devedor.

Na situação inversa, porém, não se pode aplicar a mesma lógica. Nada impede que o autor tenha o direito ao crédito e se lhe negue o arresto de bens do devedor. Isso ocorre nas situações em que o patrimônio do demandado permanece íntegro, não se vislumbrando qualquer situação de perigo iminente. Dessa forma, constata-se que não há propriamente relação de acessoriedade entre direito de cautela e direito acautelado. Há, sim, conexão, ou referibilidade, como preferem alguns¹⁰³.

Se a discussão travada em um processo (principal) é diversa do conflito presente em outro (cautelar), parece melhor não acolher o entendimento de que na cautelar não há lide ou que a lide é a mesma da ação principal¹⁰⁴.

Perceba-se que os adeptos da teoria por último mencionada são, por conseguinte, forçados a reconhecer a inexistência do direito material de segurança. Com efeito, se se parte da premissa de que existe único objeto de discussão, logicamente não se consegue vislumbrar a presença de outro direito, senão aquele que é ventilado na demanda principal.

Ocorre que os que aceitam o mencionado entendimento não explicam como duas demandas, que se diferenciam pelo pedido, embora tenham identidade de partes, possam ser tidas como iguais no que toca à lide. Os que negam a existência de lide, ao menos precisariam sustentar a presença de um conflito de interesses (o que porém deixam de fazer).

¹⁰³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 113.

¹⁰⁴ É oportuno pontuar que CALAMANDREI, Piero (La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 86) desprezava a ideia de lide, dizendo que “io continuo a ritenere che la svalutazione, e si potrebbe dire lo scolorimento del concetto di azione a vantaggio di quello di <lide>, che sta a base del *Sistema* carneluttiano, urti contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è meso a contatto non colla <lide>, ma coll’azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponda al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta”.

Se o pedido deve decorrer logicamente dos fatos, e nestes está inserida a controvérsia de direito material, percebe-se que a diferença de pedidos que há nos processos principal e cautelar é fruto sobretudo da ausência de identidade entre eles. O que existe, vale o reforço, é semelhança, e daí, então, a conexão ou a referibilidade¹⁰⁵.

A corrente doutrinária que alarga o conceito de lide para nele incluir as questões processuais, sustenta, como visto, que na cautelar se tem uma lide parcial em comparação àquela do processo principal. Em outros termos, a controvérsia não seria diversa, senão apenas menor. Estaria contida na outra, por conta do fenômeno denominado continência.

Tal argumento, porém, ao invés de reforçar a ideia de inexistência de direito substancial de segurança, o enfraquece. Isso porque, se a lide, como se quer, é composta por todo tipo de direito (material e adjetivo), que se espraia e, por conseguinte, se une formando único conjunto, sendo a cautelar parcela dele, o que se conclui é que nesta existe também o direito substancial de segurança, não fazendo sentido visualizar tão só matérias atinentes ao processo.

A propósito deste ponto, é importante observar que Chiovenda, apesar de não ter identificado e se pronunciado a respeito do direito material de segurança, seguiu caminho oposto, na medida em que defendeu a autonomia da ação cautelar, desvinculando-a da condição de acessória. E isso em razão de a cautelar poder ser empregada, na sua visão, antes mesmo que se saiba se o direito acautelado existe¹⁰⁶.

Pode acontecer de o direito à segurança ser reconhecido, o que se dá quando é deferido o arresto. Nada impede que, posteriormente, se constate que o direito ao crédito inexistente. O primeiro (direito à segurança), na verdade, não desaparece, pois já reconhecido (e o que se reconhece é o que existe previamente). Logo, o que se verifica é a cessação de seus efeitos em razão de não fazer sentido proteger o que não foi constatado que existe (o crédito).

Por outro lado, também não é de se estranhar a situação em que, reconhecido o direito à segurança, sejam alguns bens do devedor arrestados, e posteriormente, mas antes de declarado o direito de crédito, acabe ficando sem efeito a medida em razão de o patrimônio do devedor ter aumentado significativamente, de sorte que não mais se vislumbra risco ao não pagamento

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo (*Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 104) destaca que a referibilidade “é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota”.

¹⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 273.

da eventual dívida. Há, como se vê, autonomia entre uma demanda e outra e, portanto, diversidade de lide. O direito à segurança, em tal caso, não deixou de existir. Mudada a circunstância fática, não mais se justifica a cautela para a nova situação vivenciada.

2.1.2.3. A instrumentalidade como característica não essencial da ação cautelar

A corrente que sustenta existir apenas o direito meramente processual de cautela afirma ser a instrumentalidade a maior característica desse tipo de tutela. Por conta disso, seus adeptos associam a cautelar ao processo principal, tendo-a como instrumento do instrumento. Assim, por questões de lógica, quando o processo principal termina, o cautelar, que lhe é acessório, também finda.

Seguindo essa linha de raciocínio, reconhecido definitivamente o direito ao crédito, o que se dá quando a sentença condenatória transita em julgado, o provimento cautelar perdura justamente até tal momento. O art. 807 do CPC/73¹⁰⁷ era o retrato dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio¹⁰⁸.

A previsão, porém, causava perplexidade, e mesmo os seguidores de Calamandrei, que foi expresso em dizer justamente o que estava escrito na norma citada¹⁰⁹, achavam por bem seguir, nesse ponto, caminho diversos, pois, do contrário, nenhuma utilidade teria o dispositivo¹¹⁰.

O legislador, portanto, foi criticado por ser fiel ao autor italiano. E se, de fato, a interpretação literal tornava inútil a regra, ao menos com ela não se poderia dizer que faltava lógica; lógica que, se aplicada, para nada servia.

¹⁰⁷ O art. 807 do CPC/73 estava assim redigido “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”.

¹⁰⁸ REIS, José Alberto dos (*Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948, v. 1, p. 626) segue a linha da doutrina tradicional e, a respeito, do tema diz que “a providência cautelar tem uma vida necessariamente limitada: *só dura enquanto não é proferida a decisão final*. Logo que se forma a decisão definitiva, a providência cautelar, porque é provisória, caduca automaticamente, perde, *ex se* ou *ipso jure*, a sua eficácia, a sua vitalidade”.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 15), quando trata da provisoriedade, afirma que “il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia”.

¹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 235), ao analisar o art. 807 do CPC/73, ponderou que “não parece muito exato dizer que, extinguindo-se o processo principal, com ou sem julgamento de mérito, em qualquer hipótese cessa a eficácia da medida cautelar. Seria esdrúxulo imaginar que, no caso de ser julgado procedente o pedido no processo principal, mas antes de instaurar-se a execução, deixasse de existir a proteção concedida ao requerente”.

Alguns estudiosos¹¹¹, porém, não notaram que, desrespeitada a sistemática criada por Calamandrei, o que se constatava era a autonomia do processo cautelar: ele passava a ter vida própria, e, não mais podendo ser considerado instrumento de um instrumento, pois o instrumento principal estava morto, tinha que ser visto somente como o instrumento no qual se deduz a pretensão de direito (material).

Fica claro, assim, que o autor em comento, quando elaborou a sua teoria, se preocupou com o caráter meramente estrutural, e nisso não há como deixar de reconhecer que foi coerente e coeso. No entanto, quando se analisa o estudo por outro ângulo, o funcional, surgem algumas incongruências.

2.1.2.4. A ausência do poder de polícia na tutela cautelar

Se a cautelar, segundo Calamandrei, tem por finalidade garantir a utilidade do processo principal, e este é o instrumento pelo qual o Estado, por intermédio do Judiciário, exerce poder e impõe decisões, a cautelar serve para garantir a autoridade do Estado, com o que se justifica a equiparação ao *contempt of court* e ao poder de polícia.

Tal concepção, entretanto, parece ultrapassada e não é a que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Ao dispor que a lei não poderá afastar da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), a CF deu a entender que a Justiça está para proteger o direito do cidadão, e não propriamente o do Estado¹¹².

¹¹¹ ARIETA, Giovanni (*I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1982, p. 41-42) diz que “anche i procedimenti di istruzione preventiva, al pari della misure per denuncia di nuova opera o di danno tenuto, sono strumentalmente connessi alla tutela ordinaria: non già però in senso <necessario>, ma soltanto in senso <conservativo>, nel senso che sono diretti ad acquisire subito deposizioni di testimoni che, in futuro, potrebbero venir meno oppure a far accertare immediatamente lo stato dei luoghi (o la qualità o la condizione di cose), sul presupposto di un possibile mutamento della situazione di fatto (con conseguente aggravio di difficoltà in sede di tutela ordinaria)”.

¹¹² A respeito do tema, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (*Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 381 ao 484). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). Coleção Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 7, p. 32) anotam que “se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado há aproximadamente um século, não é possível esquecer que o Estado constitucional tem o dever de tutelar os direitos fundamentais e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito. Assim, não há como deixar de enxergar na tutela cautelar um dever do Estado, imprescindível para se outorgar segurança às situações a que o Estado deve tutela jurídica, bem como para que a tutela do direito material possa ser prestada de forma efetiva”.

Assim, se alguém está diante do perigo de ter o seu direito violado, pode postular, perante o magistrado competente, a concessão de medida que objetiva a proteção¹¹³. E mais uma vez aqui, para facilitar a compreensão, cite-se o caso do arresto, que é deferido com intuito de impedir que o credor tenha frustrada a execução em decorrência da ameaça do réu, que tenciona ocultar ou se desfazer do seu patrimônio.

A aludida proteção, antes de garantir a autoridade e a dignidade do Estado, serve, e essa é a sua função primordial, para assegurar o direito do indivíduo: o direito de não sofrer ameaças de todas as ordens.

Nesse passo, aliás, vale reforçar que a concepção tradicional a respeito da cautelar inverteu a ordem de prioridades, colocando o Estado antes do cidadão, com o que concluiu que a medida protegia, em primeiro lugar, a autoridade estatal. O que aqui se propõe é exatamente o contrário: primeiro a proteção ao indivíduo, e como decorrência o prestígio das decisões judiciais.

Se a Constituição assegurou à pessoa a proteção contra ameaças, o fez no plano material, relegando à lei a incumbência de traçar os meios processuais para que isso ocorresse. Os art. 798 e 799 do CPC/73, como observou Pontes de Miranda¹¹⁴, eram normas de direito material, heterotopicamente inseridas no diploma processual. Previam, a bem da verdade, o direito de proteção que cabia à parte contra ameaças e o dever do juiz de atuar nesse sentido quando instado.

A proteção, percebe-se, estava inserida em cláusula geral, e não teria como ser diferente, pois, se se parte da premissa de que o indivíduo tem de ser resguardado contra ameaças, não pode a lei prever somente algumas hipóteses de proteção, apresentando rol fechado.

Calamandrei, em controvérsia com Chiovenda, se manifestou contra o poder geral de cautela, demonstrando que no seu entender o Estado, quando tem de atuar (no caso para impor

¹¹³ Partindo-se da ideia aqui defendida, é possível intuir que a atuação judicial depende de provocação. Se o Estado não está a garantir a sua autoridade com o emprego das cautelares, cabe a quem tem o seu direito ameaçado o ônus de pedir proteção.

¹¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 499.

a sua autoridade), o faz nos estritos limites da lei, e daí então a necessidade de previsões específicas sobre as medidas cautelares¹¹⁵.

Chiovenda, que era estudioso do direito alemão e do austríaco¹¹⁶, cujos ordenamentos preveem o poder geral de cautela, acabou sofrendo alguma influência com os ensinamentos dos autores de tais nacionalidades. Conseqüentemente, seguia caminho diverso do seu conterrâneo, embora, como já dito, não tenha afirmado a existência do direito substancial de segurança.

No seu entender, o processo precisa garantir o mínimo necessário para que se consiga fazer valer a regra de direito material. Ou seja, é próprio de sua função assegurar, na medida do possível, que seja dado a quem tem razão exatamente aquilo que foi previsto pelo legislador no plano do direito material¹¹⁷.

Conseqüentemente, somente em se admitindo a existência de uma norma geral, que confere ao juiz o poder de emitir decisões com o escopo de proteger aquele que afirma ser titular de um direito, isto é, de protegê-lo contra riscos de dano, é que se atenderá à determinação constitucional que estatui em favor do indivíduo a faculdade de impedir ameaças de lesão.

Na verdade, a partir do momento em que se entende que o juiz tem o poder-dever de impedir que riscos sejam criados em detrimento dos interesses de alguém, se percebe que, em contrapartida, há o dever geral de não inviabilizar que o titular do direito o veja satisfeito. Existe, pois, correspondência entre o direito da pessoa em ter alcançado o seu objetivo e a obrigação genérica, endereçada a todos, de não criar empecilhos para que o objetivo pretendido seja atingido¹¹⁸. E quando a barreira se faz presente, se autoriza a concessão da tutela cautelar, que tem por escopo resguardar o alegado direito.

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 49.

¹¹⁶ PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 43, 2ª serie, 1988, p. 17.

¹¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (*Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1923, p. 81) diz que “il fatto che il diritto sostanziale riconosca un’obbligazione richiede *soltanto* che la legge processuale dia modo di conseguire il bene corrispondente prescindendo della volontà dell’obbligato, in quanto ciò sia possibile. Questo minimo necessario di corrispondenza tra il diritto e il processo, si desume della natura stessa dell’ordinamento giuridico e dall’esistenza stessa del processo; *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”.

¹¹⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 119. Seguindo orientação ligeiramente diversa, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado: parte geral: bens; fatos jurídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 2, p. 369) diz que “dever e obrigação são efeitos. Houve, antes, a incidência de regra jurídica sobre suporte fático que entrou no mundo jurídico; desse fato jurídico,

2.1.2.5. A ação como meio para proteção do direito subjetivo da parte

Calamandrei não aceitava a ideia de que a ação servia para proteger prioritariamente o direito subjetivo do indivíduo, acreditando que tal concepção era própria do Estado liberal¹¹⁹. Discordava também daqueles que tinham a ação como o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Argumentava que o acolhimento da tese faria com que o interesse público ficasse subordinado ao particular¹²⁰.

Na sua visão, nesse ponto compartilhada por Chiovenda, a ação correspondia a um direito potestativo. Não havia subordinação de um interesse a outro, pois o Estado e o particular cooperavam mutuamente, ambos buscando o mesmo fim¹²¹.

Ocorre que, apesar de tal afirmação, o que na verdade se constata é algo diferente, a saber, a inexistência da tal convergência. Da leitura de seus textos, sobressai destacada imagem de sobreposição do Estado, em que este tem de demonstrar a sua autoridade para conseguir fazer valer a chamada vontade da lei. Assim, em termos práticos, quando se deixa de observar certa disposição legal, o que ocorre não é lesão a direito individual, mas ofensa à autoridade do Estado¹²², e daí, então, a ideia de a cautelar funcionar como medida para a manutenção de tal autoridade.

Calamandrei, perceba-se, partindo da teoria criada por Chiovenda, colocou o Estado em grau mais elevado, e pressupôs que os particulares, invariavelmente, compartilham as mesmas

que dissemos ser fato jurídico *stricto sensu*, é que se irradiam efeitos. Não há dever e obrigação, direito e pretensão a segurar, inclusive a caucionar senão porque houve aquele suporte fático, aquela incidência, a entrada do suporte fático no mundo jurídico, tornando-se fato jurídico, e desse se irradiaram tais efeitos (direito, pretensão, dever e obrigação de segurar)”.

¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero (La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 87), depois de chamar de vaga a ideia de Chiovenda de que a ação é um aspecto ou um momento do direito subjetivo, ou seja, um direito à segunda potência, diz que “queste frasi così vaghe e inconcludenti in sè stesse, che rappresentano l’azione come un’ombra fuggevole proiettata del diritto soggettivo sullo schermo del processo, sono in realtà la espressione molto significativa di quella concezione liberale dello Stato, che poneva al centro del sistema giuridico l’idea, fortemente sentita, del diritto soggettivo”.

¹²⁰ CALAMANDREI, Piero (La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 87), a respeito do tema, afirma que “in questa costruzione, dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione a servizio del cittadino, era esplicitamente consacrata la preminenza dell’interesse individuale a la subordinazione ad esse dell’interesse pubblico”.

¹²¹ CALAMANDREI, Piero (La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 90), sobre esse ponto de vista, sustenta que “l’interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell’altra, considera il soddisfacimento dell’altra come condizione del proprio”.

¹²² CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 90.

ideias por aquele ditadas, havendo, então, a mencionada cooperação mútua. Como decorrência lógica, não haveria, como efetivamente não há com essa concepção, a ideia de direito de segurança conferido ao indivíduo¹²³. Toda vez que uma das partes do processo atua com a intenção de impedir que a vontade da lei se torne realidade, age com o propósito de afrontar a autoridade do Estado-juiz, e este como reação, valendo-se de medida processual, expede a decisão que tem por finalidade restabelecer o seu poder¹²⁴.

A aludida teoria, conforme é possível notar, parte da ideia de um Estado forte, ou seja, de uma visão política em que, apesar de se tentar sustentar o contrário, o indivíduo fica relegado a segundo plano, lhe competindo atuar sempre com vistas a atender ao interesse ditado, digamos, em prol da Nação.

Então, a partir do momento em que se concebe a figura do Estado de forma diferente, isto é, quando se adota visão liberal, e esse é o escopo da CF/88, não se mostra possível a adaptação da teoria tradicional de cautelar, desenvolvida por Calamandrei, a tal ponto de vista. A segurança contra a ameaça, conseqüentemente, tem de ser concebida como sendo direito substancial, mais especificamente, o direito material de cautela.

2.1.2.6. O direito substancial de cautela nos Códigos de Processo

O CPC/15, ao prever no art. 300 a chamada tutela de urgência, atendeu ao comando constitucional supramencionado. Estabeleceu, em regra de direito material, a necessidade de se conferir proteção contra perigo de dano. No art. 301, disciplinou o poder geral de cautela, exemplificando algumas medidas que podem ser empregadas.

No mencionado art. 300 há, é certo, expressa previsão de que a tutela de urgência objetiva resguardar o provável direito do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do

¹²³ WATANABE, Kazuo (*Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 102) pontua que “a teoria dominante entre nós, fiel à doutrina de Calamandrei, observa que a ação cautelar tem por fim assegurar o êxito do processo principal, sendo sua característica mais marcante, portanto, o ‘carattere di strumentalità’ em relação ao provimento principal. Porém, conceituada a ação cautelar em termos mais estreitos, limitação que evidentemente apanha também as ações cautelares inominadas, ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v.g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc.) que nas vicissitudes da vida ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e clamam por uma tutela urgente”.

¹²⁴ Como o Estado, de acordo com a teoria em comento, obedece ao princípio da legalidade, e aqui se diga, legalidade estrita, se faz necessária a enumeração das hipóteses em que o juiz pode atuar. Por isso, na visão de Calamandrei, não se admitem cautelares inominadas.

processo, no que parece indicar que o legislador acolheu integralmente a orientação da doutrina tradicional, não reconhecendo o direito substancial de cautela.

É possível, porém, interpretar a regra de outra forma. O direito material de segurança consta da CF, conforme visto, e o CPC, ao fazer menção, no artigo em comento, ao resultado útil do processo, apenas estabeleceu que também no plano adjetivo é assegurado o direito contra o perigo.

Para mais, se se pretende analisar minuciosamente o dispositivo, se constata que a supressão hipotética da menção ao risco ao resultado útil do processo em nada altera a incidência da regra. O que se busca, quando é pleiteada a concessão da tutela de urgência, sobretudo a cautelar, é a salvaguarda do direito material. O credor quer ver arrestados os bens em razão de o devedor, com o seu comportamento, criar o perigo de dano ao direito de crédito. Não busca, como intenção primeira, resguardar o prestígio da Justiça.

O CPP, de sua parte, retrata de maneira mais clara a existência do direito substancial de cautela. O art. 143 dispõe que, transitada em julgado a sentença condenatória, os autos do arresto são remetidos ao juízo cível, deixando evidente que, diferentemente do que previa o art. 807 do CPC/73, a medida aludida não perde efeito quando finda o processo principal.

Desaparece, dessa maneira, a acessoriedade e a instrumentalidade¹²⁵, características que a doutrina tradicional aponta como típicas da cautelar. O processo principal (com o qual não mantém relação de subordinação), que tramitou na justiça criminal, é extinto, e o provimento cautelar continua a produzir efeitos. Tanto assim que ocorre a remessa para o juízo cível, onde se dá a execução¹²⁶.

Também não se nota, quando proferida a decisão que concede a medida cautelar, a aproximação com o ato administrativo, mais especificamente o poder de polícia. O juiz, ao acolher o que foi pedido por aquele que demonstrou a necessidade de concessão da medida, emite decisão, e essa, em substância, não difere de outras.

¹²⁵ AMODIO, Ennio. *Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 27.

¹²⁶ A exceção diz respeito às decisões penais vinculativas. Se o juízo criminal concluiu que o fato não existiu ou que o imputado não foi o seu autor (ou este atuou amparado em algumas excludente), fica sem efeito a cautelar. E isso por uma questão meramente lógica. O juiz, antes de proferir decisão final no processo cautelar, declara em outro feito algo que torna sua sobrevivência impossível.

Há, a respeito desse tema, quem veja que sempre o provimento terá caráter mandamental¹²⁷. Mas existe também opinião de que, tal como se verifica nos processos de conhecimento e execução, atos de tais naturezas são praticados no processo cautelar, havendo apenas o sincretismo entre eles, um sucedendo ao outro, sem necessidade de existência de processo de execução cautelar¹²⁸.

O que importa perceber é que, independentemente do caminho que se siga, em todas as situações, o que se constata é a existência de decisão judicial, e não propriamente ato administrativo. Quando se pretende a equiparação, o que há é o alargamento artificial e indevido de uma função típica atribuída ao ocupante de outro Poder¹²⁹.

¹²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96.

¹²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 9, 1ª parte, 1951, p. 248.

¹²⁹ A respeito do tema, ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1977, v. 5, p. 18.

3. AS MEDIDAS PREVISTAS COMO CAUTELARES REAIS NO CPP

O legislador optou por elencar as medidas de segurança patrimonial no Capítulo denominado “Das Medidas Assecuratórias”. Na época de edição do CPP, vigorava o CPC/39, o qual, embora apresentasse rol de provimentos que poderiam ser deferidos (art. 676), abria margem para que, em razão da situação concreta, fosse aplicada medida atípica, com o que se diferenciava do outro diploma mencionado.

Operada a mudança legislativa, o CPC/73 foi promulgado, e nele foram regulamentados procedimentos específicos para que pudessem incidir algumas cautelares típicas. O diploma, entretanto, não se limitou a isso, prevendo expressamente a autorização para o juiz determinar medidas diversas que melhor se adaptassem à situação vivenciada pelas partes (art. 798).

A atual legislação processual civil foi mais radical. Ao disciplinar aquilo que denominou de tutela de urgência, dividiu-a em dois grandes grupos: o das medidas antecipatórias e o das cautelares. Quanto a estas, limitou-se a listar os provimentos mais conhecidos, e no que aqui interessa o arresto e o sequestro (art. 301).

Ponto em comum entre o CPP/39, o diploma de 1973 e o atual é que em todos se fez constar a expressão “pode”. Com isso, era permitido (e ainda o é) aplicar medidas que não estão expressamente previstas. Na legislação processual civil brasileira, portanto, há tempo se fez possível entender que inexistente rol taxativo de provimentos.

3.1. A PREVISÃO DE MEDIDAS ESPECÍFICAS

No Capítulo VI, dedicado às chamadas medidas assecuratórias, estão previstos o sequestro, a especialização e registro de hipoteca legal e o arresto. Em nenhum desses dispositivos o CPP conceitua tais medidas, apenas diz quais são os bens que serão atingidos pela constrição e quando isso pode ocorrer. Há, também, alusão a requisitos para a concessão.

A ausência de tratamento minucioso da matéria induz a que se tente sistematizar o modelo legal. É necessário apresentar as características de cada uma das medidas e analisar o modo como elas atuam perante o juízo criminal. Compete, igualmente, verificar se todas são cautelares.

3.1.1. Sequestro

Na processualística civil, há manifestações no sentido de que o sequestro recai sobre móveis ou imóveis, sempre com a finalidade de resguardar o bem que é objeto de controvérsia, seja quanto à posse, seja quanto à propriedade¹³⁰. Tal definição, se aceita em sua integralidade, não se amolda à medida regulada no art. 125 do CPP.

Se na citada lei se diz que são sequestráveis imóveis adquiridos com proventos da infração (ou o produto dela), não se coloca em dúvida a questão da titularidade. De acordo com a regra do CPP, deve sofrer constrição patrimonial aquilo que pertence ao autor da infração penal, ou o que lhe pertenceu, mas acabou sendo transferido a terceiro (art. 125, parte final). O que interessa é a origem da coisa: fruto direto ou indireto do ilícito¹³¹.

No processo penal, ademais, sequestra-se tudo o que foi obtido ilicitamente¹³², e não somente um bem específico objeto de controvérsia entre partes. O interesse não recai especificamente sobre a coisa, mas sobre a sua origem. Logo, se parcela considerável do patrimônio do imputado derivou do delito cometido, sequestra-se tudo o que proveio da empresa ilícita.

O CPP divide, em dois artigos, as coisas suscetíveis de sequestro. No art. 125, alude aos imóveis; no art. 132, aos móveis. Contudo, enquanto os imóveis são sempre objeto de

¹³⁰ ZANZUCCHI, Marco Tullio (*Diritto processuale civile: introduzione e parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1, p. 171) afirma que o *sequestro giudiziario* recai sobre “beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando à controversa la proprietà od il possesso, ed opportuno provvedere alla loro <custodia> o alla loro <gestione temporanea>”.

¹³¹ Nos termos do art. 2º, 1, da Diretiva 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, entende-se por “‘Produto’, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis”.

¹³² LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro: arts. 1 a 200*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 363) diz que “quando um imóvel é adquirido com o produto auferido pelo crime, essa aquisição é ilícita, por ter sido feita por meio de valor criminosamente obtido, de modo que o imóvel se torna ele próprio o objeto da aquisição ilícita, devendo ser sequestrado”.

sequestro¹³³, os móveis podem, a depender da situação, ser alvo de apreensão. Se forem proventos (ou produto indireto), caberá sequestro¹³⁴; se produto (direto), são apreensíveis¹³⁵.

Assim, se o indivíduo pratica crime patrimonial e obtém um bem (ex. furto de joia), a medida adequada é a apreensão. Trata-se do produto direto do delito. Se, porém, após o cometimento da infração, o agente aliena a coisa, sequestra-se o proveito, desde que seja bem infungível¹³⁶; se for fungível (ex.: dinheiro obtido com a venda), a constrição configurará arresto¹³⁷.

Não se coloca, no âmbito criminal, a questão de ser o bem objeto de litígio¹³⁸. É mesmo indiferente este ponto. Sequestra-se com o fim de assegurar eventual perda futura da coisa que ingressou sem causa legítima no patrimônio da pessoa. Sequestra-se para impedir o lucro.

Há entre o arresto e o sequestro, sejam eles civis ou penais, pontos em comum. Ambos têm fins patrimoniais e função preventiva. O primeiro retira do possuidor a disponibilidade da coisa, colocando-a como garantia do pagamento de quantia certa; o segundo resguarda o bem em posse de depositário, conservando-se assim a sua integralidade¹³⁹. Mas existem igualmente pontos de distanciamento. E neste caso, não se pode tomar por base apenas as lições dos processualistas civis, pois o regramento dado pelos Códigos (CPC e CPP) não é uniforme.

¹³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 151) criticam o silêncio do CPP e dizem que, se se retira indevidamente da posse do lesado bem imóvel, caberá sequestro, e não busca e apreensão”.

¹³⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 10-11) sustenta que o CPP “não diz qual o destino do produto direto, quando bem imóvel, nem o dos proventos da infração ou produto indireto. Em ambos os casos, vale o sequestro. No primeiro, porque impossível a apreensão. No segundo, porquanto cabente o sequestro de bens adquiridos com os proventos da infração, seria absurdo deixá-los inconstritos”.

¹³⁵ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 109) anota que “o produto do crime, ou seja, as coisas móveis achadas, obtidas, produzidas ou tidas pelo infrator, por meio criminoso, são objeto de apreensão”.

¹³⁶ LOPES JUNIOR, Aury (*Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 784), de maneira um pouco diferente, afirma: “é o exemplo clássico do furo de joias que, após serem derretidas e transformadas, geram um novo bem. Essa nova coisa móvel será apreendida ou sequestrada? Será sequestrada, pois já não se trata do objeto direto do delito, senão de um novo bem, obtido a partir daquele. Não é a *res* originária, senão uma nova, obtida a partir da modificação ou transformação daquela”.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto (*Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 242-243) observa que “não há, também, sequestro de soma de direito – que pode ser objeto de arresto –, salvo se se tratar de moedas tornadas infungíveis, como objetos raros ou sob a forma de um pacote determinado de cédulas ou o cofre de uma casa comercial”.

¹³⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 128.

¹³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do arresto ou embargo*. São Paulo: Saraiva, 1929, p. 61-62.

Se, como visto, no âmbito extrapenal o sequestro tem a finalidade de conservar o bem, colocando-o a salvo para que ao final possa ser entregue em mãos daquele que prova ser o titular do direito¹⁴⁰, isso não ocorre na esfera criminal. Aqui, pode haver interesse sobre o objeto sequestrado. Mas é algo eventual, circunstancial. Se se trata de produto do delito (um imóvel), o lesado pode querer reavê-lo. O benefício da medida em prol do lesado é, contudo, medida atípica e decorre da expansão dos efeitos do sequestro (art. 133, § 1º, do CPP). Como regra, e principalmente se quem busca a constrição é o órgão acusador, a intenção é retirar do imputado o ganho patrimonial decorrente do delito; não lhe importa o bem sobre o qual se materializa o proveito econômico; ao final, com a sentença de procedência, será declarado o perdimento e se procederá ao leilão.

A corroborar o que foi sustentado, pontue-se que o art. 131, II, do CPP autoriza o terceiro, a quem se transferiu o produto do delito, prestar caução. Se o interesse recaísse propriamente sobre a coisa, a entrega de dinheiro ou outro bem como garantia não faria sentido. O dispositivo em tela, portanto, não pode ser aplicado em todas as situações. Se o lesado busca reaver o que lhe foi impropriamente retirado, com o que fica evidenciado o desejo de ter consigo o bem, a previsão legal não incide.

Quem postula o sequestro, seja no juízo cível ou no penal, tem o dever de indicar o bem sobre o qual recairá a medida. No arresto, inexistente tal obrigação: a medida atinge qualquer coisa com valor econômico de propriedade daquele que é apontado como devedor. A sua função é garantir o cumprimento de obrigação de pagamento de quantia¹⁴¹.

No campo penal, tal como se dá na esfera cível, não se pode falar em sequestro de qualquer coisa. Não por outra razão, se vê que no art. 91, §§ 1º e 2º, do CP há alusão genérica a medidas assecuratórias. Se o produto ou proveito do delito não são encontrados (ou se situam no exterior), a constrição, em substituição, recai sobre outras coisas que compõem o patrimônio do imputado. A medida, então, mais se aproxima do arresto.

Já se apontou característica comum entre os dois institutos (sequestro e arresto). Outras podem ser mencionadas. São elas, incidência restrita, depósito daquilo que é atingido pela constrição, revogabilidade, possibilidade de mesma competência do órgão jurisdicional para as

¹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 290.

¹⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796 a 889: do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. 11, p. 336.

cautelares e para o processo principal, oponibilidade de embargo de terceiro e responsabilidade do postulante por perdas e danos¹⁴².

A natureza cautelar é latente. No campo civil, junto ao arresto, o sequestro é apontado como exemplo clássico de mencionada espécie de provimento. No campo penal, apesar das diferenças apontadas, não se muda a natureza. Caso se opte por seguir a corrente tradicional, constatar-se-á a provisoriedade, a acessoriedade e a instrumentalidade.

A medida é provisória, pois se converte em outra, de cunho definitivo, que é o perdimento (ou a penhora, quando se aplica o efeito expansivo, e o bem é utilizado para satisfazer a indenização devida ao lesado).

A acessoriedade se corporifica no fato de que o sequestro, como medida cautelar que é, fica à dependência do juízo de mérito. Se se reconhece o direito alegado por quem é beneficiado com o sequestro, este tem aptidão para se converter em perdimento. Se se declara que o beneficiário da cautelar não tem o direito que alegou possuir no processo principal, ela perde efeito, revoga-se.

Tal característica pode também, como já visto¹⁴³, ser constatada na regra que prevê o levantamento do sequestro se a ação penal não é proposta dentro do prazo legal (art. 131, I, do CPP).

A instrumentalidade, de sua parte, é notada no fato de que o sequestro não é um fim em si mesmo: existe para assegurar o provimento final, a ser proferido de forma principal (ou seja, o perdimento; eventualmente, o ressarcimento). Em outros termos, tal medida garante o efeito prático a ser alcançado na ação penal propriamente dita¹⁴⁴.

Caso se opte por seguir outra corrente, verifica-se que há direito material à segurança. O sequestro impede que o suposto criminoso desfrute daquilo que parece ter origem ilícita. A

¹⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do arresto ou embargo*. São Paulo: Saraiva, 1929, p. 78.

¹⁴³ Vide item 1.1.1.2.

¹⁴⁴ É de se reconhecer, porém, que, seguida a corrente de Calamandrei, fica difícil justificar a instrumentalidade diante da regra do art. 143 do CPP, aplicável quando o sequestro expande seus efeitos, figurando como arresto em prol do lesado. Se a cautelar é o instrumento do instrumento, quando aquele é extinto, este não tem como sobreviver, pois depende do principal. A previsão citada inverte essa ordem, na medida em que dita a sobrevivência da cautelar e sua remessa para o juízo cível. Isso, na verdade, demonstra a autonomia da cautelar, revelando que tem vida própria.

medida é neutralizadora e visa à proteção da sociedade como um todo, pois o criminoso, que tem patrimônio disponível, encontra maior facilidade para continuar a delinquir¹⁴⁵.

Se se parte para a ideia de força de sanções, o sequestro é mais tênue que o perdimento. Com a mencionada providência cautelar, retira-se de forma não definitiva a disponibilidade que a pessoa tem sobre a coisa; com o perdimento, a sanção é total.

O sequestro, outrossim, não tem por escopo proteger a dignidade da justiça. Visa, antes disso, impedir que o interesse, que é defendido por aquele que figura como beneficiário da medida, sofra violação. Com o citado provimento, protege-se faticamente o direito.

Quer no campo civil, quer no campo penal, o sequestro não configura antecipação do provimento final. A retirada da disponibilidade sobre a coisa não é definitiva, tampouco fática e juridicamente irreversível.

3.1.2. Hipoteca legal

A hipoteca é um direito real de garantia. Recai, como regra, sobre imóveis (e seus acessórios), vinculando-os ao pagamento de dívida. A sua incidência (ou constituição) não faz com que a coisa seja retirada da posse de seu titular; fica apenas gravada. Como a constrição é objeto de registro, garante-se com tal ato a publicidade, e o beneficiário pode se valer do direito de sequela, executando-a mesmo na hipótese de transferência de posse ou domínio a terceiro. Cria-se, portanto, com a medida, preferência sobre a coisa, independentemente de quem a tenha quando da execução. Com isso, não se impede a prática de atos de disposição¹⁴⁶.

Apesar de o instituto figurar, desde tempos remotos, como afeto ao direito das coisas, e portanto componente do direito material, surgiu quem enxergasse instituto de natureza processual. Para rechaçar tal visão, certamente não basta dizer que a garantia está prevista no Código Civil, lei substantiva. Nada impede que o legislador crie normas adjetivas em leis

¹⁴⁵ A Diretiva 2014/42 do Parlamento Europeu, no primeiro considerando, prevê que “a criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detetar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa”. Com isso se nota que há suporte no direito material para se justificar a existência do direito de cautela.

¹⁴⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 20, p. 57-58.

materiais e vice-versa. Compete, então, analisar os fundamentos apresentados pela corrente citada e verificar se procedem.

Carnelutti foi quem pretendeu dar à hipoteca outra roupagem. Sem negar que a garantia configurava vínculo sobre o bem, questionou se o gravame era processual ou material. Ao argumento de que a dívida garantida com hipoteca poderia ser satisfeita sem que o bem hipotecado fosse submetido a execução, concluiu que ela servia como instrumento que causa temor no devedor, compelindo-o a adimplir. Logo, na sua visão, tratar-se-ia de ferramenta processual que tem efeito psicológico, pois a execução hipotecária é mais gravosa que a mera execução¹⁴⁷.

Ao distinguir obrigação de sujeição, e salientando que no direito romano a diferença não era notada, asseverou que a hipoteca faz com que o proprietário do bem gravado se submeta aos efeitos da garantia, criando-lhe ônus. A obrigação, por sua vez, será de quem figura como devedor, de modo que não importa saber se o dono do bem hipotecado é tal pessoa. Independentemente da sua condição, o titular do domínio submete-se aos efeitos da hipoteca, que são efetivados no processo, com a ressalva de que está autorizado a cobrar do devedor, em via regressiva, aquilo que desembolsou¹⁴⁸.

No que toca à preferência que é dada pela mencionada garantia, Carnelutti mais uma vez se vale da distinção entre obrigação e responsabilidade. Na sua visão, o juízo da execução teria o dever de observar a regra da prelação, e os credores quirografários se sujeitariam à preferência que é dada ao hipotecário. A situação se assemelharia àquela da ordem de preferência conferida pela penhora. Por regra de cunho processual, o credor que primeiro buscou a constrição prefere aos demais¹⁴⁹.

A crítica que se faz à teoria do autor italiano é que ele, para defender o posicionamento mencionado, parte da premissa de que a hipoteca não recai propriamente sobre a coisa, mas sobre o seu valor. E, ao contrário do que sustenta, a hipoteca atinge o bem, reduzindo o seu valor. Se o dono do bem hipotecado o aliena, conduta que lhe é permitida, reduz-se o preço de mercado, pois a coisa garante a dívida. A situação se assemelha àquela do bem gravado com

¹⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. Natura giuridica dell'ipoteca. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 16, 1ª parte, 1939, p. 7-8.

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Natura giuridica dell'ipoteca. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 16, 1ª parte, 1939, p. 9-10.

¹⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. Natura giuridica dell'ipoteca. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 16, 1ª parte, 1939, p. 12.

usufruto. O nu proprietário que o vende tem reduzido o valor em razão da existência de usufrutuário¹⁵⁰. Se é dado em hipoteca o direito real de uso (art. 1.473, IX, do CC), não é o domínio que perde o valor, o é o aludido direito.

Afastada a tese de que a hipoteca não é espécie de direito real de garantia, cabe salientar que, quando ela é legal, o seu surgimento não decorre de ato de vontade; ela existe por força de previsão em lei; por isso a denominação mencionada.

Na hipoteca legal, cria-se, independentemente da comunhão de vontade das pessoas que ocupam a relação jurídica, o vínculo sobre a coisa, gravando-a em benefício de quem é previsto em rol. O CC (art. 1.489, II) confere, em favor do lesado, o gravame legal. O CPP disciplina o processo de especialização e registro. E não teria como ser diferente, pois a garantia em discussão recai sobre coisa certa, não atingindo uma universalidade, como é o caso do patrimônio de alguém.

Praticada infração penal que ocasione dano, surge em benefício do lesado o título; compete-lhe (ou seja, há o ônus de) buscar a especialização e o registro. Este é o ato constitutivo. A hipoteca não se efetiva pelo só fato de encontrar previsão em lei ou por ter sido cometido o delito. Existe em potencial; materializa-se com a inscrição.

Hipoteca legal não é o mesmo que hipoteca tácita. Esta modalidade de garantia real, que recaía sobre todo o patrimônio do devedor ou parcela dele, não encontra previsão no ordenamento jurídico pátrio atual. Na verdade, a modalidade foi extinta desde a edição da Lei 1.237/1864, conhecida como lei hipotecária¹⁵¹. O art. 3º, § 7º, do mencionado diploma, semelhantemente ao que fez o CC/16 (art. 827, VI e VII), conferia a garantia ao Estado e aos lesados.

Hodiernamente, o lesado tem a garantia sobre todos os bens (sujeitos à hipoteca) do autor da infração. Mas como ela é criada e efetivada pelo registro, há necessidade da especialização. Para se evitar o excesso, corolário do princípio da proporcionalidade, cabe apurar, ainda que de forma não definitiva, o montante devido. Obtido o valor, inscreve-se a

¹⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 20, p. 57-58.

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 4, p. 278.

constrição sobre o bem cujo preço é suficiente para garantir o pagamento da futura e eventual dívida.

Vê-se do exposto que, além da previsão legal, precisa ser buscada a constituição, o que se faz mediante provocação por parte do interessado (lesado ou seus herdeiros) e decisão do juiz. Deferida a especialização, em ato contínuo se procede ao registro.

Se o imputado aliena a coisa, o lesado não experimenta prejuízo. Há, em seu favor, o direito de seqüela¹⁵². Assim, se após a condenação civil o autor da infração não arca com o pagamento do montante fixado, o credor está autorizado a executar o bem gravado, independentemente de ele ter sido transferido a terceiro.

O art. 1.489, II, do CC emprega o termo delito, e daí se poderia imaginar que, na hipótese de ser praticada contravenção, inexistiria a garantia em apreço. Não é essa, porém, a interpretação mais adequada. A lei fala em delito em contraposição à responsabilidade contratual, ou seja, se refere à obrigação *ex delicto*¹⁵³.

Diferentemente do arresto, a hipoteca legal não figura como cautelar. Trata-se, como visto, de garantia real, disciplinada no Código Civil. Não é, por certo, a sua previsão em lei material que lhe retira a característica citada¹⁵⁴. É, sim, a sua natureza. Não tendo natureza cautelar, existe (e conseqüentemente incide) independente de ficar constatada a situação de perigo¹⁵⁵. O juiz não a constitui¹⁵⁶: apenas autoriza o registro¹⁵⁷.

¹⁵² PUIG BRUTAU, José (*Fundamentos de derecho civil: derecho de cosas*. Barcelona: Bosch, 1953, t. 3, p. 563) anota que “el derecho fundamental es el de poder instar la venta de la cosa gravada, cualquiera que sea su dueño o poseedor, para obtener el pago de la deuda asegurada con el producto de la enajenación”.

¹⁵³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado conforme o Código Civil de 2002 por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, v. 2, p. 136-137.

¹⁵⁴ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 121) sustenta que, tal como a cautelar, há garantias de direito substancial que são acessórias e, por isso, não são um fim em si mesmo. No que toca à hipoteca, diz que ela tem, “sull’immobile del debitore, considerato come possibile oggetto di espropriazione, un ufficio conservativo (quale potrebbe avere, se il nostro diritto lo ammettesse, il sequestro conservativo immobiliare), rafforzato da quel diritto di prelazione che essa assicura al creditore ipotecario sul prezzo dell’immobile ipotecato”.

¹⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 124.

¹⁵⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da (*A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 126) sustenta que “o que distingue, na verdade, as medidas cautelares processuais das demais medidas cautelares é a circunstância de que as primeiras são decretadas pelo juiz, em determinado processo, em função da lide cautelar”.

¹⁵⁷ Com isso se nota que, adotada a teoria tradicional das cautelares, a hipoteca não preenche os requisitos. É típica previsão de direito material; não se trata de direito criado em juízo: possuidor de natureza processual.

Semelhantemente ao que ocorre quando é previsto, em contrato, garantia para a sua fiel execução, a exemplo das arras, a sua incidência independe da presença de algum fator específico, relacionado a perigo¹⁵⁸. Basta o preenchimento da hipótese de incidência. As cautelares, diferentemente, estão sujeitas ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*. Não se defere o arresto de bens se não se constata que existe o risco de dano.

É por assim ser que o art. 134 do CPP, ao tratar da hipoteca, estabelece que, para ser realizada a especificação e o registro, basta a existência de indícios de autoria e certeza da infração. Em outros termos, cobra-se apenas que o interessado demonstre que a situação se amolda à previsão constante do art. 1.489, III, do CC. Realmente, se de acordo com a lei material a garantia em comento recai sobre os imóveis daquele que é apontado como autor da infração penal, compete ao lesado demonstrar que houve crime e que tal pessoa é a responsável.

O CPP, conforme apontado desde o início¹⁵⁹, optou por não atribuir ao capítulo onde se encontram alusões ao sequestro, ao registro de hipoteca e ao arresto, a denominação de medidas cautelares. Preferiu se referir às providências assecuratórias. Não há, com isso, equívoco de nomenclatura. Porém, a colocação dos três temas juntos pode induzir a erros, e o mais grave parece ser considerar a hipoteca medida cautelar.

3.1.3. Arresto

O arresto encontra previsão no art. 136 e no art. 137, ambos do CPP. No primeiro dispositivo está disciplinado o arresto prévio ao procedimento de especialização e registro da hipoteca; no segundo, consta o regramento aplicável à hipótese em que o imputado não é titular de imóveis (ou apenas de imóveis com valor insuficiente para suportar o pagamento da indenização).

Da simples leitura dos artigos, percebe-se que o tratamento dado ao arresto penal é diferente do civil. Neste último, não existe regra de caráter subsidiário. O CPC/15 (art. 301), em razão da sistemática adotada a respeito da cautelares, limita-se a enunciar alguns provimentos; o Código de 1973 (art. 813 a 821), apesar de disciplinar a matéria de maneira diversa, não pormenorizava os bens que poderiam ser constrictos e não previa o arresto como

¹⁵⁸ Outro exemplo que poderia ser dado se refere à fiança. No contrato de locação pode ser estipulada tal garantia e prevista a responsabilidade solidária do fiador e do inquilino. Para que o garantidor seja responsabilizado, não é necessário que o locatário pratique atos tendente a esvaziar o seu patrimônio. Vale dizer, o locador não precisa demonstrar o perigo de dano.

¹⁵⁹ Vide item 1.

etapa prévia e de garantia à efetivação da hipoteca. O arresto, em outros termos, bastava por si só.

A ausência na legislação processual civil de indicação dos bens que poderiam ser arrestados dava-se em decorrência do tratamento conferido ao cumprimento de sentença. Se, nos termos do art. 818 do CPC/73, o arresto se resolvia em penhora, não se colocava em pauta a questão sobre o que poderia (ou sobre o que preferencialmente poderia) recair a citada medida cautelar: autorizava-se genericamente o arresto de bens suficientes para tornar exitosa a futura e provável execução.

Ademais, se é certo que o art. 655 do CPC/73, que cuidava da ordem de preferência da penhora, colocava o dinheiro (em espécie ou em aplicação) em primeiro lugar na lista (art. 655, I), relegando para a quarta posição os imóveis (art. 655, IV), a opção pela constrição de numerário se destacava. E a razão era óbvia: bens de raiz possuem baixa liquidez.

Não há dúvida que a execução da condenação ao pagamento de indenização decorrente do dano causado pela infração penal se dá no juízo cível. Logo não tem sentido o CPP conferir à matéria em debate tratamento tão díspar em comparação àquele que é previsto no CPC.

Na sistemática da legislação processual penal, a aludida cautelar tem por escopo principal resguardar o direito do lesado enquanto tramita o procedimento de especialização de hipoteca. No juízo cível, vale acentuar, o provimento mencionado tem por objetivo retirar bens da disponibilidade daquele que é apontado como devedor, permitindo-se assim o sucesso da execução.

No juízo criminal, o arresto se esgota quando ocorre o registro da hipoteca; no cível, quando se dá a penhora. O objetivo, entretanto, é o mesmo: assegurar a execução futura. A diferença está no fato de que, no cível, a especialização e o registro da hipoteca não são necessários.

A divergência é mesmo marcante. O art. 1.489, III, do CC confere hipoteca legal em prol do lesado (ou seus herdeiros). Não diz que a garantia incide apenas para as hipóteses em que se busca a efetivação do direito no juízo criminal. No cível, não há dúvida, é possível pleitear a reparação do dano causado pelo crime (art. 64 do CPP), e se presentes os requisitos autorizadores (art. 300 do CPC/15 e art. 813 do CPC/73), o arresto tem de ser deferido. Aqui, porém, não se cogita (e na vigência dos Códigos revogados também não se cogitava) exigir do

lesado a iniciativa do procedimento de especialização de hipoteca. O lesado, para garantir a eficácia da constrição, está autorizado a averbar a certidão da existência da demanda, documento em que constará que houve o arresto (art. 828 do CPC)¹⁶⁰, na matrícula do imóvel. Consequentemente, em decorrência da publicidade do ato, se o proprietário aliena o bem, o adquirente não poderá alegar boa-fé.

A garantia real, em assim se procedendo, não se concretiza. Como visto no tópico anterior, não basta a previsão legal para que se possa falar em hipoteca. O efeito prático, contudo, é semelhante. Perceba-se: não é idêntico. Quando se opera o registro da hipoteca, a venda do bem é lícita e eficaz. O imóvel, entretanto, está sujeito à execução em decorrência do direito de seqüela, que é característica da garantia real em debate. Diversamente, se se averba a existência do arresto do bem de raiz, a alienação é ineficaz perante o credor (art. 828, § 4º, do CPC).

Nada impede que junto ao juízo cível o interessado busque o registro da hipoteca. Se assim optar por agir, pode eventualmente ser desconstituído o arresto: a hipoteca já basta para garantir a execução. Inexiste, porém, ônus ao lesado. Ele pede a especialização e a inscrição, se quiser. No juízo criminal, diversamente, ao menos pela letra do CPP, se ele pretende assegurar a execução, tem de se submeter ao procedimento previsto no art. 135 do CPP.

A outra hipótese de arresto disciplinada no CPP é aquela constante do art. 137. Trata-se de medida subsidiária, que atinge as coisas móveis de propriedade do imputado. Assim, quando ele não tiver bens de raiz suficientes para arcar com a indenização a ser fixada em eventual sentença condenatória, é lícita a constrição de outros bens suscetíveis de penhora¹⁶¹.

¹⁶⁰ Embora o dispositivo aluda à possibilidade de averbar, junto à matrícula do imóvel, a certidão onde constam os dados da execução, a doutrina entende que a mesma providência tem cabimento quando se propõe ação que pode levar o demandado à insolvência. Neste sentido: ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 824 ao 925). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 14, p. 158.

¹⁶¹ CANDIAN, Alberto (*Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 55-56) afirma que “in via primaria il soddisfacimento dei crediti derivanti da rato sembra debba essere assicurato mediante la iscrizione di ipoteca legale, mentre il provvedimento di sequestro appare ammissibile in via sussidiaria, cioè soltanto ove non esistano nel patrimonio dell'imputato (o del responsabile civile) beni immobili o se esistano in misura insufficiente a garantire i crediti stessi”. Em sentido contrário, ou seja, não entendendo haver critério hierárquico entre hipoteca e arresto: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1951, v. 1, p. 485-486.

A disciplina legal parece não fazer sentido. Se a execução se efetiva no juízo cível e lá, desde o CPC/39¹⁶², se dá preferência pela penhora de dinheiro e outros bens móveis, é injustificada a inversão da ordem de preferência de constrição por parte do CPP. É ilógico permitir o arresto de móveis, inclusive dinheiro, somente quando o devedor não possui imóveis. Ainda pior é impor ao lesado a obrigação de prova de fato negativo.

O legislador brasileiro, ao tratar do assunto, buscou inspiração no CPP italiano de 1930. Lá, contudo, ao menos na época da promulgação, a medida se justificava em razão de não existir, no CPC então vigente, previsão de sequestro conservativo (medida que equivale ao arresto) de imóveis¹⁶³. Aqui, diferentemente, já existia tal possibilidade. O art. 676, I, do CPC/39 permitia o arresto de bens do devedor, fossem móveis ou imóveis. Nunca, portanto, se justificou a previsão contida no art. 137 do CPP.

Na Itália, ainda que tardiamente, percebeu-se que, com a entrada em vigor do CPC/40 (que passou a autorizar o sequestro conservativo de imóveis), não mais fazia sentido a disposição constante do CPP/30 sobre o registro de hipoteca. Por conta disso, editado o Código de 1988, não se fez constar o regramento sobre tal garantia¹⁶⁴.

Se o Brasil tem por hábito seguir as orientações legislativas italianas, era ao menos de se esperar que, no CPP seguinte, não constasse previsão de obrigatoriedade de especialização e registro de hipoteca, tampouco de arresto subsidiário. Não é isso, porém, o que está a ocorrer. O Projeto de Código de Processo Penal (PL 8045/2010) traz regulamentação (arts. 644 a 649) semelhante à atual. Não será nenhum exagero dizer, quando da aprovação, que aqui vigora um Código que já nasceu antiquado.

O registro de hipoteca tem de ser facultativo, e trata-se, como visto, de garantia que não possui natureza cautelar. Se não há risco de dano, requisito que é exigido para o deferimento do arresto, tem o lesado a seu dispor a inscrição da mencionada garantia real¹⁶⁵. Concretizado tal ato, ainda que futuramente se verifique que o imputado está a dilapidar seu patrimônio, o

¹⁶² O art. 930 do CPC/39 tem a seguinte redação: “A penhora poderá recair em quaisquer bens do executado, na seguinte ordem: I – dinheiro, pedras e metais preciosos; II – títulos da dívida pública e papéis de crédito que tenham cotação, em bolsa; III – móveis e semoventes; IV – imóveis ou navios; V – direitos e ações”.

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 198-199.

¹⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 199.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 155) anotam que “para a especialização da hipoteca, não há necessidade de arresto (“sequestro”) prévio (R.T., 305/477)”

beneficiário da hipoteca estará protegido, pois poderá executar o imóvel objeto da garantia independentemente da titularidade.

Se, diferentemente, fica evidenciada a presença do perigo de dano, deve-se facultar ao credor (no caso, o lesado) o direito de arrestar bens suficientes para satisfazer o seu futuro e provável crédito. Em tal situação, o ônus da prova será do postulante da medida. Em contrapartida, ele não precisará se submeter ao procedimento de especialização e registro de hipoteca, que é longo e custoso.

O arresto, tal como o sequestro, tem natureza cautelar. Para os que seguem a corrente tradicional, se dirá que há provisoriedade, acessoriedade e instrumentalidade. A primeira característica se verifica no fato de que a constrição não é definitiva, sendo substituída por outra medida, a penhora; a segunda característica se revela no fato de o arresto ficar na dependência do provimento principal (ex.: se se julga improcedente o pedido, o arresto fica sem efeito); a instrumentalidade consiste em a mencionada garantia não ser fim em si mesma. Ela é o instrumento para que o instrumento (no caso, o processo principal) seja capaz de fazer valer o direito da parte.

Adotado outro posicionamento, pode ser dito que o arresto tem previsão em norma de direito material. Aquele que demonstra a probabilidade de ser titular de crédito não deve ser prejudicado com o fato de o suposto devedor pretender se desfazer de seu patrimônio. Com a aludida constrição, proíbe-se que o titular do bem o faça desaparecer¹⁶⁶.

É fácil perceber que o efeito da incidência da medida em comento é mais tênue que a retirada definitiva, o que se dá com a venda do bem penhorado. Por isso se fala que a cautelar representa sanção branda.

O provimento aludido tem por escopo principal amparar o direito que se mostra provável. A sua função precípua não é assegurar a dignidade da justiça, e como consequência a sua natureza não é administrativa.

¹⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do arresto ou embargo*. São Paulo: Saraiva, 1929, p. 63.

3.2. CAUTELAR INOMINADA

Nos dias atuais, tudo se dá de maneira fugaz. No que se aplica ao estudo em apreço, isso é notado claramente nos crimes envolvendo valores. Já se fala em subtração de criptomoeda, de modo que não tem sentido pretender que, antes de se tentar o bloqueio eletrônico de valores em conta bancária, o interessado prove a inexistência de imóveis do imputado ou a sua insuficiência.

Deve ser garantida a máxima efetividade do direito, e isso se faz no processo com aplicação do princípio da instrumentalidade. Se o que se pretende é garantir a quem tem direito justamente aquilo que lhe é conferido, não se pode ficar fechado em modelos preestabelecidos. A sociedade, e conseqüentemente as formas de crime, são dinâmicas. Não é possível, de antemão, saber como o ilícito será praticado. O que precisa, é haver mecanismos gerais para reparar o dano¹⁶⁷. No tema que interessa, cabe a adoção de medidas cautelares atípicas¹⁶⁸.

Entretanto, prevalece na doutrina nacional, a orientação de que, no processo penal, não são admitidas cautelares diversas daquelas previstas expressamente na lei¹⁶⁹. Ao argumento de que mencionada seara do direito não permite a criação de medidas inominadas, pois isso acarreta prejuízo ao imputado, defende-se a tese de que a aplicação de cautelares não previstas em rol é ilegal.

Parece viável, porém, seguir outra orientação. Quando se fala em cautelares reais no âmbito do processo penal, o que se busca assegurar são interesses civis¹⁷⁰ (ou extrapenais). E diferentemente do que é possível em outro juízo, a gama de mecanismos que se cogita aplicar é tanto mais restrita. Ninguém cogita propor medida relacionada, por exemplo, ao direito de

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel (*A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 386) pontua que “é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (‘toda decepção é muito triste’), e nem permita que com isso se desgaste a legitimidade do sistema”.

¹⁶⁸ PISANI, Andrea Proto (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 596) sustenta que “la tutela cautelare atípica, nei limiti della irreparabilità del pregiudizio, rappresenta quindi un *minimum* che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni sistema processuale”.

¹⁶⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 36) sustenta que “os tribunais e juizes não podem criar medidas cautelares inominadas, pois isto equivaleria a criar forma nova de constrangimento, o que é inadmissível no campo do direito e do processo penal”. Na doutrina estrangeira: ARGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 21.

¹⁷⁰ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, v. 2, p. 307.

família. O que invariavelmente se pretenderá assegurar é o direito do lesado, ou eventualmente do Estado: sempre com caráter patrimonial.

A medida atípica, portanto, não deixaria de ter natureza civil, e, de algum modo, em razão do diminuto campo de discussão que se faz possível no âmbito do juízo criminal, se aproximaria daquelas mais conhecidas, que são o arresto e o sequestro. Estas providências, que protegem interesses econômicos, são extrapenais¹⁷¹.

Não custa lembrar que não é o juízo onde se busca a providência que dita a sua natureza. O arresto está autorizado em qualquer dos juízos, e seu escopo é invariavelmente assegurar execução por quantia certa. Se a constrição de bens com tal objetivo é feita em Vara Cível ou em Vara Criminal, tal detalhe é, no que aqui interessa, indiferente.

Aparentemente, a concepção de que as cautelares reais são afetas ao direito penal decorre da influência que o CPP italiano de 1930 teve na elaboração do diploma brasileiro. A lei peninsular foi tomada por ideias criadas pela Escola Positiva. Os seguidores de tal corrente, propositadamente confundiam dois ramos do direito (civil e penal), colocando ambos como integrantes do direito público. Com isso, defendiam que o ressarcimento do dano era também espécie de pena.

Como decorrência de tal posicionamento, no citado diploma europeu se verificou a exclusão (ou, se assim se preferir, uma maquiagem) artificial da matéria civil do âmbito do processo penal. Isso é sentido no capítulo (arts. 616 a 621) que trata das medidas assecuratórias (hipoteca e sequestro). Distanciando-se da nomenclatura adotada pelo CPP de 1913, não se aludiu às garantias de execução para efeitos civis, mas às garantias patrimoniais de execução.

No estatuto processual mais antigo, havia divisão coerente: um título era dedicado à execução para efeitos penais (art. 561 a art. 576); outro, para efeitos civis. Neste último, como visto, constava o capítulo das garantias de execução, onde estava disciplinado o registro de hipoteca e o sequestro conservativo (art. 603 a art. 610).

¹⁷¹ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951, v. 1, p. 486) afirma que “quien pide este secuestro, ejercita una acción civil conexas con la acción penal”. Por seu turno, FERNANDES, Antonio Scarance (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 201) diz que “o Código de Processo Penal cuida das medidas cautelares civis como medidas assecuratórias”.

Para dar ares de direito público às medidas assecuratórias, o CPP/30 alterou a sistemática então vigente, conferindo legitimidade ativa somente para o Ministério Público (arts. 616 e 617). Não à toa, críticas foram endereçadas ao regramento¹⁷². O Código anterior, redigido sem a ideologia dos positivistas, permitia que o lesado postulasse a inscrição da hipoteca legal (art. 605) e o sequestro (art. 606).

Abandonada a concepção que contaminou o diploma de 1930, com o surgimento do CPP/88, voltou-se a permitir que o lesado (art. 316) postule a concessão de medidas que têm por objetivo resguardar os seus interesses civis¹⁷³. Mais especificamente, o Código prevê expressamente duas cautelares reais: o sequestro preventivo e o sequestro conservativo, este último semelhante ao arresto brasileiro.

A medida conservativa tem por objetivo, além de resguardar os interesses do lesado, assegurar o pagamento das despesas judiciais (que englobam a pena pecuniária, custas e demais valores devidos ao erário – art. 316, 1). Duas, portanto, são as funções, e como é possível notar, enquanto uma delas atende aos interesses privados da pessoa, a outra resguarda interesses de natureza pública, mas também de viés patrimonial, extrapenal.

No segundo caso, a legitimidade é conferida ao Ministério Público; no primeiro, ao lesado (art. 316, 2). Com isso se nota que na Itália constatou-se que, tratando-se de direito disponível, e no que aqui interessa àquele de natureza patrimonial, a pessoa que o defende é o próprio titular do direito.

A reforçar tal entendimento, percebe-se que o dispositivo em comento foi reformado em 2018, e nele acrescentado o art. 316, 1-bis. Ali consta que o órgão acusador tem legitimidade para postular o sequestro conservativo em favor de filhos menores (ou de maiores economicamente não autossuficientes) em caso de homicídio praticado por um cônjuge (ou companheiro) contra o outro. A legitimidade do MP se justifica pois o lesado (no caso, indireto)

¹⁷² LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989, v. 3, p. 558), ao comentar o tema, diz: “se trata de una innovación del Código de 1930 totalmente injustificada”.

¹⁷³ TONINI, Paolo (*Manuale di procedura penale*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2020, p. 492) esclarece que “il sequestro conservativo tende ad evitare che diminuiscano o si disperdano le garanzie patrimoniali (beni mobili o immobili di proprietà dell’imputato o del responsabile civile), che potranno permettere successivamente al condannato di pagare la somme dovute per il risarcimento del danno o per le spese di Giustizia”.

é titular de direito indisponível – o menor órfão. No Brasil, previsão semelhante poderia ser criada, pois compete a tal órgão a proteção dos direitos dos incapazes.

O interesse resguardado, importa anotar, é o do lesado incapaz, e não o do imputado. Este, como pessoa capaz, defende-se caso tenha interesse, o que faz por intermédio de advogado (ou defensor público). No que lhe toca, o direito é disponível. O indivíduo que é alvo de arresto de bens para fins de garantir o ressarcimento do dano causado pela infração penal se insurge contra a medida caso dela discorde. Somente se poderia cogitar de atuação obrigatória em seu favor se estivesse diante de quem é inimputável. O curador teria o dever de atuar em prol do imputado.

O que se percebe do quanto exposto é que as cautelares reais, como regra, objetivam proteger os interesses civis, e por isso não se justifica a proibição do emprego de mecanismos que não estejam de forma minudentemente discriminados em lei. Se se trata de matéria extrapenal, tal como se dá no CPC/15, é salutar admitir as adaptações que se adequam ao caso concreto. Ademais, muitas vezes, a medida será menos gravosa para o próprio imputado.

Na Europa, essa concepção encontrou acolhida. O Parlamento Europeu editou a Diretiva 2014/42, que prevê, como forma de assegurar o perdimento de bens adquiridos de maneira ilícita, a medida de congelamento. O termo empregado é propositalmente vago e lato, permitindo o uso de mecanismos variados para que se efetive a constrição. O mesmo diploma evidencia a natureza extrapenal da providência, uma vez que admite a declaração de perda do produto e dos instrumentos do crime em processo que pode se desenvolver à revelia do imputado¹⁷⁴.

E se assim o é no que toca ao perdimento de bens, não haveria como ser dado tratamento diferenciado quando se trata de medidas que visam reparar o dano ocasionado pelo delito. A

¹⁷⁴ O Considerando 15 da Diretiva 2014/42 está assim redigido: “Sob reserva de condenação definitiva por uma infração penal, deverá ser possível decidir a perda de instrumentos e de produtos do crime, ou de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos ou produtos, condenação essa que poderá também ser proferida em processos à revelia. Se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá todavia continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido. Porém, em tais casos de doença ou de fuga, a existência de processos à revelia nos Estados-Membros é suficiente para dar cumprimento a essa obrigação. Se o suspeito ou arguido estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda”.

Diretiva citada, a propósito, é expressa no sentido de que o congelamento também é admitido para alcançar bens suficientes para pagamento do montante devido a título de reparação¹⁷⁵.

Se no âmbito do processo civil se permite o emprego de medida cautelar inominada para salvaguardar os interesses patrimoniais (art. 301 do CPC/15), não faz sentido impedir que mecanismos semelhantes sejam utilizados em outra seara só pelo fato de a medida, com o mesmo objetivo, ter sido manejada em conexão com a ação penal e, por conseguinte, em uma Vara Criminal.

A interpretação da lei não pode fazer dela letra morta. Ninguém, estando autorizado a buscar o arresto de qualquer bem em ação cível proposta no juízo extrapenal, se submeterá a postular tal medida no âmbito criminal, tendo de se sujeitar ao cumprimento de regras inexplicáveis, como a demonstração de que somente é lícita a constrição de dinheiro (o que é operacionalizado por sistema eletrônico denominado BacenJud) após a prova de que o imputado não possui imóveis (art. 137, *caput*, do CPP).

A mencionada previsão, mais uma vez se diga, é resquício da antiga legislação processual civil italiana, que não tratava do sequestro conservativo de bens móveis. Porém, desde a promulgação do CPC italiano de 1940 (art. 671), a sistemática mudou: passou-se a se admitir a constrição de bens de qualquer natureza, e a consequência disso é a ausência de procedimento de especialização e registro de hipoteca legal no CPP/88. Tal como no CPC, permite-se o sequestro conservativo de móveis e imóveis, sem que seja dada preferência a estes últimos (art. 316).

É lógico que, a partir do momento em que não se cobra do interessado o ônus de se submeter ao procedimento para efetivação da mencionada garantia real, abrindo-se a faculdade de, por meios mais práticos, se alcançar a constrição de bens diversos para garantia da execução, perde a razão de ser a existência de normas que ditam os caminhos para que se alcance a inscrição da hipoteca no Registro de Imóveis.

Perceba-se, no mais, que a admissão do arresto de dinheiro (ou outro bem móvel) antes da constrição de imóveis é mais benéfica ao próprio imputado. É sabido que bem de raiz tem baixa liquidez, e por isso se admite, em leilão, a venda por metade do preço da avaliação (art.

¹⁷⁵ O Considerando 29 da Diretiva 2014/42, estabelece que “No âmbito de uma ação penal, os bens podem também ser congelados com vista a uma eventual restituição subsequente ou no intuito de salvaguardar a indemnização pelos danos causados por uma infração penal”.

891, p.u., do CPC/15). Ademais, se é lícito o imputado apresentar caução em dinheiro ou em título da dívida pública para evitar o registro da hipoteca (art. 135, § 6º, do CPP), não parece fazer sentido não se permitir desde logo o arresto de tais bens.

Veja-se, ainda, que, a depender as circunstâncias do caso concreto, o lesado ou o Estado podem se satisfazer com o arrolamento de bens¹⁷⁶, medida mais branda¹⁷⁷ que as expressamente previstas no Código. Não faria sentido indeferir pedido neste sentido, ao fundamento de que são descabidas, no âmbito do processo penal, cautelares inominadas.

A aceitação de abrandamento das exigências previstas no CPP permitiria também que, na hipótese de arresto de imóveis, fosse o lesado exonerado do ônus de iniciar o processo de especialização e registro de hipoteca. Em outros termos, bastaria a constrição, a qual poderia ser averbada na matrícula, ato que daria a devida publicidade¹⁷⁸.

Adotada essa sistemática, e, ao mesmo tempo, deixando-se de lado as nomenclaturas (para focar o conteúdo da medida), desaparece a divisão entre arresto principal (de imóvel) e arresto subsidiário (de móvel). A consequência é um processo mais célere, prático e eficaz. O que, em suma, se deve entender é que a lei permite a constrição de bens para garantir o pagamento de indenização e obrigações devidas ao Estado (tais como pena pecuniária, custas e demais despesas processuais).

3.3. ASPECTOS GERAIS DA LIDE

Um dos temas mais polêmicos no âmbito do direito processual é o da lide. Carnelutti deu-lhe destaque em seu *Sistema*. Antes, porém, de publicar tal obra, já havia apresentado a sua teoria¹⁷⁹, a qual, logo que se tornou conhecida, não deixou de ser alvo de críticas. Até hoje não

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 421), analisando o CPC/73, diziam que “a providência é de natureza estritamente *conservativa*. Arrola-se para conservação (art. 856), havendo fundado receio de extravio ou de dissipação (art. 855), efetuando-se depois o depósito dos bens (art. 859). Por isso, deve o autor evidenciar o seu ‘direito’ aos bens (art. 857, I)”. O arrolamento poderia ocorrer, por exemplo, lacrando-se um imóvel, sem necessidade de proceder ao trâmite exigido para registrar na matrícula a constrição.

¹⁷⁷ As Ordenações Filipinas (5º Livro, Título CXXVII) previam a medida de anotação de bens, que era cabível quando o imputado não atendia a citação.

¹⁷⁸ Se é certo que o sequestro pode ser registrado na matrícula (art. 128 do CPP), não faz sentido impedir que o arresto siga o mesmo caminho, ou seja, que a inscrição se dê independentemente do procedimento de especialização.

¹⁷⁹ Pela primeira vez, CARNELUTTI tratou do tema nas *Lezioni*. Vê-se, já na página 5, que o autor diz que “la *resistenza alla pretesa*, necessaria a convertire in lite il semplice conflitto di interessi, può consistere o nella *contestazione della tutela spettante all’interesse opposto* o nella *lesione di questo interesse*” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*: processo di esecuzione. Milano: Cedam, 1929, v. 1, p. 5).

há consenso na doutrina. Dadas as inúmeras e variadas manifestações que despontaram a respeito desse ponto, cabe aqui fazer menção àquelas que mais se destacaram.

Carnelutti partiu da figura da relação jurídica, vendo nela o direito e a obrigação como fenômenos correlatos. De acordo com seu pensamento, há entre os titulares das relações um conflito, que pode findar quando qualquer dos sujeitos atende à vontade do outro. A exigência de subordinação configura a pretensão. Na hipótese em que a pretensão é resistida, o conflito de interesses se torna lide, e daí nasce o famoso conceito de que a lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro¹⁸⁰.

Segundo o citado autor, o conteúdo e o próprio processo correspondem à lide¹⁸¹, pois o processo é a sequência de atos realizados com o objetivo de compor a lide¹⁸². Deve ser ponderado, porém, que em algumas situações não se verifica o contraste de vontades, ou seja, a lide¹⁸³. São exemplos dessa espécie os chamados processos necessários. É o caso da anulação de casamento. Pouco importa que as partes estejam de acordo: para que seja reconhecida a nulidade do ato, é necessária a propositura de ação: haverá processo, mas não existirá lide.

Com esse mero exemplo nota-se que a teoria de Carnelutti não retrata de modo integral e perfeito o fenômeno jurídico em discussão. Por tal motivo, como antecipado, despontaram outras opiniões a respeito da lide, havendo até mesmo quem já tenha negado a sua necessidade, optando por não empregar o mencionado termo.

Calamandrei foi quem sustentou referido ponto de vista, dizendo que o juiz não tem contato exatamente com a lide, senão com a ação, instrumento por meio do qual as partes restringem a matéria a ser apreciada pelo magistrado, a quem compete ditar não a melhor

¹⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

¹⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco (*Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 44) afirma que “nel linguaggio giuridico noi chiamiamo processo per antonomasia quella sequela di atti, i quali si compiono per la composizione della lite”.

¹⁸³ É necessário também pontuar, como faz PAOLI, Giulio (La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 7, 1ª parte, 1930, p. 63), que “non ogni conflitto di interessi, pertanto, è lite, nel senso tecnico proposto dal Carnelutti; lite si ha soltanto nel caso di conflitto di interessi regolato dal diritto (controversia giuridica)”.

solução jurídica para a relação social, mas a dizer se a proposta formulada por intermédio da demanda merece ou não ser acolhida para regular a situação vivenciada pelas partes¹⁸⁴.

Até aqui, pelo que se nota, a discussão girou em torno do processo civil de conhecimento. Carnelutti, contudo, sustentou também que há lide na execução. Aliás, tamanha é a importância que dá ao instituto, que logo no início de suas *Lezioni* afirma que o conflito é o pressuposto do processo executivo¹⁸⁵.

De acordo com o autor, a lide pode surgir tanto quando há contestação da pretensão a determinado interesse quanto na hipótese em que ocorre a lesão ao interesse de alguém. Isso é o que se verifica na execução, na medida em que referida espécie de processo tende a eliminar o dano ocasionado¹⁸⁶.

Se, como visto, Calamandrei se manifesta contra a ideia de lide, Pontes de Miranda, por seu turno, diz que há identidade entre lide e ação, esclarecendo que, sob seu ponto de vista, não é correto considerar aquela o mérito desta¹⁸⁷. Por equiparar ambas as figuras ao litígio e sustentar que há disputa e, conseqüentemente vencedor e vencido, defende que a ação existe quando existe contenda.

Ocorre que o doutrinador brasileiro, em outra manifestação sua, externa concepção de certo modo diversa. Ao criticar a teoria de Carnelutti, aduz a possibilidade de existência de ação sem dissídio¹⁸⁸, e com isso se aproxima da crítica feita por Calamandrei, e portanto da concepção por este adotada. Seja como for, a colocação de todos os conceitos como sinônimos não parece ser a melhor solução.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Antonio Milani, 1940, p. 86.

¹⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*. Milano: Cedam, 1929, v. 1, p. 3.

¹⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*. Milano: Cedam, 1929, v. 1, p. 5.

¹⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1.º - 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1, p. XLVIII (Prólogo)) afirma que “lide é ‘ação’, litígio (litigium), querela disputa, em que se vai perder, ou em que se vai ganhar. Enquanto pende a ‘ação’, com o seu processo, há litispendência, de modo que não se pode chamar ‘lide’ o mérito da causa. Enquanto há lide, lida-se (donde ‘lida’, peleja, fadiga). Há o ‘litisconsórcio’. Quem teve a decisão que reputou nulo o processo perdeu a lide, sem se tratar de mérito. Já no antigo latim havia stilis, luta”.

¹⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1.º - 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1, p. XXIII (Prólogo)) afirma que “há ações que não supõem ter havido dissídio, que justifique a provocação da função pacificadora (e. g., ações constitutivas)”.

Também não parece que o caminho mais adequado a seguir seja desprezar a ideia de lide, ignorando-a. É necessário verificar onde estão os equívocos da concepção inicial e tentar corrigi-los com o objetivo de descobrir no que efetivamente constitui a lide.

Uma das críticas de Calamandrei ao pensamento de Carnelutti diz respeito às razões jurídicas. De acordo com este último autor, a lide é composta por pessoas, bens e interesses. A objeção feita pelo compatriota é no sentido de que, se a lide é objeto do processo, e lá se discutem razões jurídicas, não seria correto dizer que ela é composta de elementos diversos daquele¹⁸⁹.

Ao tomar conhecimento da crítica, Carnelutti a rebateu argumentando que as razões jurídicas estão para o processo da mesma maneira que o médico está para a doença. O profissional da saúde atua para curar o paciente, de sorte que não integra e não se confunde com a enfermidade. O processo é o meio pelo qual a lide é sanada, e assim não há como pretender incluir nela as razões jurídicas. O processo, com as razões jurídicas, atua sobre a lide¹⁹⁰.

Em toda lide, ainda segundo o mesmo autor, existem questões, mas o inverso nem sempre é verdade. Pode haver questão fora da lide (ou sem lide). As questões são resolvidas com as razões, e quando isso ocorre a lide é eliminada¹⁹¹. Assim, para Carnelutti, diferentemente da visão de seu conterrâneo, a demanda e a sentença têm as dimensões dadas pela lide e pelas questões.

Melhor esclarecendo, enquanto Calamandrei sustenta que a ação é a figura que limita a atuação do juiz, e conseqüentemente a aplicação das normas, pois a ele compete dizer se a pretensão, tal como deduzida pelo autor, merece acolhimento, Carnelutti entende que, proposta a ação e apresentado o litígio ao magistrado, a este compete dar a melhor solução, sem, é claro, perder de vista as questões, que por serem resolvidas pelas razões (jurídicas), sanam o litígio¹⁹².

Carnelutti, porém, não teve como deixar de reconhecer que a ação delimita a atuação do magistrado; recusou-se, ainda assim, a admitir que a demanda tornasse inútil a ideia de lide. Na

¹⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 99.

¹⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 99.

¹⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 100-101.

¹⁹² CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 100-101.

sua concepção, a ação exhibe a lide ao juiz, e não a esconde ou a absorve, como se poderia imaginar se se adotasse a proposta de Calamandrei¹⁹³.

O fato, contudo, é que para este último autor não há nem uma coisa nem outra, ou seja, não se esconde nem se absorve. Calamandrei simplesmente não elabora seu estudo partindo da ideia de lide: prefere trabalhar sem ela. Assim, o conflito surgiria pelo fato de o réu não aceitar aquilo que foi postulado na petição inicial.

Mencionada peça processual tem conteúdo, e é este que delimita a ação. O réu, ao tomar conhecimento da demanda, pode concordar ou não com o pedido, e nessa última hipótese surge o conflito de interesses qualificado pela resistência do demandado.

Para que a ação seja proposta é necessário que exista o conflito, e quem dá início à demanda é quem vivencia a situação conflituosa. A parte, portanto, precisa ter legitimidade processual. É o que diz Carnelutti¹⁹⁴, que discorda de Calamandrei quanto à existência de outra condição da ação, a saber, o interesse de agir, pois o seu conteúdo, no caso, estaria de todo esvaziado. Se há necessidade do processo, esse se traduz na lide, e basta ter legitimidade. O interesse de agir seria, na sua concepção, a quinta roda do carro: haveria somente lide e legitimidade.

Aqui, ao que parece, se faz presente uma confusão de ideias. Se a lide, como regra, antecede ao processo, a propositura da ação não a cria, e, portanto, mesmo que o réu não ofereça resistência ou expressamente concorde com o pedido, haverá lide. E caso assim se imagine, certamente o processo a resolverá, uma vez que será julgado.

O interesse de agir (para algumas situações)¹⁹⁵ retrata melhor o fenômeno jurídico, pois leva ao entendimento de que o processo é necessário em razão de não ter sido possível, sem a

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 102.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco (Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 102) afirma que “quando s’è detto dunque che esiste una lite (o una di codeste situazioni) e che, rispetto ad esse, ci si deve trovare in quel rapporto, che costituisce la *legitimità*, s’è detto tutto”.

¹⁹⁵ PISANI, Andrea Proto (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 312) sustenta que somente na ação declaratória tem relevância o interesse de agir. Em suas palavras, “sotto il profilo dela azioni di mero accertamento l’art. 100, lungi dal rivelarsi disposizione inutile, rimette – sia pure attraverso una formula necessariamente generica – alla valutazione del giudice (l’oculatezza di cui parlava Chiovenda) <il vedere se il ricorso agli organi giurisdizionali sia veramente necessario>: si tratta di una valutazione da effettuare con riferimento a ciascun singolo caso concreto e che sola può cogliere la differenza fra le azioni di mero accertamento, ammesse dal nostro ordinamento, e le azioni vessatorie o di iattanza o dirette alla risoluzione do questioni meramente accademiche, non ammesse dal nostro ordinamento”.

intervenção do Judiciário, alcançar a solução almejada por aquele que se intitula titular do direito. A partir do momento em que a ação é proposta, tendo sido constatado que a demanda é imprescindível (e viável)¹⁹⁶, verifica-se se o demandado discorda(va) ou não da pretensão, e a depender de seu comportamento, haverá ou não o conflito de interesses qualificado pela resistência, que é a lide¹⁹⁷.

Pode ser que a lide não (mais) exista, e isso se dá quando o réu não se opõe ao pedido, que então será acolhido, a depender das circunstâncias. Pode ser, diferentemente, que nunca tenha havido resistência e, mais especificamente, conflito entre os integrantes da relação jurídica. Não haverá, então, caso proposta a ação, o interesse de agir. E o resultado será a extinção do processo sem apreciação do pedido.

Se se exclui o interesse de agir¹⁹⁸, ainda que se constate que nunca tenha havido resistência por parte do réu, lide haverá, mas será artificial, e o julgador terá de apreciar o pedido deduzido na inicial. A mencionada condição serve, então, para que não haja julgamento de mérito quando não existe obstáculo. Não se mostra razoável condenar B a pagar determinado valor a A, quando em nenhum momento houve recusa à prática de tal ato.

3.3.1. A lide no processo penal

Depois de tanto defender a ideia de lide, inclusive no processo penal¹⁹⁹, Canrelutti acabou por se render, e isso é percebido, por exemplo, em suas *Istituzioni*²⁰⁰. Ao afirmar que

¹⁹⁶ BETTI, Emilio (*Diritto processuale civile italiano*. 2. ed (ristampe). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 155), ao discorrer sobre o interesse de agir, pontua que “tipicamente irreparabile è la decadenza per decorso del termine legale prefisso alla vita dell’azione. Così l’azione d’impugnativa contro una sentenza che sia stata notificata, è della legge sottoposta ad un termine perentorio che decorre dalla notificazione (c.p.c. 466-467). La domanda d’impugnativa che venga proposta dopo scaduto il termine, viene rigettata anche d’ufficio per estinzione dell’azione determinata da decadenza (figura particolare, questa, di preclusione)”.

¹⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio (*Manual de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1980, p. 114-115) defende que “es suficiente que las condiciones de la acción, eventualmente carentes en el momento de la proposición de la demanda, sobrevengan en el curso del proceso y existan en el momento en que la causa es decidida”.

¹⁹⁸ INVREA, Francesco (Interesse e azione. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 321), diversamente, sustenta que “il principio <Point d’intérêt, point d’action> è un principio *ridondante* e vuoto, da sbandirsi perciò dalla dottrina; come la norma di legge: <Per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse>, è una disposizione *superflua* e degna perciò di essere rimossa dal codice”.

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 31.

²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 26. Antes, porém, ao se manifestar em tréplica sobre a crítica formulada por Calamandrei, já dá a entender que sua criação, apresentada nas *Lezioni*, não é perfeita. Realmente, CARNELUTTI, Francesco (Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 28) diz que “quello che ha fatto, in proposito, nelle *Lezioni* è null’altro che un tentativo. Ne riconosco per il primo la imperfezione”.

citada espécie de processo se situa entre o contencioso e o voluntário, acrescenta que as objeções levantadas em relação à sua teoria o fizeram modificar a forma de pensar.

A sua ideia inicial, porém, diferentemente do que acredita parcela da doutrina²⁰¹, não foi a responsável (ao menos não exclusivamente responsável) por fazer com que o processo penal fosse visto como possuidor de natureza patrimonial. Em outros termos, não foi Carnelutti (o único) que, com suas proposições, apresentou o processo penal como possuidor de viés mercantil. Não o deixou de fazer, é claro; e isso se constata quando equipara o ladrão ao devedor de uma dívida pecuniária não honrada, aduzindo que ambos, quando no processo, estão em lide²⁰².

No entanto, não se pode ignorar o fato de que, estudiosos de outros países, alguns deles sem ou com pouca influência italiana, já defendiam a concepção de que o direito, nos seus mais variados ramos (inclusive o penal), fruto de um Estado burguês, sempre terá cunho patrimonial²⁰³. A influência estadunidense, percebida em diversos ordenamentos nas décadas que se seguiram, corroborou a premissa lançada, levando o processo penal mais próximo do campo privado²⁰⁴. A tendência se reflete, por exemplo, em institutos como os acordos celebrados entre acusado e acusador, em que transigem para se chegar ao consenso.

A crítica que cabe, portanto, não diz respeito ao fato de que a ideia de lide no processo penal o empurra ao patrimonialismo. Independentemente de tal concepção, em qualquer nação capitalista, existirá ligação do direito com o conceito de troca de equivalentes. Isso, decerto, é sentido com maior facilidade no direito civil, mas também se faz presente na seara penal (material e processual).

A lide, no processo penal, sob visão mais tradicional²⁰⁵ (e arrisca-se dizer ainda hoje²⁰⁶), perde a razão de ser, pois não é possível fazer incidir a lei penal (material), consubstanciada na

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 22.

²⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale (postilla)*. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 31.

²⁰³ PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017, p. 201-202.

²⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano* In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 236.

²⁰⁵ SOARES, Fernando Luso (*O processo penal como jurisdição voluntária: uma introdução crítica ao estudo do processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 49) anota que “o *ius puniendi* – o direito de punir – de que, para a concepção dominante o Estado é hoje o titular exclusivo, terá sempre de efectivar-se através de um processo”.

²⁰⁶ Hoje, se questiona a imprescindibilidade do processo penal. O acordo de não persecução, a transação de mesma natureza e outros institutos semelhantes levam a esse entendimento. Mas não se pode perder de vista que nas

aplicação da pena, sem a prévia existência de pronunciamento judicial (ainda que homologatório), tal como se dá, no campo civil, no caso já citado da anulação de casamento²⁰⁷. De nada adianta os consortes estarem de acordo com a consequência decorrente da anulação do casamento, da mesma maneira que é indiferente o réu concordar com a imposição da pena: em ambas as situações é indispensável a atuação do juiz, pois indisponível o direito analisado²⁰⁸.

O acusador público, de todo modo, continua a ser desinteressado, e não se pode confundir a concepção abstrata de Ministério Público, órgão representante da sociedade, com uma pessoa específica, a saber, aquela que ocupa o cargo de promotor de justiça – este sim, algumas vezes, por paixões que não deveriam contaminá-lo, interessado. Partindo-se, porém, da concepção teórica, o que se percebe é que na ação penal busca-se a condenação daquele, e somente daquele, que praticou crime²⁰⁹.

Carnelutti não negava que o Ministério Público era desinteressado. Mas, para manter a lógica de seu raciocínio, sustentava que a lide se formava entre o lesado (que não se confunde com o ofendido) e o acusado²¹⁰, e se valendo dessa criação fugia da realidade, desconsiderando a existência de crimes sem dano. Não lhe faltava, entretanto, coerência de raciocínio, pois, de acordo com a sua concepção, todo delito ocasiona dano, e este se traduz na ideia de lesão a interesse²¹¹. Logo, seguindo tal entendimento, tinha como defender a constante presença da figura do lesado, e por conseguinte a existência de lide.

hipóteses mencionadas o magistrado precisa atuar, o que faz homologando o acordo. Caso não chancelo o negócio entabulado entre acusador e acusado, ele não se torna eficaz (art. 28-A, § 5º, do CPP; art. 76, § 3º e art. 89, § 1º, ambos da Lei 9.099/95).

²⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 159.

²⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 27), ao mudar de opinião, disse que “se colui, in confronto del quale si propone la pretesa penale, vi aderisce, il giudice deve tuttavia intervenire e solo quando egli abbia giudicato che un reato è stato commesso la pena può essere applicata”.

²⁰⁹ PAOLI, Giulio (La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 7, 1ª parte, 1930, p. 67) observa que “il p. m. ha bensì interesse alla condanna del *colpevole*, ma non alla condanna dell’imputato: anzi, se l’imputato sia innocente, il p. m. ha *interesse al suo proscioglimento*; e in questa ipotesi quando il giudice proscioglie non sacrifica niente affatto l’interesse del p. m., e cioè dello Stato accusatore, mas lo adempie: inquantochè di fronte all’imputato innocente lo Stato accusatore identifica il proprio interesse con l’interesse di costui”.

²¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 35.

²¹¹ CARNELUTTI, Francesco (*Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926, p. 26) diz: “non intendo negare né che sia esatta né che sia utile una classificazione dei reati in *reati di danno* e *reati di pericolo*; peraltro mi sembra che, al fine di evitare conseguenze nocive alla chiarezza nella stessa nozione del reato, debba esser posto in rilievo come anche il pericolo sia *niente altro che un danno*, onde, nella antitesi tra pericolo e danno, quest’ultima parola si usa con significato più ristretto allo scopo di indicare una sottospecie del danno”.

A teoria, contudo, não foi aceita. As críticas se avolumaram, e o ataque se deu justamente quanto ao citado ponto. Carnelutti, porém, parece que não tinha saída. Assim, ao se manifestar sobre a crítica feita por Calamandrei, sustentou que, embora a contradição (ou melhor, a contestação) seja sintoma da existência de lide, não se trata de condição necessária nem suficiente. E para retratar a sua teoria, tornando-a palpável, apresentou o exemplo do pai que propõe ação de inabilitação (ou interdição) em face do filho, que contesta. Na visão do autor, não haveria lide, pois inexistiria conflito de interesse entre pai e filho. A resistência por este ofertada não afetaria o interesse do genitor. Assim, o que se vislumbraria seria apenas um contraste de avaliações²¹².

Transportando-se o mesmo raciocínio ao processo penal, percebe-se, então, que se mostra indiferente o comportamento do acusado em tal sede. Concordando ou não com a aplicação da pena, nunca haverá efetivo conflito de interesses dele para com o autor da ação, o Ministério Público. A resistência (ou a contestação) do acusado não tem o condão de interferir no interesse do citado órgão.

Restaria, é certo, em sendo adotada a teoria de crime desenvolvida pelo mesmo autor, o conflito entre o acusado e o lesado. Mas para se aceitar tal tese, é necessário, de forma proposital, confundir dois ramos do direito (o penal e o civil) e crer que sempre o delito ocasiona dano, isto é, lesão patrimonial. Tal concepção, que em muito se aproxima daquela criada pela Escola Positiva²¹³, foi, porém, rechaçada, inclusive, ao que parece, pelo próprio Carnelutti, que passou a defender novo ponto de vista.

Não precisa, portanto, haver pretensão resistida; tampouco é necessário presumir a sua existência²¹⁴. Mais do que isso: a pretensão resistida é indiferente para caracterizar a espécie de

²¹² CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 34. REDENTI, Enrico (*Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1939, p. 209), por seu turno, defende que a função jurisdicional consiste na aplicação de sanção, e no caso de interdição isso não ocorreria, pois “non c’è una trasgressione di norme giuridiche, contro la quale reagire; non si tratta di applicare sanzioni”. Daí, então, entender que se está diante de processo voluntário.

²¹³ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 561.

²¹⁴ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da (*A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 81) sustenta que no processo penal, tal como nas ações cíveis constitutivas necessárias, presume-se a existência de lide.

processo em comento. Pode haver, e geralmente haverá contestação, mas não é isso que chama a atenção e caracteriza o processo penal (figurando como seu objeto)²¹⁵.

Carnelutti, quando revê seu posicionamento inicial, se dá conta disso; passa, então, a sustentar que a função do processo penal não é a composição da lide, mas a verificação da pretensão punitiva, providência que precisa ocorrer independentemente de resistência por parte do acusado.

A mudança de posicionamento pelo citado autor, porém, não é radical, na medida em que não deixa de dizer que o processo penal se assemelha ao de interdição. Mais do que isso, sustenta que ambos são espécies de processo voluntário, e acrescenta que no penal há apenas uma parte em sentido material: o réu²¹⁶, que tem interesse na procedência da pretensão deduzida pelo Ministério Público, pois a pena, além da função repressiva, é preventiva, o que significa que o liberta do mal praticado²¹⁷.

A nova tese, entretanto, principalmente por conta da equiparação feita²¹⁸ e a consequente colocação do processo penal no universo do processo voluntário, também não parece aceitável. A pena, segundo o próprio autor, tem também função repressiva, e, de regra, a sua incidência não é buscada pelo réu.

²¹⁵ CALAMANDREI, Piero. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 151. CALAMANDREI, Piero (Il concetto di 'lite' nel pensiero do Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, 1928, p. 16) pontua que “il processo penale, infatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d'essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due <litiganti>; ma ha luogo perché, nel nostro ordinamento giuridico, la punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale. Il processo penale ha dunque in ogni caso, per raggiungere l'effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità (nulla poena sine iudicio)* che nel campo civile, per raggiungere effetti giuridici non conseguibili dalle parte attraverso il contratto, è proprio del processo a tipo inquisitorio”.

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 27.

²¹⁷ CARNELUTTI, Francesco (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 27) afirma que “ancora più persuasiva in questo senso è l'indagine intorno alla funzione della pena, la quale è insieme, preventiva e repressiva, e consiste, in prima linea, nella liberazione del reo dal male, ch'egli ha commesso e ancora può commettere; ora tale liberazione essendo un interesse, anzi il supremo interesse del reo, la pretesa penale, a differenza dalla pretesa civile, tende a subordinare un interesse dell'imputato non a un interesse altrui sibbene a un altro, e superiore, interesse di lui medesimo”.

²¹⁸ CARNELUTTI, Francesco (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1, p. 27) diz que “la simiglianza del processo penale al processo di stato, in particolare al processo di interdizione e di inabilitazione, si coglie a occhio nudo”.

Isso, aliás, é o quanto basta para colocar em dúvida a citada similitude, podendo ser adicionado que, como características da impropriamente chamada jurisdição voluntária, estão a administração de interesses privados e a dispensabilidade do contraditório²¹⁹.

Melhor, em suma, se mostra a opinião de Calamandrei²²⁰, que defende que no processo penal é irrelevante a lide, sem que isso o coloque como espécie de processo voluntário. O Estado seleciona algumas situações em que considera como de interesse comum a necessidade de pronunciamento judicial, e um desses casos diz respeito ao direito penal. Aqui, como exceção ao princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos, é indispensável que o próprio Estado, antes de aplicar a pena, busque a análise de sua pretensão²²¹.

3.3.1.1. A lide e as cautelares reais

Caso se entenda que não há lide no processo penal, e é dessa premissa que se parte, não há como defender, quando se está diante de cautelares reais em trâmite na justiça criminal, a concepção de que a lide cautelar representa parcela daquela existente no chamado processo principal²²².

No processo penal, a resistência por parte daquele que figura como imputado (ou réu da ação penal) está sempre presente. Por isso, é irrelevante a discussão em torno desse ponto. O juiz, diante de uma demanda de natureza criminal, tem de verificar se o pedido formulado pelo acusador é suscetível de acolhimento, ainda que, por hipótese, o acusado confesse e concorde com a pena proposta pela acusação. O que está em jogo é, em regra, o direito à liberdade, ou seja, interesse indisponível. A presença de defensor é obrigatória, e tal figura zela pelos direitos do acusado.

Assim, mesmo tendo se operado nos últimos tempos certo abrandamento da concepção em comento, permitindo-se a celebração de acordos, o que torna o processo evitável, continua

²¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-32. REDENTI, Enrico (*Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1939, p. 209), se valendo de um critério negativo, diz que na jurisdição voluntária não há “applicazione di sanzioni”.

²²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 154 e 160.

²²¹ ROCCO, Alfredo (*La sentenza civile: studi*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 17) diz que “nella giurisdizione penale, lo Stato mira a soddisfare uno dei suoi più importanti interessi: l’interesse punitivo o repressivo, il quale, in quanto è tutelato, di fronte ai singoli, con norme precise e determinate (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), costituisce un vero e singolo *diritto subiettivo* dello Stato, il diritto subiettivo di punire”.

²²² Antecipe-se: a relação que há é entre a demanda extrapenal principal (seja de reparação do dano, seja de perdimento) e a ação cautelar.

a ser necessária, pelo magistrado, a análise das condições acordadas. A alteração que sofreu a Lei 12.850/13 (por força da Lei 13.964/19) reforça o entendimento aqui defendido. O defensor tem de se fazer presente (art. 3º-C, § 1º), e o julgador está incumbido de analisar a regularidade e legalidade do negócio jurídico (art. 4º, § 7º, I).

Diferente é o que se vê quando se está diante de interesses civis patrimoniais. Aquele que causou dano pode, de maneira espontânea e independentemente da intervenção judicial, repará-lo. É lícita também a celebração de negócio jurídico em que o responsável pelo prejuízo se compromete perante o lesado a saná-lo em determinado prazo. Autoriza-se, inclusive, a oferta de garantia para assegurar a execução da promessa.

Se, porém, não se verifica a reparação consensual, o lesado está autorizado a procurar o Judiciário para ter seu direito atendido. Em assim agindo, verifica-se a presença da demanda, e o réu é citado para se defender. Há, no caso, mera faculdade de oposição. O demandado, em outros termos, contesta se quiser. Se o juiz constata a revelia, julga com base naquilo que lhe foi apresentado exclusivamente pelo autor.

No campo civil, notadamente quando se está diante de interesses disponíveis, constata-se a presença da lide. Aliás, se não há conflito de interesses, não se justifica a atuação jurisdicional. Se, diversamente, existe conflito e se constata que o devedor objetiva criar embaraços à futura e provável execução, é lícito o emprego de mecanismos tendentes a evitá-lo (ex.: arresto).

A controvérsia existente na cautelar se distingue daquela presente na ação de conhecimento, seja ela criminal ou civil. Na seara penal, além de não importar a existência de lide, o que se busca é verificar a procedência da pretensão punitiva e resguardar o direito do imputado; no cível, o escopo é analisar se aquele que propôs a ação tem direito a receber o bem da vida, que, no tema em discussão, é a indenização.

Se na demanda de conhecimento se pretende a declaração do crédito e a condenação do réu ao seu pagamento, na cautelar, diferentemente, se objetiva impedir a prática de atos que frustrem a execução, ou seja, que impeçam o recebimento daquilo que é devido. O Judiciário atua para que a situação fática não seja alterada.

Não se há de confundir, portanto, as lides que compõem cada uma dessas ações, e não se mostra razoável a afirmação de que, na cautelar, não há o conflito de interesses. Se se

vislumbra a presença de ato que coloca em risco o direito afirmado pelo demandante, é indispensável a atuação jurisdicional, que tem por escopo a proteção²²³.

Existe, pois, um dever de cautela imposto a todos, o que equivale a dizer que não é lícita a prática de atos que acarretem possível dano àquele que demonstra ser o provável titular do direito. E é justamente nisso que consiste o objeto da cautelar. Havendo divergência entre os envolvidos, ou seja, o conflito de interesses, estará configurada a lide.

A controvérsia, no que aqui interessa, pode se vislumbrar tanto na hipótese que enseja sequestro quanto na que autoriza o arresto. O imputado que provavelmente obteve proveito com a infração penal tem os bens de origem ilícita retirados de sua disponibilidade para que se assegure o perdimento. O art. 126 do CPP, a respeito desse tema, deixa subentendido o perigo, dispensando a demonstração, por parte do legitimado a postular a medida, de que há elementos que indicam a dispersão dos citados bens. O arresto, por outro lado, é deferido se se demonstra que o demandado está a praticar atos tendentes a frustrar a execução. Ou seja, quando se vislumbra a situação de perigo, retira-se do titular dos bens o poder de disponibilidade.

Nas duas hipóteses verifica-se a presença de conflito. Enquanto o postulante busca a manutenção do estado de fato até que se declare, na demanda de conhecimento, o direito afirmado, o demandado objetiva fazer atuar sobre os bens os direitos inerentes ao titular do domínio.

3.3.2. O direito material como coordenador da sistemática processual

Se é o Estado que seleciona quais são os interesses que precisam de proteção diferenciada, e o Direito Penal é utilizado justamente para salvaguardar os bens de maior relevância dentro da sociedade, nota-se que não há liberdade (ao menos completa) de transigir sobre tal matéria. Está aqui presente interesse superior²²⁴. Ademais, o direito à liberdade é, igualmente, valor que merece elevada proteção.

²²³ WATANABE, Kazuo (*Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 105) diz que “em termos de objeto da cognição principal do juiz, vale dizer, *do mérito da ação cautelar*, do objeto litigioso, o elemento que desponta, além da ‘situação perigosa’, é o direito ou a pretensão material à cautela *afirmada* na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar”.

²²⁴ CICU, Antonio (*El derecho de familia*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 55) esclarece: “superior no en el sentido diverso, sino de dominante, transcendente del interés del individuo. Y porque es dominante y transcendente, el mismo puede también no coincidir con el interés de todos los individuos o de la mayoría de los individuos que viven en un determinado momento”.

Na dicotomia que aí se vê, nasce a necessidade de controle dos atos do acusador e do acusado, e tal papel foi atribuído ao Judiciário. O magistrado, ao se deparar com a acusação formulada contra alguém, precisa verificar se ela prospera, e, para que assim faça, necessita de poderes; mais especificamente, de poderes processuais para, na ausência de iniciativa das partes, agir com intuito de descobrir o que se sucedeu.

Se há certa tendência a tornar o processo penal algo mais próximo do direito privado, transferindo em grande parte o controle e iniciativa dos atos às partes, isso não terá como ir ao extremo, pois redundará na alteração do direito substancial (mais especificamente o direito penal) por meio transversal, e, portanto, indevido²²⁵. Já é época, ao que parece, de rever tais posicionamentos, eis que baseados em concepções em vigor em sociedades cuja cultura (inclusive jurídica) é bastante diferente da brasileira²²⁶.

Nos países anglo-saxônicos, conforme lembra a doutrina²²⁷, por uma questão socialmente acolhida, o juiz, via de regra, é eleito, e como tem de agradar aos seus eleitores, dentre os quais os advogados, acaba por abrir mão de parcela de seu poder com o objetivo de ser reconduzido ao cargo. Diferentemente, nos países de tradição romana, o julgador alcança o cargo por via diversa. Como consequência, sua forma de atuação no processo é outra.

²²⁵ CALAMANDREI, Piero (Il processo inquisitorio e diritto civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 416) diz que “diritto sostanziale e diritto processuale sono, come sempre più energicamente si torna ad ammettere, due aspetti di una stessa inscindibile realtà sociale: sicché, quando si discute di riforma processuale, e dei principi fondamentali ai quali essa deve ispirarsi, non si può non tener presenti questi due assiomi: che ogni spostamento, che si verifichi nel diritto sostanziale, del punto di incontro fra interesse pubblico e interesse privato, porta inmancabilmente, e senza bisogno di una esplicita riforma delle leggi processuali, a dare in corrispondenza un diverso equilibrio alle forze motrici del processo; che ogni riforma processuale colla quale si miri a dare un diverso assetto alle relazioni fra l’attività del giudice e l’attività delle parti, rischia, se non è fatta in armonia col diritto sostanziale, di reagire su questo in modi imprevisi fino a costituire una indiretta riforma del diritto sostanziale, impensatamente effettuata attraverso il processo”.

²²⁶ CICU, Antonio (*El derecho de familia*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 60-614) anota que “la especie y cantidad de intereses que el Estado toma a su cuidado varía al variar las condiciones y concepciones sociales”. MOREIRA, José Carlos Barbosa (Duelo e processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219-220) acrescenta que “a situação do direito norte-americano ainda está distante de uma transformação radical, aliás pouco provável, se admitirmos que os rasgos básicos do seu ordenamento processual refletem valores fundamentais da sociedade americana, como o individualismo competitivo e a generalizada antipatia pela ingerência de órgãos estatais na vida dos cidadãos”.

²²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa (Duelo e processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218) pontua que “no caso específico dos Estados Unidos, e muito particularmente no dos Estados onde os juízes são eleitos pelo voto popular, há um fator a mais que provavelmente os estimula à autocomposição. É que a posição dos advogados – mais precisamente, do *bar* local – costuma influir no resultado da eleição. Os candidatos à magistratura têm interesse em obter o seu apoio. Ora, aos advogados decididamente não agradam os juízes propensos a interferir na cena de que, a seu ver, são e devem ser eles mesmos os protagonistas. Juiz muito ‘ativo’ é juiz que dificilmente poderá contar com o apoio da classe dos causídicos se vier a candidatar-se à reeleição. Contraprova disso é o fato de que juízes federais, nomeados segundo outro procedimento, em geral tendem mais a tomar iniciativas probatórias”.

No processo penal, a conduta do magistrado é mais ativa, pois a matéria nele tratada integra um ramo do direito público. E não podendo o processo ser visto como algo completamente independente do direito substancial, precisam juntos trilhar o caminho, figurando o processo como a expressão em movimento do direito material. Em outras palavras, ambos têm características comuns.

Fala-se, então, em inquisitorialidade, termo que se buscou associar a algo negativo, ao menos no processo penal. O comportamento ativo do magistrado, entretanto, não está limitado a tal espécie de processo, e em outros ramos, não é visto com maus olhos. No processo civil, principalmente em relação ao direito de família, não se questiona nem se critica o poder investigativo (ou a iniciativa probatória) do juiz. Para que seja nomeado curador a alguém, é indiferente que aqueles que atuam no processo postulem a realização de perícia médica. O juiz, para verificar se a pessoa é enferma, determina a produção da prova.

Isso se dá não (ou não apenas) porque os Códigos de Processo Civil estabelecem que o julgador, em processo em que se busca a nomeação de curador, assim proceda. O juiz atua com o objetivo de verificar a situação vivenciada pelos envolvidos no processo em razão de o direito substancial ser indisponível²²⁸. Por isso, não está condicionado à iniciativa das partes. Se estas, de comum acordo, se manifestam pela dispensa da prova pericial, o julgador ainda assim determina a sua produção.

No processo criminal, situação semelhante se verifica. O Direito Penal resguarda bens e interesses de maior relevância (como por exemplo a vida, a integridade física e psíquica, o patrimônio público e privado, etc.), de modo que a sua tutela não é relegada ao princípio dispositivo. Não são somente as partes do processo que produzem provas. O julgador, diante do direito substancial indisponível, toma iniciativa quando há inércia daqueles que ocupam os polos da relação processual²²⁹. Sua função é supletiva.

Perceba-se, por outro lado, que, se no processo é ventilada matéria relacionada exclusivamente a direito disponível, não faz sentido o juiz suprimir a ausência de iniciativa das

²²⁸ CALAMANDREI, Piero (Il processo inquisitorio e diritto civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 416) observa que a contraposição entre processo inquisitivo e dispositivo “com’è facile accorgersi, non è altro che la proiezione nel campo del processo della più vasta e generale distinzione, tanto dibattuta dalla dottrina, tra diritto pubblico e diritto privato”.

²²⁹ CALAMANDREI, Piero (Il processo inquisitorio e diritto civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 419) acrescenta que “parlare di un processo a tipo dispositivo per controversie su diritto indisponibili sarebbe infatti una contraddizione in termini”.

partes. Se, por exemplo, o demandante propõe demanda visando receber aluguéis inadimplidos e sequer demonstra a existência da relação locatícia, não cabe ao juiz tal prova. Isso porque a relação jurídica é de natureza privada.

Somente em países em que vigoraram regimes totalitários se cogitou a atuação de órgãos públicos em temas que integram classicamente o direito privado. Na União Soviética, o contrato entre particulares, inclusive de troca, tinha regulamentação semelhante ao de trabalho²³⁰, e com isso se viabilizava a atuação do Ministério Público em qualquer processo, a quem competia até mesmo propor ação visando o pagamento de dívida pecuniária nas hipóteses de comportamento omissivo do credor²³¹.

Em suma, quando o objeto da relação processual é afeta ao direito público, o papel do juiz será mais marcante, lhe incumbindo, em se constatando a ausência de atuação das partes, a prática de atos que visam a descoberta da verdade; em contrapartida, nas situações em que o interesse em jogo é meramente privado, vigorará o modelo dispositivo, competindo aos litigantes a propositura de provas e o impulso processual.

Por fim, é necessário sublinhar que aquilo que se está a sustentar é uma visão global, ou seja, não pormenorizada do fenômeno processual. Não há, ainda mais nos dias atuais, divisão estanque entre as espécies de processo, motivo pelo qual o que se verificará em cada um deles são apenas sinais de maior ou menor participação do juiz nos atos do processo²³².

²³⁰ RECHIZZI, Gabriele Crespi; SACCO, Rodolfo. La invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico. *Rivista di diritto civile*, Padova, v. 1, p. 176, 1979.

²³¹ CALAMANDREI, Piero. Il processo inquisitorio e diritto civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 421.

²³² Não compete ao juiz, nos processos cautelares, produzir provas de ofício. Quando muito, seria possível cogitar de atuação em tal sentido em casos em que se busca o sequestro de bens, pois há interesse público em que a pessoa não obtenha lucro com a prática de infrações penais.

4. AS FUNÇÕES DISTINTAS DAS CAUTELARES REAIS PREVISTAS NO CPP

O CPP, ao tratar do sequestro, do arresto e da especialização de hipoteca, alude genericamente às medidas assecuratórias. Tal denominação é empregada no título do Capítulo VI, e nisso o diploma brasileiro se mostra mais técnico que o italiano de 1930, na medida em que este se referia às garantias patrimoniais de execução (arts. 616 a 621), o que abria a possibilidade de se imaginar que tinham por objetivo exclusivo garantir o direito do lesado²³³.

As providências patrimoniais que podem ser adotadas visam assegurar, além da indenização devida em decorrência do dano ocasionado pelo crime, o pagamento das despesas processuais e da pena pecuniária. Garantem, ainda, o perdimento dos bens, e nesse caso o objetivo é impedir que o indivíduo obtenha lucro com a prática de crime²³⁴. São quatro, portanto, as funções.

O diploma processual, entretanto, falha quanto à clareza, e isso permite que o intérprete adote entendimento diverso. Logo é necessária a leitura atenta dos dispositivos para se chegar à conclusão mencionada. O art. 133, *caput*, do CPP estabelece que os bens cujo perdimento for decretado serão leiloados. O § 1º, por sua vez, estatui que o dinheiro arrecadado será direcionado ao lesado, ao terceiro de boa-fé e aos cofres públicos.

A alusão a cofres público, sem qualquer outro complemento, não permite que se enxergue nitidamente duas funções, a saber: pagamento das despesas decorrentes do processo e pena pecuniária. Tanto as custas quanto a multa penal são recolhidas em prol do Estado, e, portanto, aos cofres públicos.

²³³ AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 7) observa que diversos autores, ao comentarem o Código de 1930, entendiam que as medidas visavam garantir apenas os interesses civis, e não os patrimoniais, que são mais abrangentes.

²³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 331. De sua parte, ROSA, Borges da (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 227) diz que “as medidas assecuratórias têm em vista: 1.º) o ressarcimento do dano oriundo do fato criminoso; 2.º) as despesas processuais; 3.º) as penas pecuniárias”. Mencione-se, ainda, que, de acordo com GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 34), “no Código de Processo Penal, são previstas medidas destinadas a assegurar o resultado útil de eventual decisão condenatória transitada em julgado, no que tange ao efeito automático de tornar certa a obrigação de reparar o dano e ao efeito de perdimento de proveito da infração”.

É no art. 140 que está a previsão de que o valor, obtido em virtude da prévia incidência da medida assecuratória²³⁵, será utilizado para quitar as despesas processuais e a sanção pecuniária. A redação do dispositivo, contudo, peca pela ausência de precisão. Lá consta que as garantias do ressarcimento do dano servirão para pagamento de tais despesas. Não é exatamente isso o que ocorre, porém.

A providência assecuratória pode incidir com mais de uma finalidade; eventualmente, é possível que em um primeiro momento vise determinado fim, e posteriormente se estenda a outro. O lesado, por exemplo, postula o arresto de bens do acusado, e o montante obtido com a venda é suficiente para suportar a indenização devida por conta do dano causado e o pagamento de citadas despesas.

Perceba-se que até aqui não se especificou quais medidas cautelares são empregadas para que sejam alcançadas as finalidades mencionadas. A alusão geral a providências assecuratórias é proposital, pois neste momento a intenção é deixar claro que, diferentemente do que se pode imaginar, o caráter patrimonial não se liga exclusivamente aos aspectos civis (e mais especificamente à indenização devida em decorrência) do crime.

Nisso, portanto, o leque das cautelares reais é mais amplo que a ação de conhecimento extrapenal que pode tramitar em conexão com a demanda criminal e que visa reparar o dano. Com esta, se busca tão só o direito do lesado; com aquela, também outros interesses. Daí se vê que a sentença penal (seja ela condenatória, absolutória ou declaratória de extinção da punibilidade) não trata somente de temas exclusivamente criminais.

Cabe, na sequência, verificar cada uma das funções das medidas assecuratórias. Mais adiante, serão apontados os desdobramentos decorrentes do tratamento dado pelo CPP às cautelares reais. Assim, será possível descobrir a natureza jurídica de cada uma delas; e disso surgem consequências importantes, como a titularidade de quem pode figurar como postulante.

4.1. AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PERDIMENTO

O art. 91, II, *a* e *b*, do CP estabelece o perdimento dos instrumentos do crime (se se trata de objetos cujo venda, detenção, uso e fabrico é ilícito)²³⁶, do produto e do proveito. Ressalva,

²³⁵ É necessário pontuar que somente o sequestro cumpre a função prevista no art. 140 do CPP. Vide item 5.1.3.

²³⁶ CARNELUTTI, Francesco (*Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, v. 1, p. 89) diz que, neste caso, a medida coercitiva é direta. E quando o confisco atinge o produto ou o proveito, ela é indireta.

porém, os interesses do lesado (e não do ofendido) e do terceiro de boa-fé. Nos termos da lei, mencionadas consequências são efeitos da condenação.

No primeiro caso (ou seja, em relação aos instrumentos do crime), o confisco ocorre mesmo quando não é proposta a ação penal ou em caso de absolvição²³⁷. Isso porque a coisa não pode ser portada, fabricada etc. É o que se verifica, por exemplo, no caso em que se apreende arma de fogo de uso proibido, mas não se apura quem é o proprietário, o que resulta no arquivamento do inquérito. O perdimento é apontado como espécie de medida de segurança de natureza patrimonial, com função preventiva²³⁸.

Nas outras duas situações (isto é, nas hipóteses de perda do produto e do proveito), tal como na hipótese anterior, não se pode dizer que há verdadeiramente sanção criminal²³⁹. Aqui, o que se constata é igualmente a presença de medida patrimonial, de natureza civil, que incide paralelamente à condenação ao cumprimento de pena²⁴⁰.

Perceba-se que apesar do caráter extrapenal, não há necessidade de propositura de ação cível em processo criminal para que incida. O perdimento ocorre mesmo na ausência de pedido expresso por parte do órgão acusador. O legislador pátrio foi feliz em dispor que a medida deflui da condenação ao cumprimento de pena. Porém não se pode perder de vista que precisa ser constatado o nexo entre a prática do ilícito e o proveito (ou produto). Além disso, o perdimento precisa estar expresso na decisão.

²³⁷ O CP, antes da reforma de 1984, dispunha (art. 100) que “O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito”.

²³⁸ HUNGRIA, Néelson (*Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 3, p. 270-271) diz que, se há condenação, a medida tem “caráter penal ou repressivo”. Se não há condenação, “é exclusivamente preventivo, impondo-se, portanto, sua classificação entre as medidas de segurança”.

²³⁹ SILVESTRE, Raquel Cristina Rezende (*Perda de bens: efeito da sentença criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 33) diz que “é uma forma de sanção fundamentada no poder de império do Estado. No entanto, por não ser a perda de um interesse juridicamente protegido a consequência de sua aplicação, por ter o instrumento do crime como objeto e não refletir a gravidade da conduta ou a reprovabilidade do ato, apesar de ‘sanção’, não se trata de pena criminal, mas de sanção civil, que poderá vir em forma de efeito da sentença criminal ou como dispositivo de sentença em demanda civil”.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto (*Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 679) anota que o “confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação”. Em sentido diverso, ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique (*Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 821) sustentam se tratar de “efeitos puramente penais”.

Como decorrência da referida característica, a execução se opera no próprio juízo sentenciante, sem que haja necessidade de propositura de processo de execução. Vislumbra-se, então, a existência de um procedimento sincrético, de conhecimento e cumprimento²⁴¹.

Por outro lado, nada impede que o interessado, no caso o Estado, proponha ação cível objetivando a perda do instrumento, do produto ou do proveito do delito. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando, reconhecida a prescrição e declarada extinta a punibilidade, não é prolatada sentença condenatória. Em razão de não fluir o prazo prescricional cível até o trânsito em julgado da decisão no juízo criminal (art. 200 do CC), nada impede que seja buscado o perdimento em outra seara. A medida igualmente se mostra possível nas hipóteses não previstas pelo art. 65 do CPP e art. 935 do CC.

O que interessa, neste tópico, porém, é deixar claro que o perdimento não tem natureza penal. Trata-se de ato relacionado ao Direito Civil. O Estado busca o perdimento com o intuito de impedir que o indivíduo alcance vantagem patrimonial com a prática de crime (ou seja, não se deve admitir lucro advindo do ilícito) ou que detenha objeto ilícito (ex.: arma de fogo de uso proibido).

4.2. AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS

Proferida sentença condenatória, compete ao réu o pagamento das custas e demais despesas processuais (art. 804 do CPP). O credor, como regra, é o Estado, motivo pelo qual se fala em recolhimento aos cofres públicos.

Tal como ocorre em relação ao perdimento, no que toca às custas, não se verifica aqui a presença de interesse privado. Ao particular não é direcionado o valor devido a esse título. Na verdade, a verba é exigida e figura como taxa, que é uma das espécies de tributo.

²⁴¹ É curioso perceber que, quando das reformas de 2005 e 2006 do CPC/73, se acreditou que o sistema processual brasileiro estava a experimentar uma revolução. Já existia, há décadas, no processo penal, a previsão de execução nos próprios autos do processo de conhecimento.

Pode suceder, porém, que um perito particular seja nomeado (art. 159, § 1º, do CPP), e se houver remuneração, a verba estará abrangida nas chamadas despesas processuais. Mais especificamente, os honorários do experto integram o mencionado gasto²⁴².

Vê-se, portanto, que as custas são sempre relacionadas ao direito público – trata-se de matéria afeta ao Direito Tributário – e as despesas processuais, em razão de sua ampla abrangência, podem ter natureza diversa. Será de direito privado, por exemplo, no caso de honorários periciais.

A medida assecuratória eventualmente imposta, alcançará todas as verbas mencionadas neste tópico (art. 133, § 1º, e art. 140, ambos do CPP) e o produto da venda dos bens que garantem a execução (ou mesmo o dinheiro) será direcionado a quem tiver direito de receber.

4.3. AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA

O art. 32 do CP, em seus incisos, prevê as sanções criminais. São elas, as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa. Com caráter patrimonial, logo se aponta esta última, na medida em que consiste no pagamento de valor ao fundo penitenciário (art. 49, *caput*, do CP).

O art. 51 do mesmo diploma reforça tal entendimento, estatuidando que se trata de dívida de valor, a qual se submete às normas aplicáveis à Fazenda Pública²⁴³. Por conta disso é que se fala em recolhimento aos cofres públicos (art. 133, § 1º, do CPP). E para que não haja dúvida sobre o alcance das medidas assecuratórias, o art. 133, § 2º, do CPP, em consonância com o citado art. 49 do estatuto repressivo, alude ao fundo penitenciário.

Além da multa, outras penas têm caráter patrimonial. Entre as restritivas de direito, se destacam a prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) e a perda de bens e valores (art. 43, II, do CP). Nestas duas hipóteses, sistemática semelhante é aplicável. Consequentemente, também a elas se estende a medida cautelar real.

²⁴² TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 12) diz que “a expressão *despesas processuais* é mais ampla do que aquela outra, *custas*, usada pelo Código Civil, e envolve não apenas estas, mas quaisquer gastos exigidos pela atividade processual”.

²⁴³ O STJ (REsp 1.519.777/SP) havia firmado entendimento de que a multa havia perdido a natureza penal por ser prevista como dívida de valor. O STF (ADI 3.150/DF), no entanto, decidiu que a pena pecuniária tem natureza de sanção criminal.

Basta que o autor da ação penal, na peça inaugural, postule a condenação; não há necessidade de especificar qual sanção pretende ver aplicada em face daquele que ocupa o polo passivo. A multa está prevista em alguns tipos penais, podendo, portanto, incidir (isolada ou cumulativamente, a depender da previsão), competindo ao julgador a justificação. Há, ainda, a possibilidade (desde que cumpridos os requisitos legais) de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos (entre as quais a prestação pecuniária e a perda de bens e valores) e multa.

A sanção pecuniária, ainda que prevista como dívida de valor, não perde o caráter de pena. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei 3.914/41) estabelece ser crime a infração penal que a lei comina pena de detenção ou reclusão, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa.

4.4. AS MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA AO LESADO

É inquestionável que as medidas assecuratórias têm, como um de seus objetivos, proteger os interesses daquele que figura como lesado. O art. 133, § 1º, do CPP se refere a tal personagem (embora indevidamente o intitule de lesado); no mesmo diploma (art. 135, *caput*), alude-se ao valor da responsabilidade civil e às garantias do ressarcimento do dano (art. 140).

O lesado pode ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público. Em qualquer situação, as cautelares reais servirão para salvaguardar eventual direito à indenização, a ser reconhecida em sentença. Trata-se, portanto, de providência de viés patrimonial e que atende aos interesses de quem experimentou o prejuízo.

A regulamentação sobre a reparação do dano decorrente da prática de ilícito extracontratual está contida no Código Civil (art. 927 e segs.). Aplica-se tanto quando o lesado é um particular (ou seja, quando se trata de pessoa de direito privado) quanto na hipótese em que aquele que sofreu o prejuízo é um ente público. O mesmo estatuto disciplina a responsabilidade contratual, e nada impede que um ato configure crime e ilícito de tal natureza. É o que ocorre quando o depositário descumpra a sua obrigação e se apropria indebitamente do bem que lhe foi confiado.

Percebe-se, então, que mesmo podendo haver uma pessoa de direito público na relação jurídica, a matéria será regulamentada pelo direito privado. As providências assecuratórias

podem eventualmente servir para reparar o dano sofrido pela mesma pessoa a quem será, por exemplo, direcionado o valor das custas.

5. PECULIARIDADES DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NO CPP

O arresto e o sequestro estão expressamente disciplinados no CPP e encontram também regulamentação no CPC. Neste último diploma, em razão de o legislador ter optado por prever a chamada cautelar atípica, apenas aludiu de forma genérica às duas providências citadas (art. 301).

A diferença de tratamento estipulada nos códigos mencionados não se limita a esse aspecto. Enquanto o CPC estabelece que a medida serve exclusivamente para proteger o interesse de quem a pede, visando resguardá-lo do perigo de dano (art. 300, *caput*), o CPP amplia o campo de atuação, pois permite que outras pessoas se beneficiem com a cautelar.

Como desdobramento dessa diferença, nota-se que de um lado a regulamentação constante do CPC carece de previsão que autorize a concessão da cautelar sem manifestação expressa por parte do interessado²⁴⁴; de outro, o CPP contempla a ideia de que a vantagem trazida pelo provimento cautelar independe de requerimento específico por parte do beneficiado.

No tópico seguinte, para se explicar essa particularidade, tema que a doutrina nacional parece não abordar, se exporá a regulamentação dada pelo CPP sobre aquilo que se pode denominar efeito extensivo da medida assecuratória.

Mais adiante, e como consequência decorrente da regulamentação própria que é dada à matéria pela lei processual penal, serão rediscutidas as características que são apontadas como próprias da tutela cautelar.

5.1. EFICÁCIA EXTENSIVA

O art. 140 do CPP estabelece que as garantias obtidas para a reparação do dano ocasionado pelo delito alcançarão as despesas processuais e as penas pecuniárias. Em redação

²⁴⁴ ALVIM, Arruda (*Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 694) sustenta que “não há que se cogitar da concessão de tutela provisória independentemente de requerimento expresso do autor”. Admitindo a concessão *ex officio* em casos excepcionais, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 638.

não muito clara, o legislador disciplinou o efeito extensivo da medida assecuratória. Não há paralelos no CPC²⁴⁵.

Já não bastasse o apontado equívoco redacional, o diploma legal também não especificou qual das medidas pode ser estendida; optou por fazer constar no dispositivo em comento alusão genérica às chamadas garantias do ressarcimento. Assim agindo, tornou imprescindível verificar se o sequestro, a hipoteca e o arresto seguem a mesma sistemática.

Em linhas gerais, o arresto tem por função impedir que o devedor dilapide seu patrimônio e impeça que o credor nele encontre bens suficientes para satisfazer o crédito. O sequestro, diversamente, objetiva salvaguardar bem objeto de disputa entre as partes. A hipoteca, por fim, é uma garantia real, que confere ao beneficiário (no caso, o lesado) o direito de sequela em relação à coisa sobre a qual recai.

5.1.1. Sequestro

A se considerar a literalidade da norma mencionada (art. 140 do CPP), somente a hipoteca e o arresto admitiriam o efeito expansivo; o sequestro, não. Isso porque, enquanto as duas primeiras medidas figuram primordialmente como garantias ao ressarcimento do dano (arts. 134, 136 e 138 do CPP e art. 1.489, III, do CC), o sequestro tem por função (ao menos principal) assegurar o perdimento do produto e do proveito do delito (art. 125 do CPP e art. 91, II, do CP).

Entretanto o art. 133, § 1º, do CPP diz que, obtido dinheiro com a venda dos bens de origem ilícita do imputado, será dada preferência ao lesado e ao terceiro de boa-fé. Em outros termos, o lucro alcançado em virtude da prática do crime será em primeiro lugar direcionado a quem experimentou o dano. Se houver saldo, serão quitadas as custas, as despesas processuais e a pena pecuniária. O art. 133, § 2º, do CPP dita que o valor será direcionado ao Fundo Penitenciário Nacional. Por fim, o que sobrar será recolhido aos cofres da União (art. 91, II, do CP). Propriamente, apenas aqui se verifica a efetiva perda. Nas demais hipóteses, o que há é pagamento de dívida.

²⁴⁵ Na legislação estrangeira, é possível encontrar previsões semelhantes à brasileira. O art. 227º, 4, do CPP português, com a redação atual, decorrente da reforma de 21.12.21, prevê que “A caução económica prestada a requerimento do Ministério Público aproveita também ao lesado”.

O CPP, portanto, embora preveja determinada providência como o instrumento adequado para assegurar o perdimento, ao mesmo tempo prioriza o direito de outrem, principalmente do lesado, que na maioria dos casos será um particular. Não faria sentido eventual disposição que trouxesse regra diversa. Se todo o lucro ilícito fosse integralmente perdido, direcionando-o à União, o lesado poderia ficar sem nada receber, pois não são raras as hipóteses em que o patrimônio obtido pelo agente decorre do crime que praticou.

Diante do que ficou consignado, é fácil constatar que o sequestro pode aproveitar não apenas uma pessoa. Mais especificamente, no processo penal a providência aludida tem como favorecer o lesado e os credores da pena pecuniária (art. 133, § 2º, do CPP) e das verbas que integram as despesas decorrentes do processo (custas e demais verbas)²⁴⁶.

Há, no caso, uma ordem de preferência. Em primeiro lugar, resguardam-se os interesses do terceiro de boa-fé e do lesado²⁴⁷. Se a garantia for suficiente, o valor que excede a indenização devida será utilizado para saldar as outras verbas. O Código, entretanto, não prevê dentre estas qual se sobrepõe. Diante do silêncio da lei, se mostra razoável entender que, não existindo crédito suficiente para a quitação de ambas, reparte-se o montante em partes iguais.

Não há, na lei processual penal, crédito preferencial de segunda categoria. O que existe expresso é tão só a preferência ao lesado e ao terceiro de boa-fé, credores de primeira ordem. Ainda, diferentemente do que estatui o CPC (art. 908, § 2º), não se encontra previsão de que, em relação aos credores da mesma categoria, deve ser observada a anterioridade da medida.

Na verdade, mencionado critério de desempate parece contrariar a sistemática criada pelo CPP e que está consubstanciada na expansão dos efeitos da cautelar real. Se é verdade que o pedido feito por um favorece igualmente o outro, não teria sentido dar preferência a quem postulou em detrimento daquele que assim não agiu.

Ademais, caso se adotasse a teoria de que prevalece o direito de quem antes pediu, na hipótese em que a medida é concedida de ofício (para aqueles que a admitem), não haveria

²⁴⁶ A lei portuguesa contém regra semelhante. Nos termos do art. 130, 2, do CP, "...o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os instrumentos, produtos ou vantagens declarados perdidos a favor do Estado ao abrigo dos artigos 109.º a 111.º, incluindo o valor a estes correspondente ou a receita gerada pela venda dos mesmos". PINTO, António Augusto Tolda (*A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 495), sobre o tema, anota que "a caução económica prestada a requerimento do Ministério Público aproveita também ao lesado".

²⁴⁷ Sobre as preferências e privilégios creditórios no campo civil, vide arts. 955 a 965 do CC.

como incidir a solução. Restaria, então, a equiparação. Mas, com isso, haveria quebra na lógica do sistema, fazendo com que fosse imprescindível a existência de modelos paralelos.

Em suma, se há credores de igual categoria, reparte-se o valor arrecadado em proporções idênticas. Caso entre os credores exista quem figure como lesado (ou terceiro de boa-fé), ele prefere aos que recebem a pena pecuniária e as despesas processuais. Existindo diversos lesados (e/ou terceiros de boa-fé), divide-se o montante igualmente.

A ideia de dar preferência ao lesado e ao terceiro de boa-fé em detrimento do Estado (credor das outras verbas) parece ter se inspirado nas teorias criadas pela Escola Positiva²⁴⁸, que, entre outras propostas, apresentou aquela que equipara a natureza do dano privado ao dano público, e, conseqüentemente, tem a reparação do prejuízo como espécie de sanção²⁴⁹.

O Código brasileiro, ademais, foi influenciado pela legislação italiana, a qual desde o diploma de 1865 dispõe sobre o efeito expansivo da hipoteca legal, estatuinto que ela beneficia todos os credores. O estatuto de 1913 igualmente a regulamentou²⁵⁰.

Há, porém, uma diferença relevante entre a lei pátria e a peninsular. Esta, e no que aqui interessa o Código de 1930, regulamentou a hipoteca legal e o sequestro conservativo²⁵¹ (que se assemelha ao arresto); o Código brasileiro, diferentemente, desde sempre tratou da hipoteca, do sequestro e do arresto. Inicialmente, o CPP não mencionava nominalmente esta última medida: chamava-a incorretamente também de sequestro. Mas, apesar da nomenclatura indevida, o fato é que disciplinava as três espécies de providência²⁵². Em razão da alteração operada pela Lei 11.435/06, passou a constar a denominação correta, arresto.

Por conta dessa particularidade do modelo brasileiro, se fez necessário demonstrar que no sequestro propriamente dito se aplica o efeito expansivo da cautelar real.

No mais, cabe notar que, em relação aos credores (da indenização devida pelo dano, da pena pecuniária e das despesas processuais, inclusive custas), o sequestro tem a mesma função

²⁴⁸ GAROFALO, Raffaele. *A reparação às vítimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1899, p. 17.

²⁴⁹ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 560-561.

²⁵⁰ AMODIO, Ennio. *Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 15-16.

²⁵¹ BELLAVISTA, Girolamo (*Lezioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 300) diz que “le garanzie patrimoniali di esecuzione sono costituite dalla ipoteca legale e dal sequestro (penale) conservativo”.

²⁵² TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 12) afirma que, “nos arts. 136 e 137, o Código de Processo Penal usa a expressão sequestro para designar dois casos típicos de arresto”.

do arresto: serve para garantir eventual execução de crédito em pecúnia. Assim, ainda que seja decretado de ofício ou a pedido do Ministério Público, ou ainda em consequência de representação da autoridade policial, os primeiros beneficiários são o lesado e o terceiro de boa-fé; na sequência, estarão resguardados os interesses dos demais credores.

5.1.2. Hipoteca legal

A hipoteca é conferida ao ofendido (ou aos seus herdeiros) e recai sobre imóveis (art. 1.489, III, do CC). Na legislação civil atual, não há previsão de que a garantia é conferida também à Fazenda para assegurar pagamento de pena pecuniária e despesas processuais, como fazia o Código de 1916 (art. 827, VII).

A supressão da Fazenda como beneficiária leva ao entendimento de que a garantia não se estende para além da pessoa do lesado. A corroborar tal entendimento, é de se pontuar que, nos termos do art. 135, § 4º, do CPP, o registro da hipoteca não alcançará todos os bens, mas somente aqueles suficientes para garantir o pagamento da indenização.

Ainda, diferentemente do que se verifica em relação à sistemática do sequestro, existe previsão de que, no concurso de registros hipotecários, adota-se o critério cronológico, beneficiando-se aquele que em primeiro lugar procedeu ao ato (art. 1.493 do CC). Por isso, aliás, não há como entender que o pedido feito por um credor beneficia o outro.

Mesmo na situação em que o valor obtido com a venda do bem objeto da hipoteca é suficiente para quitar a indenização e as demais despesas, a garantia citada não se estende a outras pessoas. Aos direitos reais aplica-se o princípio da taxatividade. Logo não há a possibilidade de criação de garantias por extensão. Na Itália, até a entrada em vigor do CPP de 1988, havia previsão de hipoteca legal em favor do Estado (art. 189 do CP)²⁵³.

Se a hipoteca beneficia exclusivamente o lesado, não podendo ter seus efeitos ampliados em prol de terceiros, a iniciativa (ou seja, a legitimidade ativa) é exclusiva de mencionado indivíduo (ou de seus herdeiros). Não cabe ao juiz atuar de ofício.

²⁵³ É por tal razão que AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 17) tinha como dizer que “tra titolari di interessi patrimoniali con qualità di parte (parte civile) o rappresentati nel processo penale (Stato), questa forma di tutela impedisce che un creditore possa avvantaggiarsi dell’intempestività di un altro assicurandosi la prelazione mediante iscrizione ipotecaria o sequestro conservativo”. Ademais, o art. 191 do CP, que trata da ordem dos créditos assegurados com hipoteca e arresto (sequestro conservativo), prevê que a indenização devida ao lesado deve ser paga antes das despesas processuais e pena pecuniária.

No que toca ao sequestro, a adoção do critério cronológico seria prejudicial ao lesado. O Estado, como regra, toma conhecimento da existência da persecução penal antes do lesado, e por isso pode agir em primeiro lugar²⁵⁴. Na hipoteca, em razão de somente poder ser pleiteada pelo lesado, a questão não se suscita; havendo mais de uma pessoa que revele a mesma categoria, todas estão em pé de igualdade.

5.1.3. Arresto

O arresto pode ser prévio ao registro da hipoteca, e serve para garantir que ele se efetive (art. 136 do CPP); há, outrossim, previsão de arresto de bens móveis (art. 137 do CPP), mas como a mencionada garantia real recai sobre imóveis, não se segue a hipoteca. Em ambas as hipóteses, o ponto comum é a função de assegurar o direito do lesado.

O art. 136 do CPP é silente quanto a quem postula a medida. Mas se ela objetiva impedir que o imputado arruíne seu patrimônio e obste a hipoteca que se segue, conclui-se que legitimado a buscar a constrição é o lesado. Ademais, trata-se daquele a favor do qual foi prevista a garantia real (art. 1.489, III, do CC).

Nos termos do art. 140 do CPP, as garantias para ressarcimento do dano (dentre as quais está o arresto) alcançam (ou melhor, se estendem) as despesas processuais e as penas pecuniárias. Da mencionada previsão, se poderia concluir que ao menos o arresto de bens móveis serviria para garantir a execução de todas as obrigações decorrentes da prática do ilícito e da condenação criminal.

Ocorre que o art. 137, *caput*, do mesmo diploma prevê que o arresto de móveis será dado nos termos em que é permitida a hipoteca legal de imóveis, e essa, vale a insistência, ampara somente o lesado. Dentro do mesmo Código, e mais especificamente no mesmo Capítulo, se verifica uma antinomia. É necessário resolvê-la.

A análise histórica parece dar a solução. O CC/16 estipulava a garantia real ao lesado e à Fazenda Pública (art. 827, VII). Neste último caso, justamente para que fosse garantido o pagamento da pena pecuniária e das custas, ou seja, das verbas aludidas no art. 140 do CPP. As

²⁵⁴ AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 17) diz que “data l’impossibilità materiale dei privati di venire a conoscenza del processo prima degli organi statuali, un sistema in cui se fosse sancita l’efficacia autonoma delle singole garanzie patrimoniale avrebbe comportato quasi automaticamente un diritto di prelazione in favore degli interessi dello Stato, a vantaggio dei quali sarebbe potuta intervenire tempestivamente l’iniziativa del pubblico ministero”.

previsões (da lei material e processual) eram harmônicas. Portanto, até a entrada em vigor do CC/02, a citada regra do estatuto processual era aplicável.

A partir do momento em que deixou de existir hipoteca legal em favor da Fazenda, não mais se fez possível estender a garantia em seu favor, mesmo se tratando de arresto de móveis. Isso porque o art. 137 do CPP somente autoriza a constrição de tal espécie de bens quando é permitida a hipoteca de imóveis.

O CPP traça, portanto, um paralelo: a hipoteca e o arresto são possíveis para a mesma finalidade, e quem a dita é a hipoteca. Se mencionada garantia atende somente aos interesses do lesado, a outra não poderá beneficiar terceiros. Conclui-se, portanto, que o arresto, em qualquer de suas hipóteses, não tem o condão de ampliar os seus efeitos para além da categoria de quem está autorizado a pedi-lo.

Se um lesado postula o arresto, não parece viável estender os efeitos da medida em benefício de outro credor. A sistemática aplicável à hipoteca legal é essa. Como o arresto é providência que lhe está atrelada, não há razão seguir outra linha. Em relação ao mencionado direito real de garantia, incide o princípio da prioridade (ou prelação)²⁵⁵, que confere preferência a quem primeiro requereu.

5.2. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Existe discussão se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos²⁵⁶, pressupostos²⁵⁷ ou condições²⁵⁸ das medidas cautelares. Mostra-se possível, aliás, sustentar que, enquanto o primeiro (a probabilidade do direito alegado) figura como pressuposto, o segundo (o risco de dano) se mostra como requisito.

O tema e o debate que há ao seu entorno, para fins conceituais, é interessante. Sucede que, independentemente da nomenclatura adotada, se consegue identificar o objeto. Intitulando

²⁵⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510 – Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 1595.

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 72. No mesmo sentido: ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil* (arts. 796 a 889). Rio de Janeiro: Aide, 1981, v. 8, p. 56.

²⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 4, p. 33.

²⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1980, p. 162

de requisito, condição ou pressuposto, não se nota diferença prática. O que importa é o conteúdo, e não o rótulo.

Cabe, então, inicialmente verificar no que consistem as duas figuras e, mais adiante, perquirir se há casos em que se mostra dispensável a comprovação de um deles. Na parte inicial deste trabalho, consignou-se apenas a visão da doutrina clássica a respeito do tema.

5.2.1. Fumus boni iuris

O *fumus boni iuris* pode ser conceituado como o elemento indicativo da razão daquele que se beneficia da medida cautelar. A expressão latina é esclarecedora, na medida em que passa ideia de que o sinal representa a possível existência de algo. Não por acaso, se costuma falar, no jargão popular, que: onde há fumaça, há fogo.

Evidenciada a existência do sinal, que retrata a probabilidade de que o direito alegado existe, se tem por satisfeito o pressuposto. Com isso, aliás, fica evidenciada a sua natureza de elemento antecedente; daí, então, a adoção de tal nomenclatura. Se não está demonstrado o provável direito, não se questiona se ele está em risco.

Para a sua análise, deve ser levado em conta o direito material. O que tem de ser verificado é se o beneficiário da medida demonstra ter razão²⁵⁹. No que aqui interessa, se faz imprescindível, em suma, a demonstração de que provavelmente os bens a serem atingidos pelo sequestro foram adquiridos com o fruto do ilícito²⁶⁰. A outra hipótese (arresto) diz respeito ao provável direito do lesado ao recebimento de indenização em decorrência do dano experimentado por conta da infração.

A análise que se faz é superficial, não se exigindo a demonstração plena. Ou seja, basta a aparência. Por conta disso, em razão da urgência, não se pode exigir do interessado a entrega em juízo de elementos que provem de forma total e incontestável o direito²⁶¹.

²⁵⁹ Na doutrina francesa, se diz que “faut-il que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou soit justifiée par l’existence d’un différend (CADIET, Loïc ; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006, p. 410).

²⁶⁰ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 365) anota que “o acusado que adquire um imóvel logo depois da prática de um furto ou roubo, não é encontrada em seu poder toda a importância subtraída, a quantia que falta corresponde exatamente ao preço pago pela aquisição do imóvel e o comprador não dispunha de recursos para a compra; tudo leva a crer que o imóvel tivesse sido adquirido com o produto do crime”.

²⁶¹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*: (Arts. 24 a 154). Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, t. 2, p. 348-349.

Não teria, ademais, como ser diferente. Se a consequência é a conservação, inexistente motivo para cobrar do beneficiário do provimento o mesmo rigor que se exige para que seja imposta a medida mais grave. Nota-se, então, proporcionalidade entre requisito e consequência.

Quando o resultado corresponde a algo grave, o que se verifica tanto no perdimento quanto na expropriação do bem penhorado, é natural que se exija do demandante provas bastantes, isto é, que tragam alta probabilidade de a alegação corresponder à verdade. Ademais, em situações como as mencionadas, se permite ao interessado o emprego dos mais variados meios de prova.

Se se trata de provimento de viés conservativo, cuja consequência é a retirada provisória de parcela dos poderes inerentes à propriedade, o ônus imposto ao demandante é a demonstração daquilo que se afirma em menor grau de probabilidade. A urgência, vale a insistência, não permite que provas de diversas espécies sejam produzidas²⁶².

Existe, pois, uma escala. À medida que a consequência prevista em lei é mais severa, na mesma proporção sobe o grau de exigência probatória. Quando se está diante de provimentos extrapenais de cunho patrimonial, exige-se nível relativamente reduzido de prova²⁶³.

5.2.1.1. Sequestro

Além da análise no plano ideal, compete apreciar as disposições legais específicas. Assim agindo, se faz possível constatar se a previsão atende ou não aos preceitos teóricos, bem como quais são os específicos ônus impostos ao interessado para ter concedida a medida cautelar.

O art. 127 do CPP, ao prever que o sequestro pode ser deferido em momento prévio à propositura da ação penal, rebaixa a exigência probatória, levando o intérprete ao entendimento de que elementos menos rígidos são suficientes para a constrição de bens. O art. 131, I, reforça

²⁶² TARUFFO, Michele (Il procedimento cautelare in generale. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. 2, p. 15), ao tratar dos requisitos das cautelares, observa: “da un lato, si *afferma* come <verosimile> e <probabile> l’esistenza del diritto cautelato, alla luce degli elementi di prova disponibili *prima facie* (è il c.d. *fumus boni iuris*)”.

²⁶³ Não se tratando de ciência exata, parece difícil aplicar ao Direito o critério de probabilidade estatística ou quantitativa. Poder-se-ia cogitar, porém, de probabilidade lógica. Conforme anota TARUFFO, Michele (*A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32), “esse enfoque não usa graus numéricos de probabilidade e tampouco oferece medidas quantitativas exatas do peso da prova. Entretanto, a teoria da probabilidade lógica (ou da <*evidence and inference*>, como por vezes é rotulada) parece ser muito mais eficiente como uma interpretação analítica da prova judicial”.

a ideia, na medida em que estabelece prazo de sessenta dias para oferecimento da inicial acusatória.

Durante mencionado intervalo, como é de se esperar, são realizadas diligências com o escopo de formar um conjunto mais coeso para amparar o ajuizamento da ação. Se até dois meses antes se permite o sequestro, isso quer significar que a medida pode ser deferida diante de elementos que representam menos do que a justa causa para a ação penal (art. 395, III, do CPP).

Não se exige sequer apuração da autoria da infração. O art. 126 do CPP alude a indícios veementes de proveniência ilícita do bem²⁶⁴. Vale dizer, a norma não cobra elementos que apontem o responsável pelo fato. Não por outra razão, o sequestro pode atingir aquilo que já foi transferido a terceiro (art. 125 do CPP).

É dispensada, portanto, para a imposição da constrição, a presença de elementos que apontem a autoria da infração. Se se constata que um ilícito foi praticado e que, do lucro obtido, foram adquiridos bens, todos ficam sujeitos ao sequestro. Idêntica sistemática é aplicável se um imóvel é o produto direto da infração. Demonstrada a probabilidade de que a vantagem financeira (representada em objetos corpóreos) é fruto de ato contrário ao direito, está atendido o pressuposto legal.

Não se há de estranhar o fato de que o pressuposto para a concessão da medida não corresponda imediatamente ao direito daquele que a postula. O lesado, um dos legitimados a pleitear o sequestro, não tem propriamente interesse na imposição de perda de bens em detrimento do imputado. Visa apenas à não dilapidação do patrimônio, para que consiga, no futuro, proceder à execução do julgado que fixa a indenização.

Como visto, o sequestro, para a figura mencionada, funciona como arresto, dada a expansão dos efeitos. Mas aqui, cabe insistir, não se vislumbra a correlação entre o pressuposto

²⁶⁴ GREVI, Vittorio; CERESA-GASTALDO, Massimo (Misure cautelari. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 9. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2019, p. 477), comentando a figura do sequestro preventivo, previsto no CPP italiano de 1988, pontuam que “sul **pressuposto**, peraltro implícito nel testo normativo, che sia stata anzitutto accertata la sussistenza di elementi idonei a suffragare la configurabilità in concreto della **fattispecie di reato** ipotizzata (c.d. *fumus delecti*, inteso in senso oggettivo), mentre **non** è richiesta, al riguardo, la sussistenza di gravi **indizi di colpevolezza** a carico di un soggetto indagato o imputato” (grifo dos autores).

e o direito protegido. Não precisa o lesado provar, por exemplo, a ocorrência de dano e sua extensão; demonstra apenas que os bens provavelmente são provenientes de ilícito²⁶⁵.

5.2.1.2. Hipoteca legal

A hipoteca legal não tem natureza cautelar²⁶⁶. Consequentemente, a sua incidência independe da presença dos elementos típicos da mencionada espécie de tutela. Mas, ainda que assim seja, é certo que não há aplicação automática da garantia.

O CC (art. 1.489, III) confere hipoteca em favor do ofendido (ou aos seus herdeiros) sobre os imóveis do imputado. A garantia visa satisfazer eventual indenização a ser fixada futuramente em prol daquele que experimentou dano. Na própria regra de direito material, portanto, já constam os parâmetros de sua incidência.

É intuitivo, então, que para se operar a garantia, precisa ficar demonstrada a existência de infração penal e a autoria. Como a matéria tem natureza cível (ou seja, trata dos desdobramentos patrimoniais decorrentes do delito) e é de direito disponível, não se cobra prova plena, vale dizer, aquela que é indispensável para a condenação criminal²⁶⁷. Basta a presença de elementos que sustentem a probabilidade a respeito daquilo que se afirma existir.

Assim, se o demandado (apontado como autor da infração penal) é cientificado a respeito da pretensão do lesado e não se opõe, opera-se o efeito da revelia, presumindo-se verdadeiro o que foi afirmado na peça processual onde se postula o registro da garantia. É claro que o juiz não está obrigado a aceitar o que não se mostra plausível²⁶⁸. Em tais situações, pode determinar que o interessado na constituição da hipoteca produza alguma prova.

²⁶⁵ Descompasso semelhante há na legislação espanhola, e a doutrina se manifesta no sentido de que isso é uma característica das cautelares reais aplicáveis no âmbito do processo penal (ARGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 29-30).

²⁶⁶ Além do que já foi dito no item 3.1.2., acrescenta-se que POLASTRI, Marcellus (*A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154) igualmente sustenta que “a hipoteca legal não é medida cautelar”. Em sentido diverso, BETTIOL, Giuseppe (*Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v. 3, p. 238) sustenta que “os procedimentos cautelares são a hipoteca legal, o sequestro conservativo mobiliário e a caução”.

²⁶⁷ TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 39) diz que “o juiz é que não mandará inscrever se não houver certeza da infração. Esta certeza é a do fato, é a da infração enquanto fato. Não é preciso que o juiz esteja convicto da culpa (*lato sensu*). Isto é matéria para a sentença”.

²⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 1, p. 464) pontua que “o simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui. Se a postulação do autor não vier acompanhada do mínimo de prova que a lastreie,

Teria sido melhor se o legislador houvesse optado por empregar termo diverso de delinquente²⁶⁹. A pessoa somente pode ser assim considerada quando a decisão penal condenatória transita em julgado. Entende-se, porém, que a lei quis deixar claro que a hipoteca recai sobre bens do autor do ilícito, não atingindo aqueles de propriedade do responsável civil.

O CPP (art. 134), ao prever o procedimento de especialização e registro da hipoteca, aludindo inclusive a requisitos, nada mais faz do que transportar para o âmbito da lei adjetiva aquilo que está previsto na lei material. A norma legal em comento, portanto, sequer precisaria existir. E seria melhor que não existisse. Ela, com outras palavras, repete o que consta do Código Civil.

Na verdade, em virtude da redação pouco precisa do dispositivo, algumas dúvidas surgem e, sobre o tema, há debate doutrinário. Ao aludir, na mesma oração, tanto ao indiciado quanto ao processo, a lei fez com que intérpretes²⁷⁰ imaginassem que a medida somente pode incidir depois da apresentação da peça inicial acusatória. Não parece, contudo, ser essa a melhor solução.

Se a garantia é real, tendo claramente natureza de direito substancial, é lá (no CC) que estão estabelecidos os requisitos. Tanto é assim que, postulada a medida no âmbito da justiça cível, não se cogita cobrar do demandante a demonstração de que, na esfera criminal, já foi oferecida denúncia ou queixa²⁷¹.

No CPC atual não consta procedimento específico para que seja operacionalizada a hipoteca legal. E ninguém parece defender a tese de que a ausência tornou letra morta o art.

não se poderá dispensar o autor de provar o que alega pelo simples fato da revelia. A revelia não é fato com dons mágicos”.

²⁶⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 43-44.

²⁷⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 133. No mesmo sentido: NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 73.

²⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury (*Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 786) afirma que “a hipoteca legal poderá ser requerida no curso da investigação preliminar em qualquer fase do processo de conhecimento. O art. 134 do CPP, na confusão que faz ao mencionar ‘indiciado’ e ‘em qualquer fase do processo’, sinaliza a possibilidade de a medida incidir antes mesmo de iniciado o processo criminal (e com mais razão, após seu início)”. OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli (*Curso de processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 310) acrescenta que “a simples referência a indícios de autoria e certeza da infração indica que a medida poderá ser tomada mesmo antes da ação penal, pois, uma vez recebida a denúncia ou queixa, a existência de indícios já estaria implícita”.

1.489 do CC. O interessado em seu registro se vale do procedimento ordinário, e para alcançar o objetivo tem de atender ao que é cobrado pela norma de direito material.

Antigamente, sob a égide do CPC/39, existia procedimento próprio para especialização e inscrição das hipotecas legais (arts. 697 a 703). O CPC/73 igualmente regulamentou a matéria (arts. 1.205 a 1.210). Atualmente (CPC/15), não há mais: não se justifica a existência de previsões com tal conteúdo.

Em suma, está o lesado (ou seus herdeiros) autorizado a postular a especialização e o registro da hipoteca no juízo cível ou no juízo criminal. Em ambos os casos, terá de se atentar aos requisitos legais previstos no art. 1.489 do CC.

Se não há demonstração de que houve infração à lei e quem foi o autor, não se constata a adequação do ocorrido a *fattispecie*. Poder-se-ia dizer que nisso consistiria o *fumus boni iuris*. Recomenda-se, porém, reservar o termo para emprego exclusivo do tema cautelar²⁷².

5.2.1.3. Arresto

No que toca ao arresto, o CPP é silente quanto ao momento a partir do qual pode ser pedido. Mas se o procedimento da especialização da hipoteca, para parte da doutrina²⁷³, somente tem como ser instaurado depois do início do processo (art. 134), conseqüentemente, em oportunidade prévia, tem de ser conferida alguma ferramenta para que o interessado consiga fazer valer o seu direito de registrar a garantia real aludida.

Não fosse assim, nenhuma utilidade teria a norma que confere o chamado arresto prévio (art. 136 do CPP). A redação do dispositivo não é clara. De todo modo, se ali se diz que há o prazo de quinze dias para que seja iniciado o procedimento de especialização da hipoteca, conclui-se que a medida cautelar tem como ser deferida quando ainda em trâmite as investigações.

²⁷² Em reforço à tese de que a especialização e registro de hipoteca legal não tem natureza cautelar, percebe-se que, sob a égide do CPC/73, a matéria não estava disposta no Livro III, que regulamentava o processo cautelar.

²⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1284.

Ademais, se o sequestro também pode ser postulado antes do início da ação penal pelo lesado, medida que, no seu caso, tem a função de arresto, não faria sentido, para esta última providência, ser exigida a propositura da demanda criminal.

O Código é silente também quanto ao pressuposto para deferimento da constrição em debate. Ou seja, a lei nada fala especificamente sobre o *fumus boni iuris*. Mas se é certo que a hipoteca legal é garantia em prol do lesado, amparando-o em seu direito de ser indenizado, conclui-se que, para ver deferida a medida, o interessado tem de demonstrar, em primeiro lugar, o dano experimentado e sua extensão.

Outra exigência seria a prova de que o titular dos bens que sofrerão o arresto é a pessoa que praticou o ilícito que ocasionou o dano. Não há como pretender a constrição daquilo que pertence a quem não parece ser o autor da infração. Não basta, portanto, a mera existência de procedimento de investigação criminal. É indispensável a presença de elementos que apontem para a autoria.

Nisso, portanto, se vislumbra uma diferença entre sequestro e arresto. Para a concessão da outra medida, o que mais importa é a comprovação da origem ilícita da coisa. No arresto, diferentemente, releva conhecer o efetivo titular.

Isso se dá em razão da própria característica de tal espécie de medida. O arresto alcança o patrimônio lícito do provável causador do dano, reservando-o para fazer frente às despesas decorrentes da prática do ilícito. Exige-se, pois, que o titular dos bens seja quem infringiu a regra legal.

Não é só a lei brasileira que é omissa quanto à indicação do pressuposto para a concessão da cautelar em comento. O CPP italiano de 1930 também nada dispunha sobre o tema (art. 617). Não parece suficiente, apesar disso, que para que se reconheça o preenchimento da condição baste a mera instauração do procedimento investigativo²⁷⁴. É imprescindível, como visto, a existência de indícios de autoria²⁷⁵.

²⁷⁴ DINNACI, Ugo (*Contributo allo studio del sequestro conservativo nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 26), diferentemente, afirma que para o “sequestro conservativo o per l’ipoteca legale è necessario, a nostro parere, soltanto l’inizio del <procedimento>”.

²⁷⁵ CANDIAN, Alberto (*Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 123) sustenta que “il fatto però che si tratti di una misura diretta ad assicurare il soddisfacimento (con prelazione) di crediti derivanti da reato importa che il presupposto dell’apparenza del diritto si identifica con la apparenza da pretesa punitiva”.

5.2.1.4. Cautelar inominada

Uma vez aceita a existência de cautelares inominadas, o pressuposto que tem de ser demonstrado para que se viabilize a concessão da medida não pode ser minuciosamente ditado pela lei. A norma precisa se valer de termos jurídicos indeterminados, pois assim são abrangidas as mais variadas hipóteses. É isso o que faz atualmente a legislação processual civil brasileira.

O CPC/15, ao inovar em relação ao diploma anterior, não contando com o Livro sobre cautelares, tratou do tema de maneira diversa daquela existente. Sob único título, disciplinou a tutela de urgência, que se subdivide em cautelar e antecipatória.

No que aqui interessa, ou seja, em relação ao *fumus boni iuris*, o art. 300, *caput*, do citado diploma estatui que a tutela será concedida se houver elementos que demonstrem a probabilidade do direito. É isso o quanto basta.

No CPP, como é possível notar, não há norma expressa com semelhante teor. Impera em tal diploma a ausência de sistematização²⁷⁶. Ainda assim, não se pode afastar a existência do poder geral de cautela. Se não se exclui da apreciação do Judiciário a lesão ou a ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), está autorizada a postulação de medida cautelar inominada²⁷⁷.

Se o provimento de tal natureza serve para resguardar provável direito do perigo de dano, não é a ausência de previsão específica na legislação ordinária que obstará o indivíduo de fazer valer o seu interesse.

Se há um legítimo interesse em risco, é indispensável que seja colocado à disposição do indivíduo mecanismo para a sua proteção. O Estado não se limita a garantir, por intermédio do

²⁷⁶ A inexistência de regulamentação idônea sobre o tema cautelares não é apenas brasileira. PISANI, Andrea Proto (La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generali. In: *Il foro italiano: studi sulla riforma del processo civile*. Roma: Foro italiano, 1991, p. 57) anota que, até a reforma do CPC operada no início da década de 1990, “la disciplina dei procedimenti cautelari era caratterizzata da una situazione che non è eccessivo qualificare di vero e proprio caos normativo”. E isso porque “la situazione del nostro diritto positivo era caratterizzata dal proliferare di modelli procedurali diversi, quasi sempre dalla disciplina estremamente lacunosa e come tale bisognosa di difficili integrazioni a livello ermeneutico”.

²⁷⁷ CHAINAIS, Cécile (*La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 33) anota que “le droit à une protection juridictionnelle provisoire émerge sous la dépendance d’un impératif plus large à l’égard duquel il prend sens, celui d’une protection juridictionnelle générale; de façon corollaire, il s’exprime en opposition avec un interdit, celui du déni de justice. Le pouvoir juridictionnel provisoire dérive ainsi des pouvoirs classiques du juge”.

Judiciário, a declaração do direito. Ele tem de resguardá-lo para que se consiga que, quando necessário, seja efetivado, executado²⁷⁸.

Por isso, ainda que não conste da legislação processual penal pátria dispositivo semelhante ao encontrado no CPC, não parece correto entender que o interessado esteja impedido de fazer atuar a proteção jurisdicional.

Poderá, então, pleitear a medida assecuratória inominada, e para tanto terá que demonstrar em Juízo a probabilidade do direito que afirma possuir. Ou seja, terá que apresentar elementos que corroborem a sua alegação. É nisso, genericamente, que consiste o *fumus boni iuris*.

5.2.2. Periculum in mora

Adotado o entendimento segundo o qual existe direito material de segurança, se torna mais fácil constatar se estão presentes os elementos que justificam a cautelar. Não é necessário olhar para o processo e ver se há risco ao seu resultado útil, tal como prevê o art. 300, *caput*, do CPC. O que importa é se há perigo de dano ao direito material do interessado na medida.

O que tem de ser verificado é se, não adotada nenhuma providência em face do demandado, a situação fática vivenciada não será alterada a ponto de prejudicar aquele que é o titular do provável direito. Em termos práticos, tem de ser analisado se a não retirada imediata da disponibilidade dos bens que estão em posse da pessoa que é alvo da medida não redundará em prejuízo irreparável ou de difícil reparação àquele que a postula.

Falar em demora do decurso do processo como elemento estático sempre presente e responsável pela ocorrência de danos pouco ajuda na resolução das situações concretas. Ademais, para implementação de qualquer medida cautelar, soa estranho uma condição (*fumus boni iuris*) estar ligada ao direito material e a outra ao direito processual (*periculum in mora*).

A providência assecuratória incide se fica demonstrado, no plano substancial, que o postulante (ou beneficiário) é o provável titular do direito que está em risco em razão de conduta a ser levada a efeito pelo demandado. Independentemente do trâmite processual, seja ele

²⁷⁸ DIANA, Agostino (*Le misure conservativa interinali*. Torino: Fratelli Bocca, 1909, p. 3) observa que “lo Stato non si preoccupa soltanto della dichiarazione del diritto, ma il suo compito giurisdizionale (che ivi si manifesta più che mai nel suo aspetto di compito pure politico) si esaurisce solo con la *piena ed effettiva* attuazione del medesimo”.

sumário (ou mesmo sumariíssimo) e receba a maior celeridade que o juiz possa atribuí-lo, quando se constata o perigo, este não está atrelado (ao menos primordialmente) ao processo. O interessado tem de se valer do Judiciário (e conseqüentemente do processo), pois não pode fazer justiça pelas próprias mãos.

Se, hipoteticamente, fosse atribuído a outro órgão o poder de impor comandos ou ordens, aquele que percebesse que o seu interesse estava em risco lhe pediria a atuação. Portanto, quando se diz que o *periculum in mora* é requisito puramente processual, a impressão é que se está a olhar somente uma das facetas do fenômeno jurídico – e a menos importante.

É necessário, na seqüência, verificar como a legislação brasileira disciplinou o requisito em comento no CPP.

5.2.2.1. Sequestro

Os dispositivos que tratam do sequestro parecem não se referir ao *periculum in mora*. Da leitura deles, não se constata, ao menos de maneira expressa, a exigência de sua presença para que seja concedida a medida. Diante disso, surgem algumas alternativas: entender que o requisito, independentemente de menção específica, tem de ser demonstrado, pois doutrinariamente só se pode falar em medida cautelar diante de sua presença; concluir que a lei presume o perigo; localizar no texto legal o requisito e constatar que não é obrigatória demonstração de ocultação ou dilapidação.

Para a primeira corrente²⁷⁹, não basta que tenha ocorrido a conversão do produto direto do ilícito em indireto. É indispensável a demonstração, com fundamento em dados concretos, de que existe o risco de os bens suscetíveis de sequestro serem ocultados, desviados etc.

Assim, se não se constata que o indivíduo está na iminência de se desfazer do bem, ou, em suma, não se vislumbra risco ao provável direito que será futuramente declarado em sentença, não se defere a constrição em comento.

²⁷⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorárias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 50.

É de se perceber, porém, que no Brasil são sequestráveis, como regra, os proventos do ilícito, ou seja, o produto indireto da infração²⁸⁰. Para os bens de origem lícita, aplica-se o arresto. A conversão do lucro imediato em coisa diversa é sinal de que aquele que obteve a vantagem indevida está a ocultá-la, e isso justifica a sua tomada. Quem realiza a troca de uma coisa por outra dificulta a descoberta do que é fruto do crime. Trata-se, portanto, de manobra adotada pelo provável autor da infração para impedir a incidência concreta das consequências legais²⁸¹.

O agente que subtrai uma joia e a permuta em outro bem cria embaraços para que seja descoberto no que consistiu o lucro ilícito. Logo, se não se procede ao sequestro, possibilita-se a prática de sucessivas permutas, tornando posteriormente inviável a decretação da perda. O mesmo se dá quando o bem é consumido ou convertido em pecúnia.

Nisso está, portanto, o requisito. O perigo da demora se consubstancia no fato de que a transformação do produto direto da infração em coisa diversa acarreta risco de dano. É por tal motivo, aliás, que a medida, como visto²⁸², tem como ser imposta antes mesmo de ser descoberta a autoria e independentemente da constatação segura de que se está diante de crime (ou contravenção), sendo bastante a demonstração de que houve a prática de ato contrário ao direito.

É difícil descobrir no que consiste o provento do ilícito. Por conta de tal circunstância, recomenda-se que o quanto antes seja imposta a constrição. A fácil transformação do produto direto em proveito evidencia o risco, vale dizer, o *periculum in mora*.

Poder-se-ia, eventualmente, falar que o legislador brasileiro presumiu a presença do risco da demora²⁸³. E se assim tivesse agido, nenhum problema haveria. Não é a lei que tem de

²⁸⁰ Não custa lembrar, com TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 17), que, no sequestro, “os bens são ou foram do indiciado, mas adquiridos e pagos com algo obtido criminosamente”.

²⁸¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 418.

²⁸² Vide item 5.2.1.1.

²⁸³ ARGÜENA FANEGO, Coral (*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 59), em análise ao sistema espanhol, diz que “en el sistema procesal penal, el <periculum in mora> constituye un principio informador de las medidas cautelares reales, aún cuando se presenta ciertamente con las importantes peculiaridades que acabamos de señalar. No se precisa su alegación y demostración, como sucede en el proceso civil, sino que el peligro está presente en la intención del legislador al regular las medidas cautelares. Así ha considerado que el mero transcurso de tiempo necesario para que se llegue a resolución definitiva, se presume ocasión de peligro suficiente para que deban ser adoptadas medidas cautelares con el fin de hacer posible la efectividad práctica de la futura resolución final”. Tal teoria precisa ser adotada em mencionada nação, pois a lei processual vigente prevê (art. 589) que o arresto (lá denominado embargo) tem

se submeter às criações doutrinárias; é a doutrina que tem de ser criada com base na lei. Ademais, diferentemente do que ocorre em relação ao *fumus boni iuris*, que figura como pressuposto, o *periculum in mora* é requisito. Como consequência, enquanto no primeiro caso a presença é condição indissociável, no segundo, não. Pode haver presunção ou, o que dá no mesmo, dispensa de comprovação de sua presença.

A diferença entre uma figura (pressuposto) e outra (requisito) permite que, no plano lógico, seja possível compreender a existência de cautelar sem demonstração do perigo. Por outro lado, não é palpável (e tampouco razoável falar em) incidência de um direito que não se mostra existente e nem mesmo provável.

O CPP pátrio, porém, diferentemente de leis estrangeiras, aludiu, ainda que implicitamente, ao requisito em apreço. Cobra do interessado a demonstração de que houve a conversão do produto direto em indireto²⁸⁴. Por isso, não se faz necessário entender que a lei presume o preenchimento. Demonstrado que o bem visado é provento, sequestra-se.

Nesse passo, aliás, cabe ponderar que não se exige prova plena da mencionada conversão. A urgência impede que se faça demonstração minuciosa da origem ilícita. Basta, portanto, a entrega de elementos que apontem para a probabilidade de que a coisa representa o lucro espúrio.

Não se pode perder de vista, no mais, que a medida acarreta apenas a retirada da disponibilidade sobre o bem. Em outros termos, não se opera o perdimento antecipado. Trata-se, isso sim, de providência de baixa intensidade, o que reforça a ideia de que é dispensada a prova plena.

O CP foi reformado (Lei 13.964/19), e passou a permitir, além disso, que o perdimento recaia sobre bens que não configuram exatamente o produto ou proveito. A medida está autorizada na hipótese em que não se consegue localizar aquilo que representa o lucro do ilícito; igualmente se faz possível a constrição de bem diverso, se a coisa inicialmente visada se encontra no exterior (art. 91, § 1º).

cabimento diante da mera ocorrência de crime, quando não é prestada fiança em valor suficiente para assegurar as responsabilidades pecuniárias. No Brasil, o regramento é diverso, e está previsto o requisito do *fumus boni iuris*.

²⁸⁴ Se se trata de imóvel, que pode ser sequestrado independentemente de ser produto indireto (ou seja, não se cobra a conversão), há presunção.

A previsão, que será comentada mais adiante²⁸⁵, surgiu para não tornar letra morta a medida de perdimento. Muitos crimes envolvem a prática de diversos atos, e não é possível descobrir exatamente aquilo que retrata a vantagem indevida²⁸⁶.

Insista-se: o legislador pode presumir o requisito. É o que ocorre na lei espanhola²⁸⁷. Basta a existência de indícios de criminalidade contra alguém para que se cobre a fiança (ou se sequestre bens) com intuito de resguardar o direito do lesado (art. 589 da LECrim). A lei, outrossim, pode prever situação específica como requisito, ainda que seja simples a demonstração. Nessa linha, seguiu o CPP brasileiro. Nada impede, por fim, que se estipule que o risco de dano deva ser demonstrado de acordo com cada situação específica. No que toca ao sequestro, o interessado precisaria apresentar elementos que demonstram não apenas a conversão do produto direto em indireto, como também o risco de estes serem ocultados, consumidos etc.

Há, como se nota, diversos graus de cobrança. O que aqui se propõe é a adoção do nível intermediário. Não só em razão de o texto legal permitir tal interpretação, mas também pelo fato de, na cautelar, não ser possível cobrar do interessado a demonstração plena do direito.

A corrente aqui sustentada, ademais, se mostra compatível com a consequência legal. Explica-se. Com o sequestro, não se extingue o eventual direito daquele que sofreu a constrição. Há, pode-se dizer, suspensão. Por isso, para a sua imposição, demanda-se menos que comprovação plena.

O sequestro, como já visto²⁸⁸, tem efeito expansivo (art. 133, § 1º, do CP), e o primeiro, na ordem de preferência, é o lesado. São protegidos, ainda, os interesses do terceiro de boa-fé e, por fim, os fazendários. Por tal razão, é que se diz que, em prol do lesado, o sequestro se assemelha ao arresto.

Todavia é de se notar que a mencionada peculiaridade não interfere naquilo que é exigido como requisito para a concessão da constrição. O arresto objetiva proteger o provável

²⁸⁵ Vide item 8.

²⁸⁶ O sequestro existe, nos moldes previstos no CPP, pois o legislador brasileiro deu importância para o bem que representa o lucro. Se não houvesse tal preocupação, bastaria a previsão de arresto.

²⁸⁷ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo (*Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, v. 2, p. 308-309), comentando a lei argentina, também não se referem a requisito específico para a imposição da medida cautelar, bastando a existência de elementos que apontem para a responsabilidade criminal.

²⁸⁸ Vide item 5.1.

credor dos danos oriundos do comportamento ativo do apontado devedor, que visa frustrar a eventual e futura execução por quantia certa arruinando o seu patrimônio.

É por isso, a propósito, que se diz que a medida incide quando há elementos que comprovem o temor de que não haverá bens suficientes para garantir o pagamento da dívida. Isso, porém, nenhuma interferência causa quanto ao requisito para a concessão do sequestro. Ou seja, a medida pode ter efeito de arresto, e provavelmente na prática terá, pois o lesado é o primeiro na ordem de preferência, mas mesmo assim não se cobrará a demonstração do *periculum in mora* típico dessa última espécie de constrição.

Com isso se nota que o lesado pode obter o arresto (ou mais propriamente os seus efeitos) sem que atenda aos requisitos próprios dessa medida. Isso porque um dos legitimados a postular o sequestro é o lesado (art. 127 do CPP). Para a situação em comento, porém, o demandante terá de apresentar elementos que indiquem que houve a conversão do produto em proveito.

Abrem-se, então, alternativas (que nem sempre, nos casos concretos, se farão presente) ao lesado. Para ter seus interesses patrimoniais assegurados, pode optar por se valer diretamente do arresto. Terá, nesse caso, de atender aos requisitos próprios de tal medida. Pode, diferentemente, escolher a via do sequestro, e assim, embora esteja dispensado da prova do risco de infrutuosidade da execução, precisará levar a juízo provas que apontem que o produto direto do ilícito foi convertido em indireto.

É a situação específica que tem de ser analisada para se saber qual é a via menos tortuosa para o lesado. Vale dizer, não é possível de antemão saber qual é o caminho mais apropriado para que tal figura tenha seus interesses protegidos.

5.2.2.2. Hipoteca legal

Não figurando a hipoteca como medida cautelar, não há como exigir, para a sua incidência, o *periculum in mora*. Independentemente da existência de risco de dano, a inscrição da garantia real pode ser pleiteada. Perceba-se, a propósito, que o art. 1.489 do CC não se refere ao mencionado requisito.

A omissão é igualmente constatada no CPP. O art. 134 é silente quanto à presença do perigo. Não teria como ser diferente. Se o dispositivo, conforme visto²⁸⁹, nada mais faz do que repetir no âmbito da legislação adjetiva aquilo que é disciplinado pela norma de direito material, não teria como criar um requisito.

Se se constata que o imputado está a adotar comportamento que prejudica os interesses do lesado, o que ocorre, por exemplo, quando pretende ceder a terceiro imóvel de sua propriedade, e que seria alvo da especialização da hipoteca, a medida cabível é o arresto prévio.

Tanto assim que o art. 136 do CPP alude a tal figura, estatuidando que a constrição pode ser imposta de início, o que quer significar que incide antes de ser realizado registro da mencionada garantia real. Decretado o arresto, perante o arrestante a cessão do bem a terceiro não surte efeito.

O perigo de dano, portanto, abre espaço à incidência da medida cautelar. Não se cogita, por exemplo, de antecipação de registro de hipoteca. Consequentemente, o procedimento para que se efetive a garantia real não sofre alterações. Todos os passos previstos nos arts. 134 e 135 do CPP precisam ser seguidos.

É importante notar que, embora a medida prevista em lei para garantir o sucesso do registro da hipoteca seja o arresto, vê-se que ela visa atingir bem específico, ou seja, um ou mais imóveis do imputado.

Constata-se, desse modo, o descompasso entre a previsão legal e aquilo que se entende doutrinariamente por arresto. O provimento com referida natureza, conforme conceituam os autores²⁹⁰, visa atingir coisas indeterminadas. É por intermédio do sequestro que se busca colocar a salvo o bem objeto de disputa.

No que aqui interessa, vale a insistência, retira-se do titular do domínio um dos poderes inerentes à propriedade, e assim agindo se resguarda um ou mais imóveis específicos. Há, portanto, entre lesado e imputado, disputa sobre a coisa.

²⁸⁹ Vide item 3.1.2.

²⁹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*História e prática do arresto ou embargo*. São Paulo: Saraiva, 1929, p. 63) anota que, “no sequestro, tem-se por fito a incolumidade da coisa até que se decida a causa principal, para que não sejam prejudicados os direitos dos interessados. No arresto, não se determinam os bens; são quaisquer e onde se encontrem, para que se não subtraia à futura execução o patrimônio necessário à solução da dívida”.

Os variados empregos que uma medida cautelar pode ter no processo penal demonstram que, na verdade, não há efetivamente aquilo que se chama de medidas nominadas. As funções de cada qual dos provimentos (sequestro e arresto) listados no CPP são diversas, ora servindo para atingir bem determinado, ora para incidir sobre coisas não previamente especificadas²⁹¹. De nominado, portanto, com o perdão do trocadilho, só há o nome. O arresto, em algumas situações, faz as vezes do sequestro, e este funciona no lugar daquele.

Insista-se, portanto, na tese de que há, não só no âmbito do processo civil, mas também no penal, o poder geral de cautela. A medida incide quando se constata o aparente direito do demandante e o perigo de dano. Pouco importa a nomenclatura que se queira atribuir ao provimento. Adotam-se os citados nomes por tradição. A cautelar não fica em compartimento fechado; incide para proteger o direito daquele que demonstra tê-lo.

De forma derradeira, cabe discutir neste tópico a ideia de que, tendo a lei somente permitido o registro da hipoteca (art. 134 do CPP), e não obrigado a prática de tal ato, criou para o interessado na efetivação da garantia o ônus de provar o *periculum in mora*.

Como se vê do dispositivo citado, a inscrição se dá em qualquer fase do processo, e há ainda entendimento de que a medida teria como ser postulada desde a fase de investigações. Isso então, segundo parte da doutrina, revelaria que, tal como nas cautelares, seria cobrada do interessado a demonstração das condições que lhe são próprias²⁹². Ou seja, teria o demandante o ônus de demonstrar que pleiteou o registro em razão do temor de dano.

É de se ponderar, porém, que a não obrigatoriedade do registro não muda a natureza do instituto. De acordo com a previsão do CC (art. 1.489), em todas as hipóteses em que se concede a garantia, o que há é faculdade em prol do beneficiário. O dispositivo mencionado fala em conferir hipoteca, e tal vocábulo traz a ideia de faculdade.

²⁹¹ SCAGLIONI, Alfredo (*Il sequestro nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 39), aludindo ao *sequestro giudiziario* e ao *sequestro conservativo*, diz que “tali qualifiche, del tutto estranee alle tradizioni giuridiche italiane, nate sotto l’influenza del diritto francese, sono quanto mai improprie e inesatte ed hanno un valore e un significato puramente convenzionali. Se badiamo, infatti, alla funzione delle due misure cautelari, il sequestro giudiziario non è meno <conservativo> di quello a cui tale termine si riserva”.

²⁹² AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 53-54) diz que “se tale facoltà [de postular o registro em diversas fases] sussiste, si deve ritenere che essa sia concessa al fine di rendere possibili l’attuazione della misura cautelare in ogni momento in cui venga a profilarsi l’esigenza di scongiurare nuove circostanze capaci di infirmare la garanzia dei crediti da reato”.

No mais, não se pode perder de vista que, diferentemente do que ocorria na Itália quando em vigor o CPP de 1930, a legislação brasileira não retira do maior interessado o poder de postular a concessão da medida. Vale dizer, o lesado detém a legitimidade para requerer a especialização e a inscrição da hipoteca.

Se ao lesado cabe pleitear a medida, e é ele que dela se beneficia, não faria sentido obrigá-lo a agir. É por isso que o CPP, na esteira do CC, traz a autorização, e não o dever. Se o interessado prefere não se submeter ao procedimento específico previsto para tanto, sua opção prevalece. Se, pelo contrário, entende ser o caso, a postulará. E nessa hipótese não precisará demonstrar o perigo de dano em razão de a garantia não ser espécie de cautelar.

Pode ocorrer que o lesado somente no curso do processo, em fase mais avançada, entenda que haja a necessidade do registro da garantia. Pode, inclusive, somente em tal momento se animar a deduzir o pedido, e isso independentemente de qualquer constatação de perigo. Exemplo da primeira situação seria aquela em que o dano, que inicialmente acreditava existir, era de extensão menor do que aquele efetivo. Se isso se verifica, é dada ao lesado a faculdade de se socorrer da garantia real.

A autorização prevista na lei (art. 134 do CPP), e que tem como destinatário principal o lesado, acaba por beneficiar o próprio imputado. Como se trata de faculdade, poucos são, na prática, os pedidos de registro de hipoteca. Se se entendesse que a garantia incidisse sempre, *ope legis*, aquele que figura como o provável autor da infração estaria sempre sujeito a ter seus bens atingidos pela hipoteca.

Perceba-se, ainda, que, se há o chamado arresto prévio, estranho seria a medida subsequente (ou seja, o registro da hipoteca) ter a mesma natureza. A constrição anterior se opera quando há o risco de dano. Logo, sendo este estancado com a sua incidência, caso a garantia real cobrasse do interessado nova e diversa demonstração de temor de prejuízo, não teria como ser decretada. Do contrário, de nada valeria o arresto.

As disposições constantes do CPP pátrio deixam claro, portanto, que a hipoteca legal não é medida cautelar. Por conseguinte, a sua inscrição independe da demonstração, por parte do interessado, da presença das condições próprias das cautelares²⁹³.

5.2.2.3. Arresto

De acordo com o regramento dado pelo CPP, o arresto pode ser imposto quando presentes duas situações: uma principal (art. 136) e outra subsidiária (art. 137). De maneira principal, a constrição se dá antes do término da especialização e registro de hipoteca, que ocorrem em um procedimento lento, que exige a prática de diversos atos, inclusive de quem não participa do processo.

Na visão da doutrina clássica²⁹⁴, a lentidão processual, aliada à constatação de conduta que coloque em risco a efetividade do provimento judicial, permite a constrição. A intenção é que se consiga, ao final, obter o resultado prático através do manejo do mecanismo criado para que se faça valer a citada garantia real.

Diversamente, para a teoria aqui seguida, o arresto tem cabimento se se constata, com base em dados concretos, que o demandado está a atuar de maneira a prejudicar o provável direito do autor. Com intuito de impedir a ocorrência de dano, o bem torna-se alvo de constrição.

O requisito cobrado, portanto, não tem natureza puramente processual, como se poderia imaginar. Não basta alegar a natural lentidão decorrente da sequência de atos que precisam ser levados a efeito para se ter por justificada a concessão da medida. Não se trata de requisito estático, que sempre se faz presente, vale dizer, que é preenchido independentemente da presença de qualquer ato por parte daquele que tem seus bens atingidos.

Tanto no sequestro quanto no arresto é indispensável que o indivíduo faça algo potencialmente lesivo. Para a primeira situação, como visto anteriormente²⁹⁵, é imprescindível

²⁹³ Também não parece prosperar, para sustentar a necessidade de demonstração do *periculum* na hipoteca, a tese de AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 55), no sentido de que a caução substitutiva da citada garantia real é cabível para eliminar o temor de dano, tratando-se de alternativa às medidas cautelares. A caução (art. 135, § 6º, do CPP) tem por função manter a garantia em prol do lesado, e não dificultar eventual interesse do imputado na comercialização do imóvel objeto da hipoteca. Embora não seja ilícita a venda de bem hipotecado, certamente seu valor de mercado é significativamente menor, pois o adquirente se submete ao direito de seqüela que é conferido ao credor hipotecário.

²⁹⁴ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1982, p. 39-40

²⁹⁵ Vide item 5.2.2.1.

que ele converta o produto do ilícito em provento. No arresto, precisa ficar demonstrada a intenção de se desfazer do bem.

Se assim não se entende, o que parece haver é presunção. A mera demora, conseqüentemente, imporá o arresto. Logo, não precisaria ficar demonstrado que a pessoa que sofrerá a constrição está a agir com intuito de ocultar bens. O art. 136 do CPP, ao dizer que a medida pode ser decretada de início, deixaria o interessado livre da prova de ato que concretamente justificaria a imposição da medida.

Tal interpretação, entretanto, não pode ser aceita, pois além de descaracterizar a natureza das medidas cautelares, faz com que o juiz atue sem nenhum poder de análise. Portanto é de se ter presente que o arresto prévio demanda a demonstração do risco de dano.

A dificuldade que se pode constatar na prática diz respeito à imposição da outra espécie de arresto. Isso porque, tendo o CPP feito a divisão da medida em principal e subsidiária, exigiu do lesado a prova de fato negativo. Se apenas tem cabimento a constrição de móveis nas hipóteses em que o imputado não tem imóveis ou os tem em valor insuficiente (art. 137), isso quer significar que cabe ao lesado a demonstração inicial da insuficiência de bens de raiz.

Ocorre que é praticamente impossível o interessado obter, em curto espaço de tempo, certidões negativas de todos os Registros de Imóveis do país, ou o que é pior: provar que eventual imóvel de propriedade do imputado é insuficiente para garantir futura indenização.

Enquanto o interessado colhe tais documentos, o imputado está livre para se desfazer ou ocultar tudo o que tem, inclusive dinheiro, que poderia ser bloqueado via BacenJud. Se a sistemática do CPP já não se justificava na época de sua promulgação, atualmente não se pode cobrar a demonstração de tais fatos, sob pena de tornar o direito do lesado letra morta²⁹⁶.

Para que seja deferido o arresto subsidiário, deve-se aceitar, em não sendo constatada evidente má-fé, a eventual afirmação do lesado no sentido de que o imputado não tem imóveis

²⁹⁶ Apesar disso, se lê na Exposição de Motivos do CPP a seguinte passagem: “O projeto não descuro de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (sequestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil) antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei.”.

ou os tem em valor insuficiente. Assim agindo, e havendo prova de ocultação ou dilapidação do patrimônio, será possível a constrição de móveis.

Nos dias atuais, em que transações bancárias são realizadas em questões de segundos, não se pode pretender que o interessado junte previamente aos autos certidões de todas as unidades extrajudiciais do país²⁹⁷. Isso porque, enquanto não aportam aos autos os mencionados documentos, nada impede que o agente venda tudo o que tem, inclusive os seus imóveis.

O arresto tem de ser deferido, portanto, quando há algum sinal de que o patrimônio do responsável pela indenização está a sofrer dolosas alterações que afetam o interesse do lesado. Esse é o requisito universal para a concessão da medida em questão.

Por fim, pontue-se a título de esclarecimento que, se o arresto é prévio ao registro da hipoteca, somente são suscetíveis de constrição os bens imóveis. Isso porque a mencionada garantia legal, por expressa disposição legal (art. 1.489, III, do CC), somente a eles alude. Em outros termos, inexistente a hipoteca de móveis.

Por conta disso, não teria sentido (nem seria lícito) arrestar, em havendo imóvel suscetível de constrição, em um primeiro momento, bem diverso daquele que é objeto da garantia tida como hierarquicamente superior. Se o CPP dá preferência à hipoteca, o que pode ser previamente arrestado é justamente o bem que, na sequência, será alvo do registro de tal garantia. Somente se não houver bem de tal natureza é que se faz possível a constrição de móveis.

5.2.2.4. Cautelar inominada

Já se defendeu, linhas atrás²⁹⁸, a possibilidade de concessão de medidas cautelares inominadas. Explicou-se, ademais, que, no âmbito do processo penal, não haveria margem para

²⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 309) diz que “não existe, no Brasil, um cadastro nacional de proprietários de bens imóveis. Aliás, é duvidoso que um cadastro desse gênero, mais ou menos completo, exista no nível estadual. Logo, 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 absurda. 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”.

²⁹⁸ Vide item 3.2.

a criação de figuras muito diversas daquelas expressamente mencionadas no CPP. Isso porque o que se busca é sempre a proteção de interesses civis de cunho patrimonial.

A principal medida seria, portanto, o arresto. Diga-se: o arresto que doutrinariamente se tem como medida cautelar que visa resguardar o interesse daquele que demonstra possuir direito ao recebimento de indenização.

Para esse provimento, o que tem de ser demonstrado é o risco de dano concreto ao direito material, mais especificamente, o direito ao ressarcimento. A sua comprovação se faz com a entrega de elementos que indicam que aquele que é apontado como devedor está arruinando o seu patrimônio, ou seja, tornando-se insolvente.

Em algumas situações, é verdade, não terá o interessado como provar que o imputado retirou dinheiro de sua conta ou que ocultou alguns de seus bens. Basta, então, que se demonstre que o indivíduo está a adotar comportamento que indica a intenção de frustrar a futura execução²⁹⁹.

A constrição atinge qualquer espécie de bens. Vale dizer, inexistente espaço para questionar se primeiro são arrestados imóveis ou móveis. O que se objetiva é retirar do suposto devedor a disponibilidade daquilo que se afigura como suficiente para fazer frente ao pagamento da condenação por perdas e danos.

Não teria, aliás, como ser diferente. Se o que se objetiva é garantir a execução por quantia certa, pouco importa o que sofrerá a constrição³⁰⁰. Desde que a coisa tenha como ser alienada e convertida em pecúnia, se faz possível o arresto. Ou seja, é irrelevante o bem em si. O credor não tem interesse em algum objeto específico. Pretende apenas receber, em dinheiro, aquilo que lhe é devido.

Na Itália, desde a entrada em vigor do CPP atual (art. 316), o sequestro conservativo pode ser imposto quando há fundada razão para se considerar que falem ou se dispersem as

²⁹⁹ Desde as Ordenações Filipinas (5º Livro, Título CXXVI), se o imputado se ausentava ou atuava para devassar seus bens, se sujeitava a vê-los sequestrados.

³⁰⁰ Na verdade, poderia haver uma cautelar única, que serviria para impedir o lucro ilícito e para garantir o direito do lesado, além do pagamento das penas pecuniárias, custas e despesas processuais. Essa mesma medida poderia ter como outra finalidade evitar que o agente obtenha lucro em decorrência do cometimento de infração penal.

garantias das obrigações civis derivadas do crime³⁰¹. É nisso que se consubstancia o *periculum in mora*³⁰².

No Brasil, não há motivo para adotar sistemática diversa. Se o ilícito penal é igualmente ilícito civil, o que precisa ser verificado é se a conduta específica causou dano (ou gerou lucro). Na hipótese positiva, idênticos meios devem ser colocados à disposição do lesado para conseguir ter atendido o seu interesse.

Se no juízo cível o lesado pode buscar a proteção dos seus interesses, tendo que demonstrar, além da probabilidade do direito alegado, o perigo de dano (art. 300, *caput*, do CPC), mas não a existência de bens dessa ou daquela natureza, não faz sentido, no campo penal, ser adotada outra sistemática.

Veja-se como, na Itália, há uma simetria entre as disposições. Enquanto o art. 316, 2, do CPP³⁰³ diz que o sequestro conservativo é deferido quando há fundada razão para considerar que falem ou se dispersem as garantias das obrigações civis decorrentes do crime, o art. 617 do CPC³⁰⁴ estabelece que a mesma providência tem cabimento quando há fundado temor de perda da garantia do crédito.

5.3. SEQUESTRO DE BENS DE ORIGEM NÃO ESCLARECIDAMENTE CRIMINOSA

O CPP, ao mencionar aquilo que é indispensável para que seja deferido o sequestro, alude somente aos indícios veementes de que os bens tenham origem ilícita (art. 126). A lei nacional, portanto, ao menos em sua literalidade, se contenta com a demonstração de que o bem sequestrável é fruto de ilícito, isto é, que provenha de ato não amparado pelo direito. Sequer exige que o ilícito seja penal. Esse, aliás, é o ponto que tem de ser questionado.

³⁰¹ Não se pode, porém, deixar de mencionar que o CP italiano, antes mesmo da entrada em vigor do CPP atual, já dispunha no art. 189 que, “Se vi è fondata ragione di temere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni per le quali è ammessa l’ipoteca legale, può essere ordinato il sequestro dei beni mobili dell’imputato”.

³⁰² Escrevendo antes da reforma de 2018, CORDERO, Franco (*Procedura penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 560), anota: “l’art. 316, commi 1 e 2, li definisce con una formula attinta all’art. 189: <se è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie>; chiamiamolo “periculum in mora”.

³⁰³ “Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell’imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto dal comma 1”.

³⁰⁴ “Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento”.

Se o sequestro em tela é manejado no âmbito da justiça criminal, em um primeiro momento, pode parecer desarrazoada a interpretação de que a origem espúria não seja a infração penal. É certo que tanto no caso de crime quanto no de contravenção a constrição se justifica, pois ambas as figuras são espécies de ilícito. O que chama a atenção é a possibilidade de arrecadação de bens fruto de violação de norma extrapenal.

O sequestro pode ser deferido antes mesmo de oferecida a peça inicial acusatória, ou seja, a medida tem cabimento quando em trâmite as investigações. É indiferente que, durante esta fase, não se tenha certeza da natureza exata do ilícito, se civil ou criminal. A lei, no caso, autoriza a constrição quando há indícios da proveniência ilícita, seja lá de que espécie for.

Se, ao final do inquérito, se concluir que não houve infração penal, mas ilícito civil, operar-se-á o arquivamento. O lesado, beneficiário do sequestro em razão da expansão dos efeitos da medida, poderá, então, postular a remessa ao juízo cível, onde proporá a demanda reparatória. Perceba-se, a propósito, que, à vista das hipóteses elencadas no art. 131 do CPP, não há previsão de levantamento do sequestro quando se verifica o arquivamento.

Não parece razoável entender que o próprio lesado tem legitimidade para postular a medida (art. 127 do CPP), mas está impedido de postular a remessa para o juízo cível quando se verifica a inviabilidade da propositura da ação penal. Se há, e isso é exigência legal, elementos que apontem a origem ilícita da coisa, não pode a mencionada figura ser prejudicada e, em contrapartida, o suposto autor do ilícito ser beneficiado.

Se com o arquivamento não se permite que o interessado na constrição a mantenha em outro juízo, cria-se a possibilidade real para que aquele que teve seus bens sequestrados na esfera penal deles se desfaça, inviabilizando a futura execução cível. O credor da verba indenizatória, em situação como a mencionada, restaria prejudicado em decorrência de ato, ou seja, o arquivamento, ao qual não deu causa.

Não parece que o legislador, ao aludir à figura do ilícito (art. 126 do CPP), tenha se equivocado quanto ao seu emprego, querendo, com o citado termo, se referir a crime (delito ou contravenção penal). O texto do art. 130, I, que trata de hipóteses de cabimento de embargos, sintomaticamente, mais uma vez se omitiu quanto à natureza do ilícito. No dispositivo, menciona-se tão só a infração, deixando de qualificá-la.

Quando a lei quer indicar a natureza do ilícito, o faz de maneira expressa. Isso é constatado, por exemplo, no art. 180, *caput*, do CP. O delito de receptação somente se configura quando o agente pratica qualquer das condutas previstas no tipo e tem ciência de que o bem é produto de crime anterior.

Se o sequestro e o arresto podem ser deferidos no juízo cível com o objetivo de resguardar os interesses daquele que figura como prejudicado pela conduta *contra legem* praticada por outrem, não se perquirindo a sua natureza (civil ou criminal), atitude que, se fosse exigida, a depender da situação concreta, poderia demandar a análise demorada das circunstâncias, não faz sentido no juízo penal se cobrar tal demonstração.

Se, como visto, o marco inicial para deferimento do sequestro é o inquérito, e para que este seja inaugurado basta a existência elementos que levam a crer que algum crime foi praticado³⁰⁵, é isso o que deve ser exigido para que a referida medida cautelar seja autorizada. Se, ao final das investigações, se conclui que a conduta não passou de ato que viola norma extrapenal, deve-se facultar ao interessado na constrição a remessa ao juízo cível.

Se fosse exigida demonstração clara de que a conduta é criminosa, haveria um descompasso entre as previsões legais. Se é suficiente a aparência de existência de crime para instaurar o inquérito, e é a partir deste que se autoriza o sequestro, não cabe ao intérprete exigir mais do que isso para que seja imposta a cautelar em comento.

O CPP fala (art. 126) em indícios veementes. Trata-se de adjetivação desnecessária, que serve para causar divergências infundadas, na medida em que não vigora o modelo da tarifação de provas³⁰⁶. Como ficou visto, o que importa é a existência de elementos que indiquem a probabilidade da origem ilícita.

³⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 148) anota que “a *notitia criminis*, ou notícia do crime, é o conhecimento espontâneo ou provocado, pela autoridade policial, de um fato que se afigura crime”.

³⁰⁶ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*: (Arts. 24 a 154). Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, t. 2, p. 351. Em sentido contrário, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1490-1491) pontua que “o indício constitui o elemento mínimo, sem o qual não se pode sequestrar bens. Por indícios veementes a doutrina entende aqueles que sejam intensos, fortíssimos, capazes de provar estado de quase-certeza”. Por seu turno, LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 364) diz que “os indícios são veementes quando as relações entre o fato conhecido e o desconhecido são de tal natureza que dificilmente se admitiria a possibilidade de dúvida da conclusão inferida”.

5.4. AÇÃO CAUTELAR REAL

Questão interessante diz respeito à existência ou não de ação cautelar real no âmbito do processo penal brasileiro. O CPP em nenhum dos dispositivos inseridos no Capítulo das medidas assecuratórias alude ao termo ação.

O diploma, entretanto, estabelece que tanto o sequestro (art. 129) quanto a hipoteca legal, além do arresto, tramitarão em apartado (art. 138), o que leva ao entendimento de que existem procedimentos específicos para que se façam valer tais medidas.

Aliás, nota-se que o legislador, no primeiro dispositivo citado, empregou uma elipse, suprimindo a menção àquilo que conduz o sequestro. Este é o provimento, a medida; para que possa ser aplicado, é indispensável a estrutura.

A outra norma, de modo diverso, expressamente alude ao processo. Mas há ali erro redacional. Não é exatamente o processo que é autuado em apartado, pois este é uma abstração. São, pois, os autos do processo que seguem separados dos principais. De todo modo, bem se nota que o legislador reconhece a existência de processo cautelar.

O CPC/73 dedicava todo um Livro à matéria aqui analisada (ou seja, à cautelar), e nas disposições gerais (art. 796 a art. 812) não havia alusão à ação e ao processo de tal natureza. Mencionava-se apenas o procedimento cautelar (art. 809). A omissão, entretanto, não impedia que os comentadores encontrassem, no regramento legal, a ação e o processo³⁰⁷.

De resto, tendo o citado diploma se inspirado na legislação processual civil portuguesa vigente na época³⁰⁸, não poderia ser diferente. O CPC lusitano de 1961, com melhor redação, expressamente se referia à ação cautelar (art. 151, 2).

³⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto (*Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 43-44) observa que “se existe um processo cautelar como forma de exercício da jurisdição, existe, também, uma *ação cautelar*, no sentido processual da expressão, ou seja, no sentido de direito subjetivo à tutela jurisdicional”.

³⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 233.

A ação é o direito que se exerce por intermédio da demanda. É, pois, o direito ao exercício da postulação, que corresponde ao pedido. Processo de ação é aquele que se desenvolve mediante manifestação da parte, ou seja, quando o juiz é provocado a atuar³⁰⁹.

Não há dúvida de que o provimento cautelar pode existir e incidir independentemente do processo e mesmo fora de procedimento legal específico — as medidas diversas da prisão (art. 319 e art. 320) são exemplos disso. Quando se impõe alguma delas, o que ocorre é a aplicação de providência cautelar³¹⁰.

O CPP, entretanto, quanto ao sequestro³¹¹ e ao arresto, previu ação. O interessado postula a sua aplicação e obedece às regras referentes ao procedimento³¹². Por isso, a propósito, não se deve ver com bons olhos a previsão de que o sequestro tem como ser decretado de ofício pelo juiz. A citada autorização é resquício de regime totalitário e eventualmente poderia ser justificava na época da edição do Código, pois o Ministério Público não estava devidamente estruturado.

Os Códigos mais modernos não contam com dispositivo semelhante. Em Portugal, de acordo com o art. 227, 1, do CPP/87, o Ministério Público está autorizado a requerer a prestação de caução econômica para ver garantido o pagamento da pena pecuniária, demais despesas processuais e para assegurar a perda dos instrumentos, produtos e vantagens decorrentes da infração. Na omissão, por parte do imputado, em apresentar a citada garantia, o mesmo órgão goza de legitimidade para pleitear o arresto (art. 228, 1).

Algo parecido se vê na legislação italiana. O art. 316, 1, do CPP atual confere legitimidade ao Ministério Público para pedir o sequestro conservativo que visa assegurar o

³⁰⁹ PASSOS, J. J. Calmon de (Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 796 a 812. In: BERMUDES, Sergio (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. 10, t. 1, p. 38) diz que “há jurisdição, há ação e há processo sempre que alguém, com capacidade de ser parte, postula (mesmo ineptamente) perante um órgão do Estado investido de jurisdição”.

³¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 231) anota que “nem todas as providências ou medidas cautelares correspondem, na verdade, a procedimentos perfeitamente individualizados. Muitas delas se inserem como simples incidentes no curso de processos de conhecimento ou no de processos de execução, sem necessidade, repito, de que a lei regule expressamente um procedimento individualizado para que tais providências possam ser decretadas”.

³¹¹ BARROS, Romeu Pires de Campos (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 418) diz que “justamente por se tratar de uma ação cautelar, o pedido será autuado em separado, admitindo embargos de terceiro (art. 129, do CPP)”.

³¹² CANDIAN, Alberto (*Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 29) segue a linha de que, no processo penal, as providências cautelares reais são objeto de demanda, de ação. Nas suas palavras, “non mi riesce infatti di comprendere come non debba parlarsi di *azione cautelare* anche nel processo penale, dal momento che non può negarsi la esistenza di un diritto (o potere) di provocare un procedimento cautelare e tendente ad ottenere un provvedimento cautelare (o conservativo o assicurativo)”.

pagamento da pena pecuniária, das despesas processuais e demais despesas devidas aos cofres públicos. A norma em comento, em outros termos, não autoriza a atuação de ofício pelo juiz.

O mesmo órgão acusador, outrossim, deve buscar o pronunciamento do Judiciário quando constata que há perigo de que uma coisa, relacionada ao crime, possa agravar ou prolongar as suas consequências. Trata-se, no caso, do chamado sequestro preventivo, que também incide sobre os bens suscetíveis de confisco.

Tal medida, prevista no art. 321, parece, diante da redação empregada pelo Código, poder ser imposta independentemente de pedido. Não é essa, contudo, a interpretação que prevalece³¹³. Semelhantemente ao que ocorre quanto ao sequestro conservativo, exige-se a iniciativa por parte do órgão acusador.

A atuação independentemente de demanda é algo a ser evitado, até mesmo para que não seja abalada a imparcialidade do juiz. Nos dias atuais, em que o Ministério Público conta com estrutura adequada e recursos próprios, parece não mais se justificar a previsão que permite ao magistrado, independentemente de provocação, decretar sequestro de bens³¹⁴.

Uma vez pleiteado o sequestro, são cabíveis embargos (art. 130), e esses correspondem à espécie de ação constitutiva negativa. Visam ao desfazimento do ato construtivo. E se se trata de ação, estranho seria se servisse para atacar mero provimento. Se assim fosse, bastaria prever a possibilidade de o interessado, por simples petição, pedir a revogação, tal como ocorre quando o imputado postula a revogação da prisão preventiva (art. 316).

O CPP, ao menos expressamente, não prevê a possibilidade de embargos quando há arresto. Nem por isso se pode concluir que não há ação. Se é certo que, com o trânsito em

³¹³ TONINI, Paolo (*Manuale di procedura penale*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2020, p. 496) observa que “in base all’art. 321, il sequestro preventivo è disposto dal giudice su richiesta del pubblico ministero in presenza di una della seguenti esigenze cautelari...”. No mesmo sentido se pronuncia CORDERO, Franco (*Procedura penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 558), que diz “il giudice provvede a richiesta del pubblico ministero (art. 321); nemmeno qui gli competono interventi ex officio”.

³¹⁴ CALAMANDREI, Piero (La relatività del concetto di azione. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Cedam, 1940, v. 4, p. 85) pontua que “una giurisdizione esercitata d’ufficio, alla quale l’organo giudicante procedesse di propria iniziativa, senza attendere la sollecitazione del soggetto agente, repugnerebbe al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d’esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: e se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso, sullo stampo di don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina”.

julgado da sentença penal condenatória, os autos do arresto são enviados ao juízo cível, isso quer significar que há ação visando à aplicação de tal medida.

Não faria sentido a remessa de mero provimento. Aliás, é mesmo difícil imaginar como isso ocorreria. São remetidos, portanto, os autos do processo, o qual se inicia por ação (art. 136 e art. 137).

5.4.1. Condições da ação

Se se conclui que existe ação cautelar no âmbito do processo penal, a etapa seguinte consiste em verificar quais são as suas condições. O CPP, diferentemente do CPC (art. 17), não esclarece quais seriam elas³¹⁵. Diz somente, no art. 395, III, em relação à ação penal, que a petição inicial acusatória será rejeitada quando não se fizer presente qualquer das condições.

No Brasil, por um tempo, em razão da previsão constante do CPC/73 (art. 267, VI), entendia-se que três eram as condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual.

A primeira delas, entretanto, se já era questionável no âmbito do processo civil, na medida em que praticamente o único exemplo que a demonstrava era o pedido de divórcio³¹⁶, e este passou a ser autorizado legalmente (EC 9/77 e Lei 6.515/77), ainda mais complicada era e é a sua aceitação no âmbito do processo penal, já que, na denúncia e na queixa, sempre se postula a condenação do imputado nas penas cominadas no tipo penal³¹⁷. Por isso é que não

³¹⁵ Não são todas as legislações processuais que fazem menção às condições da ação. PISANI, Andrea Proto. (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 309) observa que “la norma sull’interesse ad agire (art. 100) deriva direttamente dall’art. 36 del codice di procedura del 1865; tale norma era invece sconosciuta alla legislazione degli Stati italiani preunitari, così come non è contenuta nel codice francese, né in quelli tedesco ed austriaco”.

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, em nota na obra de LIEBMAN, Enrico Tullio (*Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 204) anota que “tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei n. 898, de 1.12.1970), na terceira edição de seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda)”.

³¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini (*As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 66) afirma que, “com referência à possibilidade jurídica, no processo penal, tem-se revelado que, enquanto no processo civil é possível pedir o provimento que a lei expressamente não proíbe, no processo penal somente é viável o provimento condenatório que seja expressamente permitido”. A mesma autora acrescenta que, “o pedido, na ação penal condenatória, é sempre o mesmo: a aplicação de uma pena” (p. 69).

parece possível acolher o entendimento de quem sustenta que seria juridicamente impossível o pedido de imposição de prisão perpétua³¹⁸.

Houve, é certo, quem defendesse posicionamento no sentido de que juridicamente impossível seria o pedido de condenação por fato atípico³¹⁹. Mas, em tal situação, o que se verifica é a inépcia da inicial por descompasso entre os fatos e o pedido (ou mesmo questão relacionada ao mérito), e não propriamente defeito na postulação em si. O pedido, tal como ocorre quando a conduta incriminadora está prevista em algum dispositivo penal, é de imposição de pena³²⁰.

Nem sempre, é importante observar, a atipicidade é notada desde logo³²¹. Às vezes, somente com a produção das provas, ou seja, com o desenvolvimento da instrução, se vislumbra que a conduta não se amolda a qualquer tipo penal. Quando isso se verifica, a sentença é de improcedência, e não de extinção sem apreciação do mérito³²², o que ocorreria se se tratasse de questão relacionada às condições da ação.

Também não parece que o pedido seja juridicamente impossível quando não se vislumbra a presença da prática de um ato prévio, como é o caso das chamadas condições de procedibilidade³²³. Aqui, semelhantemente ao que ocorre nas demais situações mencionadas, o pleito do autor da ação penal continua a ser a aplicação de pena; e juridicamente isso não é vedado.

³¹⁸ TORNAGHI, Hélio (*A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 250) afirma que “a impossibilidade jurídica provém: [...] b) *Do pedido*. Exemplos: pedido de aplicação de prisão perpétua...”.

³¹⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio (*Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54) sustenta que a “*possibilidade jurídica do pedido* – Diz respeito à tipicidade do fato. O pedido deve encontrar proteção no direito positivo, isto é, deve haver previsão legal. Dessa forma, é impossível denunciar alguém por incesto, que não é crime na nossa lei penal”.

³²⁰ Em sentido contrário, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 202) diz que “não se mostra inadequado continuar a referir-se no processo penal à possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, pois somente quando se está diante de um fato penalmente relevante, ainda que em uma análise *prima facie*, é que o processo penal é possível. Não se trata de um sistema em que todos os processos são possíveis, salvo se houver vedação. A necessidade de uma tipicidade estrita, no campo material, se projeta no plano processual, gerando um regime oposto, em que o processo penal somente é possível diante de um caso de tipicidade aparente”.

³²¹ O art. 397, III, do CPP determina a absolvição sumária quando a atipicidade é evidente. A decisão é de mérito. Mas somente se chega a tal etapa quando o julgador não se atenda para a inicial desde o momento em que lhe é apresentada. Realmente, se é gritante que a conduta descrita não configura ilícito penal, o caso é de rejeição da inicial por inépcia (art. 395, I, do CPP). Também aqui, o que se vê, não é falta de condição da ação: é ausência de pressuposto processual.

³²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 70.

³²³ GRINOVER, Ada Pellegrini (*As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 196) defende que “a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça, na hipótese de ação penal pública condicionada, devem ser enquadradas na categoria ‘possibilidade jurídica’”.

A ausência de qualquer condição de procedibilidade³²⁴, se o intuito for atrelá-las às condições da ação, afeta o interesse de agir. Sem que, por exemplo, exista representação por parte do ofendido, o órgão acusador não busca a condenação do suposto autor do ilícito, pois depende da prévia demonstração de vontade daquele que sofreu as consequências da prática da infração.

Se, em determinado caso, estiver ausente a representação, e ainda assim o Ministério Público oferecer denúncia, a rejeição da peça inicial é a medida que se imporá. O órgão acusador não tem interesse processual, pois ao titular do bem jurídico protegido foi conferido o direito de escolher entre ver ou não o suposto autor do ilícito processado. Se o ofendido opta por não representar, não cabe a outrem suprir-lhe a vontade.

É curioso notar que em outros países não se costuma discutir a existência das condições da ação penal³²⁵. O CPP português, quando disciplina o saneamento do processo (art. 311), estabelece que o juiz rejeitará a acusação quando ela for manifestamente infundada. E isso se verifica nas hipóteses em que não há a identificação do imputado ou inexistente narração dos fatos, e ainda nas hipóteses em que não são indicadas as disposições legais aplicáveis (ou as provas que a justifiquem) ou o fato não constitui crime.

Tema que é foco de atenção da doutrina estrangeira diz respeito às condições de procedibilidade. E quanto a elas, não é habitual os autores se referirem como condições da ação³²⁶. Tal matéria, portanto, guarda maior relação com o direito processual civil. Foi nesse ramo, a propósito, que a discussão em seu entorno surgiu.

³²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 203) aponta quais são as tais condições, enumerando-as: “(1) representação do ofendido na ação pena pública condicionada (CP, art. 100, § 1º, c.c. CPP, art. 24); (2) requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, § 1º, c.c. CPP, art. 24); (3) entrada do agente brasileiro, em território nacional, nos crimes cometidos no estrangeiro (CP, art. 7.º, § 2.º); (4) a sentença civil de anulação do casamento, no crime do art. 236 do CP (art. 236, parágrafo único); (5) exame pericial homologado pelo juiz, nos crimes contra a propriedade imaterial (CPP, art. 529, *caput*); (6) a autorização do Poder Legislativo, para processar o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Governadores, nos crimes comuns ou de responsabilidade”.

³²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (*A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 143), ao se referir à sistemática adotada pelo CPC/73 quanto às condições da ação, diz: “trabalho árduo, não obstante, é transportá-la ao processo penal”. Por qual razão os estrangeiros não teriam se dedicado a tal trabalho? Seria ele útil?

³²⁶ LEONE, Giovanni (*Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1956, p. 65) observa que “le condizioni di procedibilità sono rappresentate da tutte quelle cause che condizionano l’esercizio dell’azione penale, senza la quali cioè non è possibile promuovere o proseguire l’azione penale”. STEFANI, G; LEVASSEUR, G.; BOULOC, B. (*Procédure pénale*. 11. ed. Paris : Dalloz, 1980, p. 111) dizem que “les conditions d’exercice de l’action publique, sont en réalité les conditions de la poursuite par le Ministère public”.

Perceba-se, para arrematar, que, como regra, em diversos ordenamentos, notadamente naqueles de origem romano-germânica, há um órgão cuja função é deduzir em juízo a pretensão condenatória. O Ministério Público é, de ordinário, o autor da ação penal. Por outro lado, figurará no polo passivo a pessoa que é acusada de ter praticado a conduta delituosa. Diante dessa característica, pouco se tem a discutir sobre a legitimidade de partes.

Igualmente, no que toca ao interesse de agir, não se vislumbra campo muito extenso para debates doutrinários. Se não se admite a imposição de pena sem que ocorra a intervenção judicial (art. 5º, LIV, da CF), ainda que esta se limite a ser meramente homologatória, sempre se constatará a necessidade de a parte se socorrer do Judiciário.

Quando, porém, se está a tratar de medida cautelar real, o tema referente às condições da ação ganha relevância. O obrigado a arcar com os danos causados pela conduta ilícita pode não ser quem a praticou. Igualmente, não se afasta, a princípio, a possibilidade de um terceiro (ou seja, pessoa diversa daquela que experimentou o prejuízo) postular a concessão do provimento, pois institutos de direito privado permitem, por exemplo, a cessão do crédito. Outrossim, não se exclui a possibilidade de o devedor, independentemente da intervenção judicial, se propor a conferir a segurança pretendida.

5.4.1.1. Condições da ação cautelar

Não há, nesta matéria, consenso entre os autores³²⁷. Existem diversas opiniões, e cabe aqui análise mais acurada. Inicialmente, anote-se que parcela da doutrina se manifesta no sentido de que, enquanto o *fumus boni iuris* representa a possibilidade jurídica do pedido, o *periculum in mora* configura o interesse de agir³²⁸.

Tal posicionamento, ao que parece, não se mostra como aquele que melhor representa o fenômeno jurídico em debate. Ao se partir da premissa de que a viabilidade jurídica do pleito não engloba a categoria das condições da ação (a exemplo do que faz o CPC/15), tanto o

³²⁷ TARUFFO, Michele (Il procedimento cautelare in generale. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. 2, p. 15), se referindo ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, anota que “queste, più che condizioni dell’azione in senso tradizionale, si atteggiano quali condizioni della domanda (o, forse ancora più propriamente, quali condizioni di ottenimento della tutela cautelare)”.

³²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 72. De sua parte, PISANI, Andrea Proto (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 312) diz que “con riferimento alle azioni cautelari, infine, la dottrina è concorde nel ritenerle subordinate alla sussistenza del *periculum in mora*, oltre che degli specifici requisiti volta a volta richiesti per le singole azioni: l’unica divergenza – meramente formale – è data dal fatto che mentre taluni riconducono il *periculum in mora* nell’ambito dell’art. 100, altri deducono tale requisito solo dalle disposizioni di legge che disciplinano le azioni cautelari”.

pressuposto (a probabilidade do direito) quanto o requisito (perigo de dano) citados passam a integrar o interesse de agir.

Independentemente, porém, da escolha de qual das duas condições deve abrigar tais figuras, que são próprias das cautelares, o que se vê é que o resultado nunca muda, e a consequência é o esvaziamento do mérito da ação cautelar. Nisso está o problema, e é a própria realidade prática que evidencia que as coisas se passam de modo diverso.

Quando se constata que não há risco de o devedor arruinar seu patrimônio e assim frustrar a futura execução, o que se dá é o indeferimento do pedido de arresto, e não a rejeição por não atendimento de questões processuais, ou seja, por ausência de condição da ação. O autor diz em seu pedido: o réu tenciona ocultar ou se desfazer de seus bens. O juiz não constata tal fato. Indefere o pedido, analisando o mérito.

A inclusão das condições naturais da cautelar nas chamadas condições da ação aparentemente decorre da concepção de que inexistente direito material de segurança. O que se verifica, portanto, é uma concepção baseada em critérios lógicos, mas que tem vício de origem. Realmente, se tudo é afeto ao direito adjetivo, a fumaça do bom direito e o perigo da demora não podem ter natureza diversa. Ou seja, não constituem o mérito. E isso porque não há mérito na ação cautelar.

Vale oferecer exemplo prático: a demanda cautelar é rejeitada, por exemplo, por ausência de interesse de agir quando se nota que a tutela não é útil nem necessária. Isso ocorre na situação em que o devedor entrega extrajudicialmente, e antes da propositura da ação, uma garantia em favor do credor. A segurança que esse pretende obter existe, e daí se vê a prescindibilidade da intervenção judicial³²⁹. É o caso do devedor que cumpre o disposto no art. 1.497, § 1º, do CC, procedendo sem provocação ao registro da hipoteca legal.

Quando, diversamente, o demandante não apresenta elementos que conduzem o juiz ao entendimento de que há risco de dano, o resultado é a improcedência. Vale dizer, a decisão é

³²⁹ ROCCO, Ugo (*Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1977, v. 5, p. 102) observa que “el interés para accionar en las acciones cautelares no está determinado por el peligro, sino por *el perjuicio que da falta de la providencia cautelar se seguiría* si, en el período en que está pendiente la pertenecia del derecho (incertidumbre), permaneciese la posibilidad de un evento dañoso (peligro) que amenazara a los intereses tutelados, peligro que con la providencia cautelar se quiere evitar, conservando inmodificado el estado de hecho y de derecho”. Veja-se, ainda, SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 34.

de mérito³³⁰. Algo semelhante ocorre se não é demonstrada a probabilidade do direito. A decisão é também de improcedência³³¹.

A cautelar não consiste em algo completamente diverso das duas outras espécies de ação. O que há é um sincretismo (ou a união) daquilo que ocorre nas demandas de conhecimento e execução. Ou seja, verifica-se a presença de ambas as funções. Quem disse isso foi Liebman³³², ou seja, o autor que inspirou o legislador brasileiro de 1973, até mesmo no que toca às condições da ação. Sintomático, portanto, que nem em sua obra³³³, nem no aludido diploma legal (CPC/73), se encontre referência expressa sobre condições peculiares da ação cautelar.

A ação, portanto, seja de conhecimento, de execução ou cautelar, terá sempre as mesmas condições: interesse de agir e legitimidade *ad causam*. Nenhuma outra mais. Nenhuma outra oculta nas já mencionadas. Aquilo que a qualifica (como cautelar, por exemplo) não cria novas ou diversas condições.

É claro que é necessário verificar, em cada caso específico, se estão ou não presentes as condições da ação. Um dos métodos de análise é considerar os próprios termos empregados na inicial³³⁴. Se o autor, no caso do arresto, sustenta que o réu não lhe conferiu qualquer garantia e está a abrir mão de seu patrimônio, conclui-se que o provimento judicial, em tese, é necessário

³³⁰ LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 294) não faz tal distinção. A sua visão é, porém, um pouco divergente daquela de Humberto Theodoro Júnior. Em suas palavras, “como na cautela não se cuida nem da declaração do direito material (função de conhecimento), nem de sua realização coacta (função de execução), mas da existência ou não de necessidade de segurança em face de risco iminente, não resta a menor dúvida de que a avaliação dessa necessidade e deste risco, ou seja, do *periculum in mora*, singulariza o *interesse legítimo* em eliminá-lo, como *condição peculiar*, não só da ação como de toda a função cautelar, incluídas as providências voluntárias. Sua falta provoca juízo de *carência*”.

³³¹ LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 294) sustenta que somente na probabilidade do direito está circunscrito o mérito da cautelar. Diz o autor: “o *fumus boni iuris*, portanto, não constitui condição da ação cautelar, mas representa-lhe, na verdade, a própria avaliação do mérito”.

³³² LIEBMAN, Enrico Tullio (Unità del procedimento cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 9, 1ª parte, 1951, p. 248) observa que “le attività degli organi giurisdizionali, quando provvedono alla tutela cautelare, non differiscono, per la loro qualità intrinseca, da quelle consuete, cioè da quelle che hanno luogo nei processi cautelari: sono infatti di cognizione e d’execuzione”.

³³³ LIEBMAN, Enrico Tullio (*Manual de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1980, p. 162), quando trata das condições das cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), que não se confundem com as condições da ação cautelar, diz que “el juez decide en torno a estos puntos, concediendo o negando la cautela, con una providencia que no tiene valor de declaración de certeza, sino solamente de verificación en el caso concreto de la existencia de los presupuestos de hecho establecidos por la ley para el ejercicio del poder cautelar del juez”.

³³⁴ TORNAGHI, Hélio (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º a 153). In: BERMUDEZ, Sergio (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 91) diz que “o exame das condições da ação pressupõe a veracidade dos fatos; o juiz aceita-a como hipótese. Para dizer se as partes são legítimas deve o juiz assim raciocinar: admitida a veracidade dos fatos alegados pelas partes, é a elas que a lei dá legitimidade, respectivamente, para propor ou para contestar a ação?”.

(e útil). Se, ao longo do trâmite processual, se contata o inverso, o pedido é indeferido, e não rejeitada a ação por ausência de interesse de agir.

Por fim, alguma observação deve ser feita quanto à possibilidade jurídica do pedido. Em primeiro lugar, tem de ser reafirmado que o CPC/15 reconheceu o equívoco da lei anterior; deixou de prever a mencionada condição. No mais, pontue-se que, caso se associe a viabilidade jurídica à prévia existência, no ordenamento jurídico, de previsão específica autorizando uma medida delimitada, o que se conclui é que, no campo civil, foi adotado o critério da tipicidade³³⁵.

No entanto, além de não parecer ser essa a realidade, tal entendimento acarreta consequência na forma como se entendeu adequada e correta a análise da presença de tal condição da ação – ao menos no campo do direito processual civil³³⁶. Nessa seara, sob a égide do Código anterior, concluiu-se que juridicamente possível seria o pedido que não encontrasse expressa vedação legal. O critério, portanto, é negativo: não havendo vedação, o pedido é viável.

A partir do momento em que se exige previsão específica para concessão de provimento cautelar, ou, o que dá no mesmo, quando somente se aceita cautelares nominadas, a consequência é a inversão de critério. Vale dizer, somente estaria autorizada a medida se ela encontrasse disposição autorizativa. Logo, juridicamente possíveis, seriam apenas as cautelares nominadas.

Não há motivo para que assim se entenda, nem mesmo em relação às cautelares reais previstas na legislação processual penal. Não é o corpo legislativo que dita a natureza do instituto. O arresto e o sequestro, constem do CPC ou do CPP, terão sempre a mesma natureza. Visam satisfazer interesse civil, de viés patrimonial. Heterotopicamente, inseriram-se previsões de cautelares extrapenais na lei processual penal.

Ainda que assim não se imagine, o fato é que deve ser abandonada a teoria que defende a existência de três condições da ação. Liebman reconheceu o equívoco inicial de sua tese. O CPC/15 foi na mesma linha. O processo penal, ao que parece, está um pouco atrasado neste

³³⁵ SANCHES, Sydney (*Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 33) afirma que “para que a pretensão à tutela cautelar possa ser apreciada pelo seu conteúdo (mérito) é preciso que haja no ordenamento jurídico uma previsão legal, genérica ou específica. Se a que for deduzida não se enquadrar em nenhuma das previsões de ordem geral ou especial, não terá possibilidade jurídica”.

³³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 201.

ponto. E não adianta adotar outro critério (no caso, o critério positivo) para continuar a sustentar a corrente tripartite.

Por juridicamente possível não se deve entender aquele pedido feito com base em um tipo penal. A tipicidade, insista-se, diz respeito à causa de pedir. É mérito. O pedido, na ação penal, como a sua própria denominação induz, será de aplicação de pena. Isto é, de algo juridicamente viável no âmbito do direito criminal.

Não há, portanto, em qualquer dos ramos do direito processual, a mencionada condição da ação. No que aqui interessa, a cautelar real, disciplinada no CPP, se submete às mesmas condições a que se sujeita a ação regulamentada no CPC. O juiz analisa o interesse de agir³³⁷ e a legitimidade. Nessa ordem, frise-se. Se o provimento não é útil ou desnecessário, rejeita a ação: não se preocupa com quem a formulou.

5.4.2. Legitimidade ativa

De acordo com o art. 127 do CPP, o sequestro pode ser pedido pelo Ministério Público ou pelo ofendido. O mesmo dispositivo fala ainda em representação da autoridade policial e concessão de ofício pelo juiz. No que toca à hipoteca, o art. 134 confere legitimidade ao ofendido. Quanto ao arresto, o Código não diz nos arts. 136 e 137 quem pode pleiteá-lo. Há, porém, no art. 142 previsão de que, se o ofendido for pobre ou houver interesse da Fazenda, caberá ao citado órgão acusador promover a especialização da hipoteca e o arresto.

³³⁷ LOPES JUNIOR, Aury (*Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 235), ao se referir à teoria abstrata da ação, diz que “tal lição (autonomia e abstração) é perfeita para o processo civil, mas precisa ser redefinida no processo penal. Isso porque, no processo penal, não se admite a plena abstração, pois, para a acusação ser exercida e admitida, dando início ao processo, é imprescindível que fique demonstrado o *fumus commissi delicti*”. Depreende-se que, na visão do autor, existem ao menos duas espécies de ação, e somente uma seria abstrata; a outra, ao que parece, a penal, seria concreta, e sequer poderia ser exercida na ausência do *fumus*. Ocorre que é o juiz que analisa a presença ou não de tal requisito. Se constata a sua ausência, não parece que deixa de decidir. Houve provocação do Judiciário: houve demanda: houve ação. Aquilo que se intitula *fumus commissi delicti* é o mínimo probatório que se exige para que não ocorram acusações abusivas, infundadas. É análise superficial de elementos de convencimento produzidos na primeira etapa. Isso fica mais claro a partir do momento em que se dividem as funções judiciais. O juiz das garantias, responsável pelo recebimento da denúncia (art. 3º-B, XIV, do CPP), analisa aquilo que foi produzido em momento anterior, e constando o mínimo probatório necessário, procede ao encaminhamento para o juiz da instrução. Na Itália, onde sistema semelhante já vigora, se diz (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2020, p. 624) “l’esigenza di assicurare un effettivo controllo del giudice sulla necessità del rinvio a giudizio (che costituisce un diritto da tempo riconosciuto alla difesa nei sistemi processuali garantisti) richiede che si possano assumere nell’udienza preliminare la prove che permettono all’imputato di dimostrare che non esistono sufficienti elementi di accusa”.

Em todos os dispositivos mencionados, o Código emprega o termo ofendido de maneira inadequada. Deveria se referir ao lesado, pois é este que experimenta o dano causado pelo crime, e portanto é quem tem interesse em ser ressarcido.

Na sequência, de maneira mais detalhada, será analisada a legitimidade ativa para pleitear as três medidas indicadas.

5.4.2.1. Sequestro

Se o sequestro objetiva, dentre outras funções, assegurar o perdimento do produto ou proveito da infração penal, e nisso se vê que a medida atende ao interesse geral, não há equívoco na regra que concede legitimidade ao Ministério Público. Tal órgão é incumbido da missão de fazer aplicar a lei penal, e nela está a previsão de impedir que a pessoa obtenha lucro com o crime (art. 91, II, do CP).

Igualmente correta é a previsão que confere legitimidade ao lesado. Figurando como um dos interessados no desfecho do processo e tendo o direito de ser ressarcido pelos danos decorrentes do ilícito (art. 91, I, do CP), é natural que esteja autorizado a requerer a concessão da medida³³⁸. O Código, no art. 127, erra, porém, ao confundir o lesado com o ofendido – embora, como se verá, a vítima também seja parte legítima.

Não custa lembrar que a medida cautelar em debate tem para o lesado, em decorrência da expansão dos seus efeitos, a mesma função do arresto³³⁹. Ou seja, vale para resguardar bens que serão utilizados para pagamento de indenização. Aliás, bem se vê que, segundo o art. 133, § 1º, do CPP, o lesado é credor privilegiado; prefere até mesmo ao Estado.

Resta, então, verificar a legitimidade do ofendido e a (eventual) possibilidade de a autoridade policial representar pelo sequestro. Para que melhor se compreenda a matéria, é razoável que se veja como foi disciplinada em outros ordenamentos.

Em Portugal, nos termos do art. 227, 1, do CPP ali vigente, o órgão acusador está autorizado a requerer que o imputado preste caução econômica para garantir, entre outras

³³⁸ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 366) diz: “trata-se de uma medida assecuratória, em que tem interesse tanto a justiça, representada pelo órgão do Ministério Público, como a parte ofendida, lesada pelo crime. Daí conceder a lei o direito de pedir o sequestro tanto ao Ministério Público, como ao ofendido”.

³³⁹ Vide item 5.1.

coisas, o perdimento dos instrumentos, produtos e vantagens da infração penal, ou o pagamento do valor equivalente a estes. Na ausência de recolhimento do valor fixado, cabe o chamado arresto preventivo (art. 228).

Uma diferença que se nota entre a legislação pátria e a lusitana está no fato de que, enquanto aqui se busca recolher exatamente aquilo em que consiste o proveito indireto do crime (se móveis; ou o proveito direito, se imóveis), lá o que existe é a fungibilidade. Ou seja, não importa saber, para fins de constrição, aquilo em que consiste a vantagem financeira. O que é relevante é não permitir que o indivíduo alcance lucro com o ilícito. Por isso é que se permite o recolhimento de coisas diversas, mas de valor equivalente.

No que toca à legitimidade, entretanto, parcialmente nota-se alguma semelhança. Nos dois países, o Ministério Público e o lesado possuem legitimidade. A lei lusitana, a propósito, se mostra mais técnica, pois emprega o termo correto, demonstrando saber a diferença entre o lesado e o ofendido³⁴⁰.

É de se notar, no que toca aos pontos de distanciamento, que, enquanto o órgão acusador português tem legitimidade para requerer a prestação de caução para garantir o perdimento (ou o pagamento do equivalente) e para ver assegurado o pagamento da pena pecuniária, das custas e demais outras despesas para com o Estado (art. 227, 1, do CPP), o lesado está autorizado a postular o recolhimento da mesma verba para ter seus interesses civis assegurados, notadamente o direito de ser indenizado (art. 227, 3, do CPP).

A previsão se justifica. Se não interessa exatamente o bem por seu valor intrínseco, o lesado pede, na verdade, a caução, que tem a mesma finalidade do arresto. Não por outro motivo, ele está autorizado a postular esta medida quando o imputado se queda inerte, deixando de recolher o valor para garantir o sucesso da execução por quantia certa, a ser eventualmente, e no futuro, manejada.

No Brasil, se o lesado opta por pedir o sequestro, tem de indicar aquilo em que consiste o proveito indireto do crime, na medida em que o legislador (seja qual for a razão) achou por bem dar importância à coisa específica. De todo modo, o que se percebe é que, nas duas nações,

³⁴⁰ PINTO, António Augusto Tolda (*A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 495) anota que “o Ministério Público pode requerer que o arguido preste caução económica, em termos e sob modalidade a determinar pelo juiz (cfr. art. 227.º, n.º 1). Igualmente é conferido ao *lesado* a faculdade de requerer que o arguido ou civilmente responsável prestem caução quando *haja fundado receio da falta ou diminuição substancial de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civil derivadas do crime* (cfr. art. 227.º, n.º 2)”.

em linhas gerais, o Ministério Público e o lesado gozam de legitimidade para postular medida assecuratória quando o ilícito ocasiona dano a uma pessoa e lucro ao seu autor. Igualmente, tanto lá quanto aqui, o pedido feito pelo órgão acusador aproveita o lesado (art. 133, § 1º, do CPP brasileiro e art. 227, 4, do CPP português).

No que toca aos pontos de distanciamento, cabe perceber que inexistem nos dispositivos mencionados da legislação lusitana a possibilidade de o magistrado determinar de ofício o recolhimento da caução. Igualmente, a mesma lei é silente quanto à possibilidade de a autoridade policial se manifestar pela prestação de tal garantia. Ainda, conforme já anotado, inexistem menção à figura do ofendido.

Embora tenha ocorrido, quando da elaboração do CPP, equívoco redacional, não se pode descartar, por completo, a possibilidade de a vítima pleitear o sequestro, mesmo que por hipótese não ostente a qualidade de lesado. Nos crimes de ação penal privada, em razão de o particular ter sido incumbido de atuar no lugar do Ministério Público³⁴¹, lhe deve ser outorgada a possibilidade de postular as cautelares autorizadas ao citado órgão.

Também se deve entender que, nas hipóteses de admissão de ação penal privada subsidiária da pública, o ofendido goza de legitimidade para postular o sequestro, mesmo que não vise com a medida aos efeitos do arresto. Isso porque, nas situações em que é manejada tal espécie de ação, o particular faz as vezes do órgão acusador, que se quedou inerte.

Nas duas hipóteses mencionadas (ação penal privada principal e subsidiária), o Ministério Público continua a ter legitimidade ativa. Há, portanto, concorrência entre mencionado órgão e o ofendido. Ou seja, ainda que a vítima figure como autora da demanda penal, continua presente o interesse geral em impedir que a pessoa, em decorrência da prática de infração, obtenha lucro. Por isso, também há a possibilidade de referido órgão postular o sequestro.

O ofendido, muitas vezes, carrega a qualidade de lesado. Ou seja, é o sujeito passivo da ação ilícita e igualmente quem experimenta o prejuízo patrimonial. No caso de furto, por exemplo, é o proprietário da coisa que estava em seu poder e que foi subtraída. Em hipóteses

³⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 345), se referindo à ação penal privada, diz que há “situações em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou ao seu representante legal, a eles concedendo o *jus perseguendi in judicio*”.

em que há a mencionada duplicidade, ainda que o indivíduo opte por propor perante o juízo cível a ação de conhecimento visando a condenação do réu ao pagamento de indenização, na seara penal poderá pleitear a cautelar e não precisará se habilitar como assistente³⁴². A vítima tem de figurar como assistente apenas para exercer os poderes descritos no art. 271 do CPP.

No que toca ao delegado, diversamente, parece mesmo descabida a autorização constante da lei brasileira. Referido servidor público tem por função atuar com intuito de elucidar a autoria da infração penal (art. 4º do CPP). As diligências mencionadas no rol do art. 6º do CPP corroboram esse entendimento. O sequestro, por sua vez, tem por escopo garantir o perdimento de bens, impedir o lucro por parte do autor do ilícito e assegurar o pagamento das despesas devidas ao Estado e a indenização devida ao lesado.

Nenhuma dessas funções se amolda ou se aproxima das incumbências que são atribuídas à autoridade policial. Ademais, se é certo que o Ministério Público é comunicado sem grande intervalo do início das investigações, não há necessidade que outrem, o delegado, provoque a sua atuação. Vale dizer, cabe ao órgão acusador, independentemente de provocação, verificar se é o caso ou não de postular a concessão do sequestro.

A possibilidade de o juízo, de ofício, nos termos do art. 127 do CPP, impor o sequestro é o ponto que mais chama a atenção. Poder-se-ia dizer que, tendo sido concedida a possibilidade de decretar, independentemente de provocação, a perda do produto e do proveito do crime (art. 91, II, *b*, do CP), teria ele, por questão de lógica, a autorização necessária para pôr em ação os meios indispensáveis de garantia dos efeitos concretos de sua decisão final³⁴³.

Igualmente, havendo o entendimento de que o juiz fixa, mesmo sem que tenha sido pedido, indenização em favor do lesado (art. 387, IV, do CPP), não se lhe pode retirar a faculdade de decretar o sequestro independentemente de prévia provocação³⁴⁴. A medida cautelar citada serve também para garantir os direitos daquele que experimenta os prejuízos decorrentes do crime.

³⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1267.

³⁴³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1490) sustenta que “por ter fundamento no interesse público, qual seja o de que a atividade criminosa não tenha vantagem econômica, o sequestro pode ser decretado de ofício”.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli (Curso de processo penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189) sustenta a possibilidade de fixação de indenização sem pedido e sequestro de ofício pelo juiz (p. 307).

Perceba-se, porém, que ao juiz não é conferido o poder de iniciar a ação penal, apesar de o art. 26 do CPP falar o contrário. Logo, se não lhe é conferida tal autorização, parece estranho ser permitido que, sem qualquer pedido, inicie ação conexa, que tem como um de seus escopos proteger interesses patrimoniais disponíveis.

Não há dúvida que o sequestro visa também assegurar o perdimento de bens e garantir o pagamento de despesas em que o Estado figura como credor, como ocorre em relação à pena pecuniária e às custas processuais. Em todas as situações, entretanto, o órgão acusador está apto a atuar, e por tal motivo não se mostra razoável a intervenção judicial de ofício.

No âmbito da justiça cível, onde comumente são tutelados tais direitos, não cabe ao juiz dar início ao processo. Pode, é certo, decretar medidas cautelares de ofício, já que o art. 300 do CPC não fala em necessidade de postulação da parte. De todo modo, não parece haver dúvida que alguém precisa antes propor ação. Pela literalidade do art. 127 do CPP, diferentemente, o sequestro poderia ser imposto antes mesmo do oferecimento da queixa ou da denúncia, isto é, quando não se sabe se haverá ação penal.

Perceba-se, a reforçar o entendimento aqui defendido, que se não cabe ao juiz, de ofício, impor medidas cautelares pessoais (art. 282, § 2º, do CPP), não faz sentido permitir que, em relação às providências reais, lhe seja conferida a faculdade³⁴⁵.

Em outros países, não há dúvida, se autoriza o magistrado decretar de ofício medidas assecuratórias. O art. 518 do Código de Processo Penal Federal argentino prevê que o magistrado ordena o embargo (que se assemelha ao arresto brasileiro) de bens do imputado ou do civilmente responsável para garantir o pagamento das custas, da pena pecuniária e da indenização devida ao lesado³⁴⁶. Trata-se apenas de um modelo diferente daquele que é adotado no Brasil.

Aqui, para justificar a intervenção judicial sem prévia provocação, poder-se-ia argumentar que há interesse público em se impedir que o agente, autor do fato, obtenha

³⁴⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 568.

³⁴⁶ O Código argentino revogado disciplinava a matéria de maneira semelhante. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo (*Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, v. 2, p. 309) diziam que “el embargo se decreta de oficio”. Na Espanha não é diferente, o art. 589 da LEcrim estipula que o juiz determina a apresentação de fiança quando, do sumário, surgem indícios de criminalidade contra alguém. A providência tem por fim assegurar as responsabilidades pecuniárias e pode ser substituída por embargo (que se assemelha ao arresto brasileiro) quando o imputado não recolhe o valor.

vantagem financeira com a prática do ilícito. Mas, por outro lado, não se pode perder de vista também que há, do mesmo modo, interesse de igual teor em não ver o juiz ocupando posto que pode ser executado por outros órgãos, criados justamente para exercer tais papéis.

Se se busca o ideal de Estado democrático, parece mais aconselhável, onde há órgão devidamente estruturado e capaz de cumprir as suas missões, que o juiz não dê início a ações. O Poder Judiciário tem, como uma de suas características, a inércia, o que não equivale a dizer que, tendo sido provocado a atuar, não pratique atos, dentro de certos limites, com o fito de encontrar a verdade.

Diante da dinâmica de cada situação apresentada para o juiz, pode ele ter percepção diversa daquela que é seguida pelas partes. Figurando como imparcial, é quem tem condições de verificar se o que está lhe sendo apresentado encontra ou não amparo na realidade. Logo, não se justifica retirar seus poderes instrutórios, para que apenas diga se a razão está de um lado ou de outro da relação processual. O magistrado pode suplementar a prova produzida pelas partes³⁴⁷.

5.4.2.2. Hipoteca legal

O CPP disciplina a especialização e o registro da hipoteca. Não a confere. Isso, quem faz, é o Código Civil (art. 1.489)³⁴⁸. O art. 134 do estatuto processual dá legitimidade ao lesado; o mesmo diploma, no art. 142, dispõe que o Ministério Público promoverá aludidos atos quando houver interesse da Fazenda ou se o lesado for pobre. De sua parte, o art. 1.489, III, do CC autoriza também o herdeiro do lesado a pleitear a medida.

Apesar de todas essas previsões, o principal obrigado a proceder com o objetivo de levar a efeito a especialização e o registro da hipoteca é o imputado. O art. 1.497, § 1º, do CC³⁴⁹

³⁴⁷ De acordo com GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques (*Procédure pénale*. 14. ed. Paris : LexisNexis, 2021, p. 1169), “le juge d’instruction peut, dans l’exécution de son information, accomplir tout actes utiles à la manifestation de la vérité. C’est dire qu’il détermine souverainement les actes dont l’exécution est utile à la manifestation de la vérité, à la condition qu’ils soient nécessaires et proportionnés puisque ce son actes de contrainte”.

³⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1281.

³⁴⁹ O art. 1.497, § 1º, do CC tem a seguinte redação: “O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça”.

assim determina. Logo, se houver omissão por parte dele, se justifica a manifestação dos personagens supracitados.

O principal responsável pela iniciativa não é somente aquele que praticou as elementares do tipo penal. O partícipe é igualmente obrigado a agir de tal forma, pois solidariamente obrigado a ressarcir o dano causado pelo ilícito.

O lesado goza de legitimidade concorrente, mas como regra será quem postulará a efetivação da medida em razão de o CC não prever qualquer sanção ou consequência para a inércia do imputado. Ninguém agirá, arcando com elevados custos, com o propósito de criar benefício em favor de outrem.

O diploma civil, outrossim, previu legitimidade ampla ao Ministério Público, quando estabeleceu que qualquer interessado, mesmo sendo capaz e/ou possuidor de favorável condição financeira, pode requerer a atuação do mencionado órgão.

A atribuição de legitimidade principal para o imputado quanto ao registro da hipoteca é novidade criada pelo CC/02. Sob a égide do diploma revogado não era assim. O art. 842 estatuiu que a medida competia ao lesado, e se este fosse incapaz, ao seu representante. O Ministério Público tinha legitimidade para postular em benefício da Fazenda Pública (art. 827, VII), o que era consentâneo com a sua roupagem naquela época, e também quando provocado pelo interessado, dentre os quais o lesado (art. 843).

Tomando-se por base a atual configuração do citado órgão, deve-se entender que ele não defende interesses fazendários; compete aos advogados públicos o exercício do mister. Se o lesado é pobre, quem atua em seu favor é a Defensoria Pública. Somente se na localidade não atuar um defensor (e não houver advogados que trabalham no convênio da Defensoria com a OAB), competirá ao Ministério Público a tarefa³⁵⁰. A sua atribuição é, portanto, subsidiária³⁵¹.

³⁵⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1509.

³⁵¹ O STF decidiu que “no contexto da Constituição Federal de 1988, a atribuição dada ao Ministério Público para promover ação civil de reparação de danos *ex delicto*, quando for pobre o titular da pretensão, foi transferido para a Defensoria Pública; porém, se este órgão não foi implementado, nos moldes do art. 134 da Carta Política e da LC 80/94, inviabilizando, assim, a transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o *Parquet* para promover tal pleito indenizatório, será considerado ainda vigente” (RE 147.776/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, Dje 19.05.1998).

Na época em que o CPP foi editado, vale o reforço, aplicava-se o CC/16, e o seu art. 827, VII, previa que a Fazenda Pública era um dos beneficiários da hipoteca legal. A finalidade era assegurar o pagamento das penas pecuniárias e das custas processuais.

Com a entrada em vigor do CC/02, não se repetiu a previsão por último mencionada. Não há mais hipoteca legal para reforçar o adimplemento da multa e das custas³⁵². Consequentemente, a Fazenda não pode pleitear, perante o juízo criminal, a especialização e o registro com tal propósito; muito menos poderá o Ministério Público. O art. 142 do CPP, nos dias atuais, tornou-a letra morta³⁵³.

O art. 1.497, § 1º, do CC, parte final, não tem como ser lido em sua literalidade. O Ministério Público não atua em favor de particulares, muito menos para proteger seus interesses meramente patrimoniais. Se se aplicasse o dispositivo em benefício de quem tem boas condições financeiras, os custos do registro da hipoteca não seriam suportados pelo beneficiário da medida, mas pela sociedade, o que se mostra despropositado.

O órgão mencionado defende interesses indisponíveis. Assim, em um caso de homicídio, em que os pais de um menor são mortos, competiria ao Ministério Público postular o registro da hipoteca em prol do filho menor, órfão, titular de direitos intransigíveis.³⁵⁴

O art. 140 do mesmo diploma, igualmente, não pode ser aplicado tal como redigido. As garantias do ressarcimento, que servem também para fazer frente às penas pecuniárias e às despesas processuais, não abrangem a hipoteca. Repita-se: o CC/02 não confere mencionada garantia em prol da Fazenda, que é justamente a credora das verbas citadas. Os direitos reais são *numerus clausus*³⁵⁵, o que quer significar que somente a lei pode criar as hipóteses, e o tem de fazer de maneira expressa.

³⁵² Em sentido contrário, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 341.

³⁵³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 131) diz que “quem defende os interesses da Fazenda Pública em juízo é a Procuradoria do Município, a do Estado ou a Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme o caso. O Ministério Público não é mais, pois, defensor da Fazenda Pública, de sorte que parte, portanto, do artigo 142 do Código de Processo Penal, é certo, não foi recepcionada pela Constituição da República”.

³⁵⁴ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Direito das coisas (Arts. 1.390 a 1.510). In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004, v. 13, p. 762

³⁵⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510 – Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 1183.

Nem sempre, porém, a Fazenda Pública estará destituída da garantia em causa. Quando ostentar a qualidade de lesada, poderá postular a especialização e o registro da hipoteca. Terá, portanto, legitimidade ativa. Ao caso, aplica-se o art. 1.489, III, do CC. Mas a garantia será para reparar o dano, e não para outras finalidades.

Em suma, o único legitimado a proceder na forma descrita é aquele que sofreu o dano decorrente da infração penal. Se o lesado falece, quer em virtude do crime (ex.: homicídio), quer posteriormente, por causa diversa, os herdeiros têm legitimidade para requerer a medida (art. 1.489, III, do CC). Se se trata de incapaz, é este que postula, e não propriamente o representante legal. Referido indivíduo não atua em nome próprio: representa interesses alheios.

O juiz não pode, no que toca à hipoteca legal, atuar de ofício. Se, como visto no tópico anterior, não tem o magistrado o poder de sequestrar bens independentemente de pedido, ainda mais injustificada seria a sua atuação sem provocação em relação à citada garantia real. Ela serve para proteger o lesado, e os seus interesses são disponíveis. Se o beneficiário da medida não a postula, se deve entender que dela abriu mão.

Note-se, a propósito, que o próprio art. 142 do CPP já trazia a ideia de que não é livre a postulação do registro da hipoteca. A mencionada norma, que atribuía ao Ministério Público a incumbência quando o lesado fosse pobre, condicionava a atuação ao prévio requerimento do beneficiário. Ou seja, o órgão acusador somente poderia pleitear em juízo a inscrição se o lesado antes requeresse a atuação em seu favor.

A autoridade policial, de maneira semelhante ao magistrado, não está autorizada a representar pela inscrição da hipoteca. O delegado não atua com o propósito de proteger os interesses civis patrimoniais do lesado. O CPP, diferentemente do que faz em relação ao sequestro, não menciona nenhuma das duas figuras (juiz e autoridade policial).

5.4.2.3. Arresto

O Código silencia sobre a legitimidade ativa principal para postular o arresto. Mas se a medida é de constrição de bens do imputado para assegurar o sucesso da execução de eventual sentença que condena ao ressarcimento do dano, é indubitável que o lesado precisa figurar como possível autor do pedido.

O CPP italiano de 1930, em razão do viés político que o inspirou, deu legitimidade apenas ao Ministério Público para demandar o sequestro conservativo (art. 617), no que se distanciou do diploma anterior, do ano de 1913, que abria a possibilidade de o lesado postulá-la. Para contornar o rigor da lei, passou-se a defender a ideia de que o lesado estava autorizado a se dirigir ao órgão acusador solicitando a sua atuação³⁵⁶.

O já citado art. 142 do CPP brasileiro atribui legitimidade ao Ministério Público³⁵⁷ para pleitear também o arresto se há interesses da Fazenda Pública ou se o lesado é pobre. As mesmas considerações que foram feitas quando se abordou a especialização da hipoteca precisam ser repetidas aqui. Quem defende os interesses fazendários é o advogado público; se o lesado é hipossuficiente, será patrocinado pela Defensoria.

Se até pelos termos da lei o órgão acusador somente pode atuar em favor do pobre, se mostra ainda mais inaceitável o requerimento feito em favor de quem não é hipossuficiente. Interpretando-se o mesmo dispositivo, chega-se à conclusão de que o juiz não pode arrestar de ofício. Há silêncio da lei quanto ao julgador e previsão de legitimidade do Ministério Público para situações específicas.

A medida visa assegurar o interesse patrimonial do lesado. O direito, portanto, é disponível. Se o indivíduo que experimentou o prejuízo não demonstra intenção em ver implementada a medida, não pode o juiz fazer suas vezes.

Ainda que se imagine que as medidas assecuratórias gozam de efeitos expansíveis, é certo que o arresto não pode valer como sequestro. Somente o contrário é possível. A providência prevista no art. 125 do CPP atinge bens determinados, e por estarem sujeitos ao perdimento, primeiro se resguarda o direito do lesado.

Se o patrimônio do imputado é formado somente por bens lícitos (e adquiridos de forma lícita), não se pode impor o sequestro. Cabe o arresto se resta evidenciada a causa justificadora, e o seu limite é o valor da indenização devida ao lesado.

³⁵⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951, v. 1, p. 486.

³⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel (*Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 2, p. 1454-1455) anota que “a disposição legitimadora contida no art. 142 do Código de Processo Penal não foi recepcionada pela ordem constitucional vigente desde 1988. O repúdio a ela está reafirmado no próprio inc. IX do art. 129 constitucional, quando condiciona a legitimidade do Ministério Público, fora dos casos ali tipificados, ao requisito da *compatibilidade com a finalidade institucional* dessa nobre Instituição”.

A Fazenda Pública é credora das custas e da pena pecuniária. Para assegurar o pagamento de tais verbas, o art. 827, VII, CC/16 conferia-lhe a hipoteca legal. O diploma civil atual (art. 1.489, III) dá a garantia apenas ao lesado. O arresto prévio serve para permitir o sucesso do registro da hipoteca. Por uma questão de lógica, a Fazenda não tem como hodiernamente se valer da citada medida cautelar.

Ademais, se não há mais, em relação à Fazenda, hipoteca legal, ou seja, uma garantia preferível, não se pode falar, como decorrência, em dois tipos de arresto (prévio e subsidiário). O que precisa, portanto, ser verificado é o cabimento de arresto (de qualquer espécie de bens: móveis e imóveis) para assegurar o pagamento de créditos devidos ao erário.

As cautelares (e mesmo a hipoteca) são autorizadas no âmbito do processo penal para, em primeiro lugar e portanto primordialmente, proteger os interesses do lesado. É isso o que diz o art. 133, § 1º, e o art. 140, ambos do CPP. Permite-se a dedução de pedido cível no âmbito da justiça criminal, pois se entende que a pessoa (principalmente o particular) que experimentou prejuízo decorrente da prática do ilícito tem de ser ressarcida de maneira prioritária. Daí a possibilidade de, em qualquer juízo (cível ou criminal), atuar para fazer valer o seu direito.

Os interesses da Fazenda são assegurados com aquilo que sobra, isto é, com o excedente dos bens que foram usados para indenizar o lesado. Trata-se de providência prática. Ao invés de liberar os bens para o proprietário, como há dívidas em seu nome, utiliza-se o que está constrito para quitar os débitos.

A divisão do arresto em prévio e subsidiário se dá pelo fato de o CPP pátrio ter seguido o modelo italiano vigente na época do diploma de 1930, que não permitia que a mencionada espécie de constrição atingisse imóveis³⁵⁸. Há, portanto, uma ordem de preferência, e a medida subsidiária incide somente quando não há bens de raiz. A partir do momento em que a garantia principal (hipoteca legal) desaparece, as que dela decorrem (os dois arrestos) não subsistem.

Caso se adotasse outra sistemática, a Fazenda Pública seria colocada em posição mais privilegiada que aquela ocupada pelo lesado, pois, com a retirada da sistemática da dupla figura do arresto, lhe seria lícito desde logo arrestar qualquer bem – tal como se faz no âmbito do processo civil. Portanto, quer em decorrência do desaparecimento da hipoteca legal em favor

³⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. Appunti sul sequestro conservativo penale. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 7, 2ª parte, 1952, p. 269.

de mencionado ente, quer por ter o CPP conferido o arresto primordialmente para assegurar a garantia real, não há que se falar em possibilidade de aplicação da cautelar por pessoa diversa do lesado.

O art. 140 do CPP é expreso no sentido de que as garantias do pagamento da indenização devida ao lesado alcançam as despesas processuais e as penas pecuniárias. Diante de tal previsão, poder-se-ia dizer que o Ministério Público³⁵⁹ goza de legitimidade para postular a especialização e o registro da hipoteca legal, assim como o arresto, para garantir ao menos o pagamento da multa, pois se trata de sanção³⁶⁰.

É de se notar, porém, que as medidas assecuratórias beneficiam o credor das verbas, e a multa é dívida de valor, a ser recolhida ao erário (art. 51 do CP). Vale dizer, o credor é a Fazenda, e não propriamente o órgão acusador, embora tenha sido reconhecido que ele é legitimado ativo prioritário³⁶¹.

A autoridade policial, tal como ocorre em relação à hipoteca legal, não está autorizada a representar pela decretação do arresto, em qualquer de suas modalidades. Mencionado servidor público, mais uma vez se diga, não atua para proteger os interesses civis patrimoniais daquele que experimentou prejuízo em decorrência da prática da infração penal.

5.4.3. Legitimidade passiva

Visto quem está autorizado a postular as medidas assecuratórias, cabe analisar em face de quem se postula. Ou seja, é necessário verificar quem pode figurar no polo passivo. Não há dúvidas que, legitimado principal, é o autor da infração. Mas não apenas ele. As previsões constantes do CPP indicam que outras pessoas podem ser atingidas pelo provimento judicial.

³⁵⁹ É a opinião defendida por GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 134), que diz que “o Ministério Público também possui legitimidade para requerer a decretação da especialização da hipoteca legal e do arresto para assegurar o pagamento de multa, enquanto pena”.

³⁶⁰ É de se pontuar, porém, que o art. 336 do CPP estabelece que, em caso de condenação, aquilo que é dado como fiança (seja dinheiro ou outro bem) servirá para pagamento das custas, da indenização devida ao lesado, da prestação pecuniária e da multa. Diante disso, poder-se-ia questionar o posicionamento aqui defendido. Parece, porém, que a regra do dispositivo mencionada é excepcional. Por critério de economia processual, utiliza-se a fiança para pagar aquilo que é devido pelo condenado. Ocorre, de certo modo, uma espécie de arresto com finalidade abrangente.

³⁶¹ ADI 3150.

5.4.3.1. Sequestro

O art. 125 do CPP, ao tratar do sequestro, faz referência tanto ao indiciado quanto ao terceiro que recebeu, por transferência, os proventos da infração. A princípio, parece inquestionável que o indiciado é parte legítima. Contra ele pesam indícios de autoria do ilícito³⁶². Doutrinariamente, ostenta a mencionada qualidade quem se mostra como o provável autor do crime.

No entanto a primeira coisa que se tem de ponderar é que a existência de elementos que apontem que o indivíduo praticou o ilícito não leva à conclusão automática de que, com o seu ato, obteve lucro. Se o sequestro objetiva retirar do poder do agente aquilo que consiste no produto indireto da infração, não é a condição de indiciado que permite a concessão da medida.

Portanto, o texto legal, em sua literalidade, pouco ajuda na descoberta de quem pode sofrer sequestro, ainda que se leve a discussão ao plano meramente abstrato. A propósito, se pode dizer que o indiciamento, ato formal a ser adotado pela autoridade policial, sequer é pressuposto para a concessão do sequestro.

Contra a pessoa podem pesar indícios de autoria, e ainda assim não ser formalizado o indiciamento. Compete ao delegado a prática do ato, mas não é ele que analisa o cabimento do sequestro. Incumbido da mencionada tarefa é o juiz, que não se subordina às providências que são tomadas pela autoridade policial. Em suma: ainda que não ocorra o indiciamento, o sequestro é possível.

A medida é de natureza cível; não depende de ato próprio da autoridade policial. O sequestro tem como ser imposto independentemente da existência de inquérito policial. Se até a propositura da ação penal dispensa a investigação dirigida pelo delegado, não será o sequestro que ficará na dependência de ato a ser tomado por mencionado servidor.

Sequestra-se quando se percebe que existem elementos que indicam que alguém, em decorrência de ilícito aparentemente de natureza criminal, obteve lucro. Retira-se do possuidor

³⁶² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 38) afirma que “o *indiciamento*, que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser o resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticantes de ato, ou de atos, havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis”.

o imóvel obtido diretamente com a infração ou o móvel que foi adquirido com o produto direito do ilícito praticado. E quem pratica tais atos não necessariamente figura como indiciado.

Percebe-se, então, que o art. 125 não apresenta rol fechado de quem pode integrar o polo passivo da ação cautelar. A enumeração é exemplificativa. Alude-se ao indiciado, pois se crê, por ficção, que aquele que provavelmente praticou o delito, assim também obteve vantagem econômica. Ainda que a conduta levada a efeito não se amolde a qualquer dos tipos previstos no título dos crimes contra o patrimônio (arts. 155 a 182 do CP), há, por ser a sociedade baseada no modelo capitalista, razoáveis chances de que alguém cometa delito com o objetivo de auferir vantagem econômica.

A probabilidade, de forma estatística, pode ser elevada. Mas é só. Nada impede que alguém pratique crime sem objetivo de lucro, tal como não há nada que obste que, apesar do desejo do agente, não seja alcançado o incremento financeiro. O que a lei faz é apenas apontar aquilo que acredita ser o mais provável. O sequestro, vale a insistência, tem por objetivo impedir o lucro.

Adotada a teoria da asserção, e essa é a linha aqui seguida, legitimado a figurar no polo passivo será aquele que se afirma ter obtido vantagem indevida em decorrência da prática de infração. Mais especificamente, o indivíduo que é apontado como sendo quem de alguma forma concorreu para o ilícito e que com isso obteve diretamente bem imóvel ou transformou o produto direito em outra coisa (ex.: dinheiro subtraído que é usado para comprar uma joia).

O CPP fala em indiciado (art. 125) e bens que, por indícios veementes (art. 126), aparentam ter origem ilícita. A insistência no emprego de mencionados termos quer significar que não é necessária certeza em mais de um aspecto³⁶³. É dispensável a prova plena de que o objeto atingido pela medida provenha do ilícito, tal como é dispensável a prova de mesma intensidade de que o ocupante do polo passivo seja o verdadeiro autor (ou partícipe) da infração. A aparência é suficiente.

Veja-se, porém, que não há de se confundir legitimidade com demonstração. Legitimado passivo é aquele que se afirma ser o provável beneficiário do lucro do crime: seja ele o próprio autor da infração, seja ele terceiro; em ambos os casos, a pessoa que, com sua conduta, teria obtido bens: os proventos do ilícito. Sequestráveis serão os bens que se afiguram como sendo

³⁶³ CANDIAN, Alberto. *Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 71.

o lucro ilícito. Se se pede sequestro em face de outrem, há problema de legitimidade; se não se demonstra o crime, a autoria e a origem ilícita do bem, o pedido é denegado³⁶⁴.

Quando o CPP fala do indiciado, se torna lícito concluir que o sequestro não atinge o terceiro responsável civil. Há, portanto, taxatividade e necessidade de constatação de dupla responsabilidade. A medida alcança aquele que suporta os efeitos penais e civis de seu ato. O responsável civil, ainda que seja obrigado a arcar com o prejuízo ocasionado por alguém com quem tenha vínculo, não pode figurar, no sequestro penal, como integrante do polo passivo.

Se o empregado, no exercício de suas funções laborais, causa lesão patrimonial a outrem, e tal conduta, em tese, configura delito, no âmbito civil, o empregador é responsável pela reparação (art. 932, III, do CC). Na justiça criminal, entretanto, não poderá ser atingido por medidas cautelares, tampouco poderá, na mesma seara, figurar como réu em demanda de conhecimento (ou seja, não poderá ser denunciado).

O art. 144 do CPP alude somente à hipoteca legal e ao arresto, e daí se poderia deduzir, pelo critério da exclusão, que, no caso de sequestro, o responsável civil teria legitimidade, tal como o autor da conduta, a sofrer a constrição de bens. Não é assim, contudo. O mencionado dispositivo é supérfluo e diz menos do que deveria, pois se trata de norma explicativa.

Ao disciplinar a especialização e registro da hipoteca, a lei faz menção ao indiciado (art. 134 do CPP). Ainda que se imagine que houve equívoco redacional, na medida em que parcela da doutrina entende que o correto teria sido mencionar o réu, no que aqui interessa, a distinção entre as figuras é irrelevante. Caso se entenda que o correto é acusado (ou se imagine que é adequado falar em indiciado), em ambas as situações o que se percebe é que somente a pessoa que é a provável autora do ilícito tem legitimidade. Ou seja, está excluído o responsável civil. Não poderia ser diferente. A garantia real é conferida somente sobre os bens do suposto autor da infração (art. 1.489, III, do CC).

O art. 136 é silente quanto à legitimidade. Mas se o arresto visa assegurar o registro da hipoteca, e esta cabe somente em face do imputado, não poderia outra pessoa ser alvo da

³⁶⁴ É por assim ser que PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 26), ao abordar a previsão do art. 126 do CPP, diz que “o indício surge, como elemento mínimo, sem o qual não se pode sequestrar. Ou há, ao menos, indícios da proveniência ilícita dos bens, ou não há sequestro”.

cautelar mencionada. O mesmo se diga em relação ao art. 137, que emprega o termo responsável. No caso, o único responsável é quem figura como provável autor da infração.

Indiciado, procede o esclarecimento, não é apenas aquele que pratica o núcleo do tipo penal. O partícipe é igualmente indiciado, e igualmente responsável pelas obrigações penais e civis. Pelo art. 29 do CP, responde criminalmente; pelo art. 186 do CC, civilmente. A norma extrapenal não faz divisão entre autor e partícipe. Diz que o indivíduo que, por ação ou omissão, violar direito e causar dano, pratica ato ilícito. O partícipe, tal como o autor, viola direito e pode causar dano. A consequência, quando mencionado resultado se faz presente, é o dever de reparação (art. 927 do CC).

De se notar que mencionado dispositivo, em consonância com o outro citado, não se refere ao autor nem ao partícipe. Trata-se de técnica legislativa, e no âmbito civil é melhor que assim seja. Se a responsabilidade é solidária (art. 942 do CC), não faz sentido proceder à divisão. Diferente é no campo penal. Ali, a responsabilidade é individual e na medida da culpabilidade. Quanto maior o grau, maior a pena. No cível, não. Maior ou menor, o indivíduo arca com todo o prejuízo. A norma do art. 944, p.u., do CC é excepcional, e vale para todos que concorreram para o ilícito (e pode ser aplicada mesmo quando há um único autor – sem partícipe). Na via regressiva, eventualmente se discute grau de culpa. Para o que aqui interessa, a discussão não procede.

O citado art. 942 do CC, ao tratar da responsabilidade solidária, expressamente se refere ao autor. Só a ele. Da leitura do dispositivo, se poderia, então, concluir que o partícipe com ele não concorre na obrigação reparatória³⁶⁵. Não parece ser assim. A norma não está isolada. Precisa ser lida em conjunto com as demais, notadamente com as que compõem o mesmo Capítulo. Se o artigo que o inaugura, como visto, não procede à divisão, o que se conclui é que o art. 942 alude ao autor em sentido lato, isto é, ao autor propriamente dito e ao partícipe.

Se o Código parte da premissa de que inexistente a divisão feita pelo CP, qualquer previsão que menciona a figura do autor quer significar que responsável pelo dano é tanto a aludida

³⁶⁵ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 136) diz o art. 942 do CC “não mencionou o partícipe – que é aquele que não participa dos atos de execução do delito. Se a solidariedade nasce da lei e não há menção ao partícipe, a presunção é de inexistência de solidariedade para o partícipe. Em suma, a presunção se inverte: a não-solidariedade se presume, porque a solidariedade não se presume”.

figura (propriamente dita) quanto o partícipe³⁶⁶. O que interessa, para o âmbito da responsabilidade civil, é a prática do ilícito. Ilícito esse que independe do critério da tipicidade. O autor, assim como o partícipe, viola o direito alheio. Ou seja, ambos praticam ilícito. E por agirem em conjunto, respondem solidariamente.

O art. 942, p.u., do CC estabelece a responsabilidade solidária entre autores e coautores, e a estende às pessoas designadas no art. 932 do mesmo diploma. Ali estão os indivíduos que respondem por ato alheio. Um exemplo é o pai, que arca com os prejuízos que o filho menor, que estiver sob sua autoridade e companhia, causar (art. 932, I). Outro caso é o do empregador, que responde pelos danos ocasionados pelo empregado no exercício do trabalho que lhe competir (art. 932, III).

Se, como se nota, algumas pessoas respondem pelo dano sem que adotem qualquer conduta que lhe possa diretamente ser imputada, não parece possível excluir a responsabilidade do partícipe pelo só fato de o CC não adotar a mesma nomenclatura e divisão seguida pelo CP. O CC/16, no art. 1.518, p.u., que corresponde ao atual art. 942, p.u., CC/02, mencionava o cúmplice. O mesmo termo era empregado pelo Código Penal de 1890 (arts. 17 e 21). Trata-se de coincidência de nomenclatura, e isso se mostra salutar. Mas o que interessa não é o rótulo, senão o conteúdo. Quando a lei atual se refere ao autor e ao coautor, abrange o partícipe.

O partícipe não deixa de ser coautor. De algum modo, o partícipe concorre para o ilícito (e no que aqui interessa, o ilícito civil). Por assim ser, responde pelos seus atos. Tendo sido prevista a responsabilidade solidária, suporta, perante o credor, a responsabilidade integral. Na via subsidiária, discute com os demais autores a parcela de sua responsabilidade.

A conduta do indivíduo é que interessa. Se se trata de concausa para o resultado danoso, responde o agente perante o credor pelo prejuízo ocasionado³⁶⁷. Se, no caso específico, houve

³⁶⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de (Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 932) anota que “assim sucede nos casos de responsabilidade indireta, ou seja, por fato de terceiro, tal como previsto no art. 932, o que se explicita no parágrafo da norma em comento, apenas, em relação ao art. 1.518, do CC/1916, ajustando-se a denominação dos coautores. Bem de ver, todavia, que nessa coautoria deve incluir-se também o partícipe do direito penal, não havendo, para a responsabilidade civil, de proceder à distinção respectiva que há no direito penal. Para fins civis, responde solidariamente quem tenha, de forma eficiente, concorrido à causação do dano, portanto cuja conduta se integre no nexa causal, posto que plúrimo”.

³⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies*. Fontes e espécies. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 22, p. 191-192) anota que “há *concausação* quando duas ou mais pessoas concorreram para o mesmo resultado. Os responsáveis são coautores, porque houve concausas, e não uma causa só, ou pluralidade de causas para resultados diferentes, que deram ensejo

concorrência de condutas, aqueles que praticaram o ilícito respondem de forma igualitária. Exemplo: o indivíduo empresta a arma de fogo para o colega roubar; o crime é praticado e o lucro dividido. Os bens adquiridos com o provento da infração são sequestráveis.

É ainda legitimado a ocupar o polo passivo da ação de sequestro aquele que recebeu os objetos que representam o proveito indireto do delito. O art. 125 do CPP determina a constrição dos bens adquiridos com os proventos do crime, ainda que não mais pertençam ao autor (ou partícipe). Logo, a legitimidade é também do terceiro. Ademais, se este é legitimado a opor embargos (art. 130, II, do CPP), isso quer significar que pode sofrer a constrição.

A condição de terceiro de boa-fé (ou de alheio ao fato) é o que o exime da responsabilidade. Não se há, porém, de confundir legitimidade com responsabilidade. Legitimado é o terceiro, que, se recebeu os bens de má-fé, arca com as consequências decorrentes (e subsequentes) do sequestro. É certo que, se a boa-fé se mostra evidente desde logo, não tem razão a constrição. Não se trata, porém, de problema de legitimidade. Não se sequestra, pois se sabe de antemão que a medida será revogada por ser descabida.

O art. 125 do CPP não esclarece se a transferência feita ao terceiro é da posse ou da propriedade. A mesma dúvida exsurge do art. 130, II, do citado diploma, que trata dos embargos. A ausência de especificação leva a crer que, em qualquer das situações, se faz possível a inclusão do terceiro no polo passivo. Tenha ele recebido todos ou alguns dos poderes inerentes à propriedade, suportará os ônus do sequestro quando não estiver de boa-fé.

A legitimidade do terceiro, portanto, é ampla, e não raro, na prática, se constatará que houve apenas cessão da posse. É o caso, por exemplo, do agente que, com o proveito do furto que praticou, adquire um veículo, e o deixa com algum de seus parentes. Constatado que o bem é produto indireto do crime, a medida em comento tem de incidir. O familiar, que exerce posse, terá a sua esfera de direitos atingida, pois se trata de possuidor.

Quando da análise dos embargos, será posta em discussão a questão referente ao conhecimento do terceiro sobre a origem da coisa que lhe foi cedida. Aqui, cabe apenas a discussão a respeito da legitimidade.

ao dano. Os concausadores ou são instigadores, ou cúmplices, ou causadores, sem ligação, do mesmo dano, que nenhum deles, sozinho, poderia determinar”.

5.4.3.2. Hipoteca legal

O art. 134 do CPP tem redação dúbia. Menciona o indiciado ao mesmo tempo em que diz que o registro da garantia real pode ser postulado em qualquer fase do processo. A matéria, no que toca ao momento a partir do qual pode ser feito o pedido, já foi analisada³⁶⁸. Cabe, neste tópico, a discussão a respeito de quem tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que visa a especialização e a inscrição da hipoteca.

Tal como ocorre em relação ao sequestro, a lei emprega o termo indiciado. Acrescenta que, para a incidência da medida, há necessidade de demonstração de certeza da infração e indícios suficientes de autoria. Trata-se, ao que se vê, de norma explicativa, ainda que desnecessária, na medida em que somente se procede ao indiciamento quando estão presentes tais elementos³⁶⁹.

Se se entende que somente após o oferecimento e recebimento da denúncia se faz possível a dedução do pleito de registro da hipoteca, legitimado passivo será o réu ou acusado. Se se tratar de ação penal privada, o querelado.

Os imóveis são transmitidos com o registro (art. 1.245, *caput*, do CC), e nisso se diferenciam dos móveis, cuja propriedade é transferida mediante tradição (art. 1.267, *caput*, do CC). Como a hipoteca recai sobre bem de raiz, atingirá as coisas que possuem tal natureza e que compõem o patrimônio do imputado (aqui entendido como indiciado ou réu).

A existência de imóvel no patrimônio do agente, entretanto, não é questão relacionada à legitimidade. Em outros termos, quem ocupará o polo passivo será aquele indivíduo contra o qual pesam indícios de autoria. Saber se ele é ou não proprietário de bem de raiz é matéria afeta ao mérito.

O art. 135, § 1º, do CPP estabelece que a petição inicial do pedido de registro de hipoteca será acompanhada do documento comprobatório do domínio. No caso, a certidão da matrícula.

³⁶⁸ Vide item 5.2.1.2.

³⁶⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 40) anota que indiciado “é aquele sobre quem recaiam, no correr do inquérito policial, os indícios, ou outros meios de provas, bastantes para acusar em juízo, de haver perpetrado uma infração penal, cuja existência se acha suficientemente evidenciada”.

Se o postulante não a apresenta, a inicial é indeferida por ausência de documentos essenciais (art. 320 e art. 321, p.u., ambos do CPC).

O responsável civil não pode ter bens hipotecados. Há diversas razões para assim concluir. O art. 1.489, III, do CC menciona somente o delinquente. O art. 134 do CPP alude ao indiciado e o art. 144 do mesmo diploma estabelece que apenas no juízo cível terá cabimento o registro da garantia real em face dos bens do responsável civil.

Perceba-se, porém, que a leitura isolada desse último dispositivo pode levar a equívocos. O CC/02, seguindo, neste ponto, a orientação do diploma de 1916, não conferiu hipoteca sobre os bens do responsável civil. A previsão do CPP, portanto, desde a sua edição é incorreta. Não há como postular, qualquer que seja o juízo, o registro da mencionada garantia real sobre bens de pessoa diversa daquela que figura como indiciado ou réu.

Caso, porém, seja pedida a providência em face do responsável civil, o que tem de ser analisado são os termos da petição apresentada pelo demandante. Se ele expressamente diz que o demandado ostenta a qualidade de responsável civil, constata-se a ilegitimidade. Se, diferentemente, afirma que o indivíduo é o provável autor da infração (acusado ou indiciado), duas situações podem se vislumbrar: erro na petição inicial, o que se dá na hipótese de, por equívoco, mencionar um nome no lugar de outro; ausência de demonstração do fato afirmado, o que é matéria relacionada ao mérito.

Aparentemente, o legislador brasileiro, ao redigir o art. 144 do CPP, levou em consideração o regramento dado à matéria na Itália, não atentando ao fato de que aqui vigorava (e ainda vigora) sistemática diversa. Como visto, tanto o CC revogado quanto o atual não preveem hipoteca sobre bens do responsável civil. Diversamente, o art. 190 do CP da nação citada dispunha que a garantia real em comento se estendia aos bens do civilmente responsável³⁷⁰. Em consonância com tal regra, o art. 2817, 3, do CC italiano confere hipoteca legal em favor do Estado sobre os bens do imputado e do responsável civil, de acordo com as disposições do CP e do CPP.

Não há como concluir que o art. 144 do CPP criou diversa espécie de hipoteca legal. De acordo com a redação do dispositivo, o interessado poderá requerer a medida contida no art. 134 do mesmo diploma, que é justamente a especialização e o registro da garantia real sobre os

³⁷⁰ O dispositivo foi revogado em 1989, quando passou a vigorar o CPP elaborado em 1988.

bens do suposto autor da infração penal. Não se trata, portanto, de previsão que cria mais uma hipótese de hipoteca legal³⁷¹.

No que toca ao partícipe, não parece haver dúvida quanto a sua responsabilidade perante o lesado. Se por um lado a redação do art. 1.489, III, do CC peca por aludir ao delinquente, na medida em que somente após o trânsito em julgado da condenação se saberá se efetivamente o indivíduo merece ou não mencionado atributo, por outro evidencia que qualquer um que concorra para a infração terá seus bens sujeitos à hipoteca legal.

A responsabilidade é solidária (art. 942 do CC), e isso é confirmado pela previsão da hipoteca legal (art. 1489, III). Delinquente é a pessoa que infringe a lei penal. Tanto aquele que pratica a conduta descrita no tipo quanto os que concorrerem para que o resultado danoso se efetive (art. 29 do CP) delinquem. Por isso, respondem em conjunto pelo prejuízo ocasionado.

5.4.3.3. Arresto

Mais uma vez se diga: há arresto prévio e arresto subsidiário. Na primeira hipótese, a medida é imposta para tornar efetiva a inscrição da hipoteca. Como o procedimento para se efetivar a garantia real é lento, pode nesse intervalo o indivíduo se desfazer de seus imóveis, inviabilizando o registro. Para impedir tal conduta, arresta-se previamente. Na segunda hipótese, arrestam-se móveis em decorrência da inexistência de imóveis ou por sua insuficiência.

Nas duas situações, como é possível perceber, a providência tem ligação com a hipoteca legal. Por conta disso, precisam seguir a mesma sistemática. No que se refere a quem pode sofrer arresto, a legitimidade é exclusiva do suposto infrator da lei penal. Em outros termos, tal como ocorre em relação à garantia real, a medida é descabida em face do responsável civil.

Não há, é verdade, que se falar, em relação ao arresto, como instituto autônomo, em princípio da enumeração taxativa. Logo, se a citada cautelar não tivesse, como tem pela

³⁷¹ Sobre o tema, GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 137-138) diz que “não obstante o Código Civil confira hipoteca sobre os imóveis do acusado, silenciando sobre o responsável civil, o artigo 144 do Código de Processo Penal determina que tal medida seja requerida contra o responsável civil apenas no juízo cível, porque o responsável não é parte no processo penal”. De sua parte, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 161), quando abordam a previsão do art. 144 do CPP, sustentam que, no juízo cível, “poderão os interessados ou o MP promover a especialização da hipoteca legal e o arresto de bens do responsável civil”.

sistemática criada pelo CPP, ligação com a hipoteca legal, poder-se-ia discutir a sua abrangência subjetiva. No entanto, como está atrelada à citada garantia, segue-a, funcionando como seu acessório.

Arrestáveis são, portanto, os bens daqueles que figuram como os prováveis autores do ilícito. O art. 136 do CPP, que disciplina o arresto prévio, não menciona quem o pede e quem o sofre. Mas se ele visa resguardar a hipoteca, no polo ativo estará o lesado, ao passo que o passivo será ocupado pelo suposto infrator.

O art. 137 do CPP disciplina o arresto subsidiário, que é aquele que se aplica na ausência ou insuficiência de bens de raiz, ou seja, sobre os imóveis de quem praticou ou concorreu para a prática da infração.

A lei alude ao responsável, e em decorrência do emprego dessa nomenclatura o intérprete pode ser induzido a erro. Se o legislador escolheu denominar a pessoa que tem contra si impostas as medidas assecuratórias de indiciado (arts. 125 e 134), deveria também no art. 137 empregar o mesmo termo. Ainda que suscetível de crítica, a opção pela adoção da mencionada palavra (indiciado) leva à conclusão de que o alvo da medida é quem infringiu a lei.

Diferentemente, quando se fala em responsável, vem à mente a ideia de um terceiro, ou seja, o responsável civil, que é a pessoa que responde pelo prejuízo ocasionado independentemente de efetiva atuação. O art. 137 é fruto, portanto, de equívoco redacional. Leia-se responsável como indiciado.

A discussão a respeito do momento a partir do qual o arresto pode ser imposto foi objeto de outro tópico³⁷². De todo modo, e para fins didáticos, caso se adote o posicionamento no sentido de que a medida somente tem cabimento quando iniciado o processo, leia-se responsável como acusado (ou réu).

³⁷² Vide item 5.2.1.3.

6. OPERACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Tendo sido vistas, no campo teórico, as discussões a respeito de diversos pontos relativos às medidas assecuratórias, cabe na sequência abordar como se faz para operacionalizar o sequestro, a especialização e o registro da hipoteca e o arresto.

Em um primeiro momento, serão analisados os atos que precisam ser praticados por parte de quem postula a medida. Posteriormente, em tópico específico, serão abordadas as formas de defesa disponíveis em favor de quem tem seus bens atingidos.

6.1. SEQUESTRO

Compete ao legitimado ativo, que pretende o sequestro de bens, apresentar petição em que descreve os fatos, justifica a medida (ou seja, apresenta os fundamentos jurídicos) e formula o pedido. Como se trata de ação, é correto dizer que a peça que a inaugura é a inicial.

Se o autor é o Ministério Público, não se mostra necessária a justificativa da legitimidade. O órgão acusador está autorizado a pleitear o sequestro até mesmo quando a ação penal é de iniciativa do particular. Diferentemente, quando o pedido parte do lesado, é importante que na sua manifestação se esclareça a mencionada qualidade, descrevendo-se aquilo que explica a condição de quem sofreu o prejuízo econômico. Isso também é importante nas situações em que a vítima postula a medida.

Como a autoridade policial, de acordo com o posicionamento que se adotou, não está autorizada a se manifestar pela imposição do sequestro, não se abordará a forma como teria de apresentar a representação. Igualmente, diante da impossibilidade de o juiz decretar de ofício a constrição, não cabe verificar como ele assim agiria.

É certo que o autor terá de indicar os bens em que consistem o provento da infração e esclarecer se estão na posse do próprio indivíduo que figura como provável infrator ou com terceiro. Essa é a exigência legal. Mas é justamente aí que está a dificuldade no manejo do sequestro. Muitas vezes, diante da situação concreta, é difícil identificar aquilo que foi adquirido com o lucro ilícito.

Melhor teria sido se o Brasil adotasse a sistemática de Portugal, e se importasse não com o bem específico, mas simplesmente com o objetivo de impedir o lucro com o crime. O modelo,

porém, é diferente. Compete, pois, ao demandante esclarecer aquilo que foi obtido com o preventivo do delito.

Perceba-se, porém, que, em razão de não ser exigido em medidas cautelares prova robusta, são suscetíveis de sequestro os bens que provavelmente foram adquiridos com a vantagem econômica obtida com a infração. A pessoa que antes do crime pouca coisa tinha, e depois se tornou titular de patrimônio considerável, dá sinais de que o alcançou com os frutos da atividade contrária ao direito. O art. 126 do CPP é expresso no sentido de que basta a presença de indícios da proveniência ilícita.

O demandante, então, demonstrará a ocorrência da infração, o que poderá ser feito com alusão às peças constantes do inquérito policial (ou outro procedimento investigativo), e quem é o provável autor. Também aqui está autorizada a utilização dos elementos obtidos durante as investigações. Como isso, resta evidenciado o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, no caso do sequestro, está consubstanciado na transformação do proveito direto em indireto. A prática de tal ato revela que a pessoa pretende ocultar (ou dissimular) aquilo que alcançou, em primeiro lugar, em decorrência da infração legal.

Ao final da petição, depois de indicar onde os bens estão situados (e se estão na posse de terceiro), cabe ao interessado pleitear a constrição. Nisso consiste o pedido. É dispensado o requerimento de produção de provas, pois não há dilação probatória. Igualmente, se mostra desnecessária a atribuição de valor à causa, pois, no juízo penal, as custas não são calculadas tomando-se por base a expressão econômica da demanda.

Aquele que figura como ocupante do polo passivo, o réu da ação cautelar, precisa ser citado. Mas o ato não é praticado para lhe permitir a apresentação de contestação. A defesa se faz por embargos (art. 130 do CPP), e esse tema será objeto de análise em outro tópico³⁷³.

6.1.1. Providências e consequências que se sucedem após o deferimento

Deferido o sequestro, cumpre verificar qual espécie de bem sofreu a constrição. Se se trata de imóvel, o juiz determina o registro da medida (art. 128 do CPP). Na matrícula, então, constará a existência do sequestro, e com isso terceiros não poderão alegar desconhecimento³⁷⁴.

³⁷³ Vide item 7.1.1.

³⁷⁴ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 379.

A aquisição de bem sequestrado é ineficaz, não surtindo efeitos perante o sequestrante e demais beneficiários da medida³⁷⁵.

Assim, quem adquire uma casa que foi sequestrada, não poderá, quando eventualmente for declarado o perdimento, se opor às consequências. O comprador, mesmo sem ter qualquer envolvimento com o crime, estará impedido de exercer os poderes inerentes à propriedade. Diversamente, se ao final do processo o sequestro é levantado, o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que se constata que o bem não é provento de delito, a compra e venda torna-se plenamente eficaz e produz efeitos perante todos, inclusive em relação a quem postulou a constrição.

O art. 139 do CPP, em sua redação original, aludia ao sequestro, denominação que abrangia o sequestro propriamente dito e o arresto. Foi com a reforma de 2006 que se inseriu no Código o termo arresto. A modificação legislativa, no que aqui interessa, foi ruim. A redação atual alude somente ao arresto, e ali consta que o depósito e administração do que foi arrestado estará sujeito ao regime do processo civil.

Diante da previsão, o que se constata é que, em relação ao sequestro, não mais existe determinação para aplicação das regras do CPC. Ocorre que, no CPP, não foi traçado o regramento sobre os bens sequestrados. Logo, diante da omissão, não resta alternativa a não ser observar as normas processuais civis (art. 3º do CPP). Melhor, portanto, teria sido se o legislador de 2006 apenas acrescentasse ao art. 139 o termo arresto.

Quando o bem é sequestrado, arrestado, penhorado ou arrecadado, precisa ser entregue a depositário ou administrador, o qual será responsável pela guarda e conservação. É isso o que determina o art. 159 do CPC. É viável, em razão da previsão em comento, que o próprio titular do bem constrito figure como depositário. Faz-se necessária, contudo, a anuência do beneficiário da medida para que isso ocorra ou que haja dificuldade de remoção (art. 840, § 2º, do CPC). Não havendo concordância, e sendo fácil a retirada, entrega-se ao depositário judicial (art. 840, II, do CPC)³⁷⁶.

³⁷⁵ O negócio jurídico que envolve bem sequestrado existe e é válido. Ele apenas não surte efeitos perante quem possui a garantia. Ou seja, lhe é inoponível.

³⁷⁶ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 363) defende que “sequestrado o imóvel, será depositado em mãos de depositário público, onde houver, ou em mãos de depositário particular escolhido pelo oficial da diligência”.

Portanto os móveis suscetíveis de constrição e de fácil remoção, dada a possibilidade de disposição e ocultação, como regra, serão entregues ao depositário judicial. Diferentemente, se se tratar de bem de difícil remoção, ficarão em poder de quem sofreu a medida (art. 840, § 2º, do CPC).

O art. 840, I, do CPC estatui que dinheiro, papéis de crédito, pedras e metais preciosos serão depositados no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal ou outro banco de que o Estado (ou o DF) seja o sócio ou acionista majoritário. Previsão semelhante consta do art. 144-A, § 4º, do CPP. Não custa lembrar, porém, que quando há constrição de numerário, a medida a ser tomada é arresto.

No caso de pedras e metais preciosos, assim como joias, o depósito tem uma exigência particular. É necessário que se registre o valor estimado de resgate (art. 840, § 3º, do CPC).

Se se trata de imóvel, a princípio, é prescindível a nomeação de terceiro para exercer o mister. O registro do sequestro na matrícula se mostra suficiente para impedir que o sequestrante sofra consequências prejudiciais em virtude de eventual alienação. A nomeação de outro depositário tem cabimento quando, por ação ou omissão, aquele que sofreu a constrição não atua com diligência, deixando a coisa em abandono ou, então, a danifica.

Nas hipóteses de imóvel rural, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, o depositário, a princípio, será quem foi atingido pelo sequestro. Mas para que isso se verifique, precisará ser prestada caução (art. 840, III, do CPC).

Não se pode perder de vista, por outro lado, que quem sofre a constrição, isto é, o titular da propriedade ou da posse, não tem a obrigação de figurar como depositário. É o que estabelece a Súmula 319 do STJ³⁷⁷. Em caso de recusa, haverá necessidade de nomear terceiro (ou depositário judicial).

O sequestro, como visto, não atinge apenas imóveis, senão também móveis. Nesse caso, porém, não há como o juiz determinar a inscrição no Registro de Imóveis, apesar do silêncio do art. 128 do CPP, que não diferencia as duas espécies de bens³⁷⁸.

³⁷⁷ A Súmula 319 do STJ dispõe que “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

³⁷⁸ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 379.

Nos termos do art. 160, *caput*, do CPC, aquele que exerce a função de depositário faz jus a remuneração. A lei não fala a quem compete arcar com a verba. Mas, diante do princípio da causalidade, que disciplina a sistemática do processo civil, o responsável pelo pagamento é quem deu azo à nomeação do terceiro. Se, por exemplo, o imputado, que teve bem seu sequestrado, não aceita figurar como depositário, arca com a mencionada verba.

Pontue-se, ainda a respeito do tema, que, se o depositário é uma das partes, este não tem direito à remuneração³⁷⁹. É isso o que se verifica na hipótese em que, sequestrado imóvel do réu, a função de depositário é por ele exercida.

6.1.1.1. Venda antecipada de bem constrito

O art. 144-A do CPP foi inserido com a reforça de 2012. Atualmente, está autorizada a venda antecipada de bens atingidos pelas medidas assecuratórias. O objetivo é preservar o valor, ou seja, impedir a depreciação. A providência será tomada, portanto, quando o bem estiver sujeito a deterioração ou houver dificuldade para a sua manutenção.

Duas são, portanto, as hipóteses. Na primeira (ou seja, se há depreciação ou deterioração), a lei cobra apenas a sujeição a tais fatores em qualquer grau; na segunda (isto é, quando há custos para a manutenção), exige-se a constatação efetiva da dificuldade.

Diante do teor da norma, a venda ocorrerá ainda que a depreciação seja mínima. O dispositivo é expresso no sentido de que a providência precisa ser tomada qualquer que seja o grau de perda do valor de mercado. Como, com o passar do tempo, na maioria das situações, as coisas se desvalorizam, o encaminhamento a leilão será a regra.

Existem hipóteses, porém, em que o bem não se desvaloriza. Algumas obras de arte, por exemplo, ganham valor com o tempo. Em casos assim, ao menos com fundamento na primeira hipótese, não se procederá à venda. Entretanto, pode a medida ser exigível com base em outro fundamento, qual seja, dificuldade de manutenção. Um quadro raro e valioso exige cuidados e custos elevados. Será, portanto, a situação concreta que terá de ser analisada, e o juiz precisará atuar com diligência. Não parece razoável vender bem raro e único para, ao final do processo,

³⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 292.

ser levantado o sequestro. O proprietário da coisa, embora receba o equivalente em dinheiro, fica impedido de reaver aquilo que lhe era exclusivo.

O leilão se faz eletronicamente (art. 144-A, § 1º, do CPP). O objetivo é alcançar grande número de interessados e, conseqüentemente, maior valor de venda. Há, aqui, uma diferença em relação ao processo civil, na medida em que, de acordo com o art. 879, II, do CPC, a hasta pública também pode ser presencial, embora somente aplicável quando inviabilizado o outro meio (art. 882, *caput*, do CPC).

Segundo o art. 144-A, § 2º, do CPP, os bens serão alienados pelo valor da avaliação ou por mais. O dispositivo, entretanto, não esclarece quem procede à avaliação. A mesma omissão é sentida no art. 133, *caput*. Diferentemente, o art. 135, § 2º, ao tratar da hipoteca, dispõe que, se não houver avaliador judicial, o juiz nomeia perito.

Da análise de tais previsões, constata-se que o experto é incumbido de proceder ao ato excepcionalmente. Na maioria dos casos, será o avaliador que cumprirá a tarefa, e referido servidor é o oficial de justiça. O CPP não esclarece quem é o avaliador. Aliás, somente no art. 135, § 2º, a ele se refere. O CPC, de sua parte, estatui que a avaliação é realizada por quem ocupa o cargo de oficial de justiça (art. 870, *caput*).

A nomeação do perito ocorrerá em duas situações: quando na comarca não houver oficial de justiça (art. 135, § 2º, do CPP) – hipótese rara de ocorrer; e se for necessário conhecimento especializado (art. 870, p.u., do CPC), ou seja, se o mencionado servidor não tiver condições de realizar o ato.

Não parece haver óbice quanto à aplicação do art. 871 do CPC no âmbito do processo penal. Conseqüentemente, a avaliação estará dispensada se, estimado o valor por uma das partes, a outra aceitar. Também não se realiza o ato se a medida recair sobre títulos, mercadorias, ações ou títulos de crédito com cotação em bolsa ou se se tratar de títulos da dívida pública. O art. 144-A, § 6º, do CPP reforça esse entendimento. Veículos automotores e demais bens que podem ter seu valor comprovado por pesquisas de anúncios têm igualmente dispensada a avaliação.

Não alcançada a venda pelo valor fixado para o primeiro leilão, no prazo de até dez dias proceder-se-á ao segundo ato. Neste, o bem poderá ser alienado por preço até 80% menor (art. 144-A, § 2º, do CPP). Valor inferior a citado percentual é considerado vil. Nisso, aliás, o

diploma mencionado se diferencia do regramento dado ao processo civil. Nos termos do art. 891, p.u., do CPC, considera-se irrisório preço inferior a 50% da avaliação.

Realizada a venda, o dinheiro obtido é depositado em conta vinculada ao juízo. Com o trânsito em julgado, se saberá a quem entregar. Se se tratar de absolvição, e não houver nenhuma pendência (como por exemplo demanda cível reparatória), o numerário será devolvido a quem sofreu a constrição. Se houver condenação, de acordo com o art. 144-A, § 3º, do CPP, opera-se a conversão em renda em favor da União, do Estado ou do Distrito Federal.

O dispositivo não pode ser interpretado em sua literalidade. Nem sempre a condenação enseja perdimento. O que tem de ser constatado é se se trata de bem adquirido com proventos da infração. A previsão em comento tem de ser lida em consonância com a regra que autoriza o sequestro e com o disposto no art. 91, II, do CP.

O art. 144-A, § 5º, do CPP dispensa o arrematante de ônus. Ou seja, ele está isento do pagamento de multas, encargos e tributos, os quais ficarão sob responsabilidade do antigo dono. É de se notar, porém, que a regra alude especificamente aos veículos automotores, embarcações e aeronaves.

Quando se trata de imóvel, embora os débitos tributários sejam sub-rogados no preço (art. 130, p.u., do CTN), o arrematante se torna responsável por eventuais débitos condominiais em aberto. Isso se dá em virtude de a obrigação ser *propter rem*. Vale dizer, para bem de raiz, não se aplica o dispositivo previsto na legislação processual penal.

Nos termos do art. 129 do CPP, o sequestro autua-se em apartado. Isso significa que a petição em que se postula a medida não é apresentada nos autos do inquérito ou nos autos judiciais. Há necessidade de distribuí-la por dependência e se opera a autuação em apenso.

6.1.2. Levantamento do sequestro

O art. 131 do CPP prevê três hipóteses em que o sequestro é levantado. São elas: não propositura da ação penal do prazo de sessenta dias contados da conclusão da diligência; dação de caução pelo terceiro que teve para si transferidos os bens atingidos pela medida; extinção da punibilidade ou absolvição com trânsito em julgado.

6.1.2.1. Não propositura da ação penal no prazo legal

Se o art. 127 do CPP estabelece que o sequestro tem como ser decretado antes do oferecimento da inicial acusatória, isso quer significar que a medida pode ser postulada quando ainda em curso as investigações, sejam elas objeto de inquérito policial ou qualquer outro procedimento com finalidade assemelhada.

O mesmo dispositivo, com intuito de evitar o surgimento de dúvidas, expressamente prevê que a aludida espécie de constrição está também autorizada quando em curso o processo. Se esta é a situação, não tem incidência o art. 131, I, do CPP, que pressupõe justamente a inexistência prévia de ação penal.

Portanto, somente se não há ação, a regra incide. Entretanto, para evitar situações injustas, não se deve aceitar a aplicação literal. O sequestro pode ser pleiteado pelo autor da ação penal (inclusive o ofendido) e pelo lesado (art. 127 do CPP). E eles não são os responsáveis pela prática de atos do inquérito. Logo, se se sujeitam à conduta de outrem, que no caso é a autoridade policial, não parece correto entender que sofram prejuízo em decorrência da omissão alheia.

Caso se entenda que o prazo, em qualquer situação, é fatal, quem de fato decide se o sequestro perdurará ou não é aquela personagem que, de acordo com a interpretação aqui seguida, não tem legitimidade para postular (nem interesse) sobre as consequências decorrentes da medida. Vale dizer, é justamente quem não dispõe do poder de dizer o direito e que, por tal razão, não pode se sobrepor àquele incumbido de tomar decisões judiciais.

Com efeito, se se adota o posicionamento de que o lapso temporal previsto na lei é insuscetível de dilação, cabe à autoridade policial, na prática, decidir se a medida perderá ou não efeito. Basta que seja moroso para que a medida decaia. E se essa consequência é imprescindível, verifica-se a quebra do sistema judicial. Por via transversa, quem preside a investigação exerce poder sobre quem decide.

Perceba-se a diferença que há entre o regramento do CPP e o do CPC. De acordo com o art. 308 deste último diploma, o autor tem o prazo de trinta dias para deduzir o pedido principal, e se o deixa escoar, cessa a eficácia da cautelar (art. 309, I). Tudo, portanto, fica a cargo do demandante. É ele que decide quando postula a medida, figurando igualmente como

o único responsável pelo aviamento da demanda principal. Vale dizer, não depende de ninguém, e por isso se mostra razoável entender que o lapso temporal mencionado é peremptório.

Não se pode sancionar alguém por conta da conduta de outrem, ainda mais quando, sobre o terceiro, a pessoa não exerce qualquer ingerência. Não tem cabimento o lesado (ou outro legitimado) ser prejudicado pelo fato de a autoridade policial não ter cumprido corretamente os prazos ou deixado de realizar diligência necessária para que se colhessem elementos mínimos necessários para a propositura da ação penal.

Embora tratando de matéria diversa, o STJ consolidou entendimento de que a demora decorrente do mecanismo da justiça impede o reconhecimento da prescrição e da decadência. É o que diz a Súmula 106³⁸⁰, que nada mais faz do que reconhecer que mencionados fenômenos somente acarretam consequências em face de quem se manteve inerte.

O mesmo entendimento tem de ser aplicado quanto ao sequestro penal. O que precisa ser verificado é se a eventual superação do prazo do art. 131, I, do CPP, que é decadencial³⁸¹, é imputável a quem postulou a medida. Se o for, a perda de efeito é justificada; do contrário, não³⁸².

Se há desídia por parte de quem pretende a medida, conseqüentemente não pode aquele que a sofre ter de aguardar indefinidamente. Quem tem seus bens sequestrados, se submete à constrição se e enquanto a parte contrária atua de maneira diligente.

O dispositivo em exame estabelece que o termo inicial é a data em que a diligência finda. A medida, para ser efetivada, no entanto, depende da prática de diversos atos. Por exemplo, o bem é apreendido e, na sequência, entregue para o depositário. O art. 308, *caput*,

³⁸⁰ A súmula 106 do STJ tem a seguinte redação: “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

³⁸¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 382.

³⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 796 a 812). In: BERMUDEZ, Sergio (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. 10, t. 1, p. 212) observa que “se deferida a medida, porque autorizada por lei, a própria lei ou as circunstâncias do caso concreto impedem o beneficiado com ela de propor a ação principal, subsiste a sua eficácia, em que pese o decurso dos 30 dias. Serão 30 dias mas não os 30 dias do prazo previsto em lei, que só pode ter início quando início tiver a possibilidade de propositura da ação principal”.

do CPC fala em efetivação da cautelar, termo que também era empregado no art. 806 do CPC/73, e que transmite a mesma ideia daquela contida na legislação processual penal³⁸³.

Efetivação e conclusão não são sinônimos de deferimento. Logo, é de se ter presente que o prazo não se inicia com a prolação da decisão que acolhe o pleito do autor³⁸⁴. O sequestro está efetivado a partir do momento em que o possuidor é retirado do livre exercício dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, quando a sua esfera de direitos é concretamente atingida. Isso se verifica na hipótese em que lhe é retirado o bem móvel ou quando lhe é atribuído (e assumido) o papel de depositário do imóvel³⁸⁵.

Superado o prazo legal, a perda de eficácia é automática³⁸⁶. O ato do juiz é declarativo, e não constitutivo negativo³⁸⁷. O que, porém, pode ocorrer é a necessidade de se determinar a realização de algum ato para que se concretize o desfazimento.

O CPP não esclarece se é possível renovar o pedido de sequestro após o levantamento em decorrência da perda do prazo. O art. 309, p.u., do CPC, diferentemente, trata do tema. Estabelece que, cessada a eficácia da medida por qualquer motivo, somente sob novo fundamento a cautelar tem cabimento.

A regra é intuitiva, e pode ser aplicada no âmbito do processo penal. Se o interessado adota comportamento desidioso ou omissivo, revela que a urgência, que é requisito da medida, não está presente. Ou seja, demonstra que os atos praticados até então por quem é alvo do sequestro não são graves o suficiente. Portanto, somente se algo novo ocorrer, se justificará o deferimento da cautelar.

³⁸³ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 389.

³⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 83) diz que “a jurisprudência que conta da data do deferimento do pedido (*e. g.*, 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7 de junho de 1949, *R. F.*, 127, 463) infringe a lei”.

³⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1268) anota que “o termo inicial do prazo é a data em que for concluída a diligência. No caso do sequestro de imóveis, considera-se concluída a diligência no momento em que for lavrado o compromisso do depositário”.

³⁸⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 81) anota que “a perda da eficácia é *ipso iure*. Uma das consequências disso é não se precisar do despacho declarativo da não eficácia, menos ainda do despacho constitutivo negativo (nada há que se tenha de desconstituir). Não se trata de *revogação* ou de *modificação*, mas de *perda de eficácia*”.

³⁸⁷ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 151) sustenta que “o sequestro é levantado independentemente de requerimento do indiciado, podendo o juiz agir de ofício”.

6.1.2.2. Prestação de caução pelo terceiro

A segunda hipótese legal que autoriza a cessação dos efeitos do sequestro consiste em o terceiro, a quem teriam sido transferidos os bens adquiridos com os proventos do ilícito, prestar caução. É isso o que dispõe o art. 131, II, do CPP, que mantém até hoje a redação original.

A propósito, cabe aqui apontar o descaso do legislador com o processo penal. O dispositivo em comento é o retrato disso. Embora o Código já tenha sofrido diversas alterações, tendo ao menos três delas focado, dentre outros, o capítulo das medidas assecuratórias, até o momento a referência existente na norma é do Código Penal em sua versão anterior à de 1984.

A insistência em não corrigir o equívoco redacional pode levar o intérprete a erro, na medida em que atualmente o perdimento dos bens está disciplinado no art. 91 do diploma por último citado, e não mais no art. 74.

O que interessa, com o uso do sequestro, é garantir a possibilidade de futuro perdimento, e por isso se faculta a apresentação de garantia. Sucede que, ao permitir tal prática, o CPP acaba por dar à medida roupagem semelhante àquela que lhe é atribuída pela lei portuguesa. Mais uma vez se diga que, para os lusitanos, não importa exatamente o bem; o que interessa é impedir a obtenção de lucro com o ilícito. É indiferente se a vantagem foi convertida nesse ou naquele objeto. Vigem a fungibilidade.

A partir do momento em que o art. 131, II, do CPP autoriza o depósito de caução, cria, ainda que de forma excepcional, nova sistemática quanto ao perdimento. A regra, pela lei brasileira, é o sequestro daquilo que foi adquirido pelo agente com o provento do ilícito (art. 125 do CPP). Mas se o terceiro, para quem foram transferidos tais bens, tem a faculdade de prestar caução, isto é, de dar em garantia algo em substituição à coisa específica, o que se nota é que o importante é o equivalente econômico, e não propriamente o bem.

O terceiro, por exemplo, deposita o numerário, e com isso torna o bem livre de ônus. Pode vendê-lo, e quem o adquire não se sujeita à posterior privação. O negócio jurídico que tem por objeto a coisa anteriormente sequestrada é existente, válido e eficaz. Se, no futuro, quando da sentença penal, ficar constatado que houve lucro com a prática do delito e que o proveito foi transferido ao terceiro, que se constatou não estar de boa-fé, a caução em dinheiro

por este prestada é perdida em favor da União em substituição aos bens que se sujeitariam à medida (art. 91, II, *b*, do CP).

Quando isso ocorre, se torna desnecessária a prática dos atos previstos no art. 133, *caput*, do CP. O juiz não precisa determinar a avaliação do bem e a venda em leilão. O valor, apresentado a título de caução, é de logo recolhido ao erário, se não for devido ao lesado ou a terceiro de boa-fé (art. 133, § 1º, do CPP).

O que o CPP não faz é explicar por qual razão autoriza o terceiro, e somente ele, a prestar caução. Se não se trata de um equívoco quando da elaboração da norma, o que se percebe é a intenção deliberada de complicar algo que poderia ser simples.

Perceba-se que o art. 131, II, do CPP não qualifica o terceiro³⁸⁸. Isto é, não especifica se se trata de pessoa que está de boa ou má-fé. Nem poderia ser diferente, pois no momento em que se presta a caução não se sabe qual é (ou foi) a intenção do indivíduo.

Nos termos do art. 130, p.u., do CPP, os embargos somente podem ser julgados depois da formação da coisa julgada em relação à sentença condenatória. Um dos fundamentos possíveis na ação é a aquisição de boa-fé (art. 130, II, do CPP). Trata-se de matéria a ser alegada pelo terceiro. Consequentemente, somente depois da prestação da caução é que se poderá dizer que não houve má-fé. E se isso ocorrer, o que se dá é a devolução da garantia prestada.

O recolhimento do numerário a tal título, do que se depreende do art. 131, II, do CPP, ocorre em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso se constata pela parte final do dispositivo, que estabelece que a fiança serve para garantir o perdimento.

O CPP não enumera o que pode ser apresentado como caução. No art. 330, *caput*, ao tratar da fiança, permite sejam dados como garantia dinheiro, pedras, metais e objetos precisos, além de títulos da dívida pública (federal, estadual ou municipal) e hipoteca inscrita em primeiro lugar.

³⁸⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 423) igualmente não sustenta que o legitimado a prestar caução é o terceiro de boa-fé. Diz apenas que a apresentação se faz pelo terceiro. Em sentido diverso, aduzindo que a caução é prestada pelo terceiro de boa-fé: GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 153.

Em outra passagem, constante do revogado Livro IV, que tratava da execução, se encontra a menção à caução real ou fidejussória (art. 687, II)³⁸⁹. Enquanto a primeira consiste na entrega de coisa em garantia, a outra se consubstancia na apresentação de alguém como coobrigado³⁹⁰: uma das modalidades é a fiança.

Como no art. 131, II, do CPP, a lei não especificou a espécie de caução a ser ofertada pelo terceiro. Diante apenas do silêncio, seria possível concluir que o sequestro tem como ser levantado se aquele que teve seus bens atingidos apresenta alguém como fiador. Não é isso, porém, o que ocorre³⁹¹. A sistemática de como se opera a perda de bens revela que somente a garantia real tem como ser prestada.

O art. 133 do CPP estabelece que, formada a coisa julgada sobre a sentença penal que decreta o perdimento, o juiz determina a avaliação e venda dos bens para que o produto seja dado ao lesado, ao terceiro de boa-fé e ao erário. Com isso se percebe que não há como substituir o sequestro por caução fidejussória.

Não cabe, atualmente, discutir se, em relação ao tema caução, incide a disciplina do CPC ou do CPP. O diploma de 2015 não especifica aquilo que pode ser dado como garantia. Ao tratar da tutela de urgência (art. 300, § 1º), prevê que o juiz, para garantir eventual direito do réu, pode exigir que o autor preste caução real ou fidejussória. Ou seja, a menção é genérica.

A discussão, mesmo anteriormente, não fazia muito sentido, pois a disciplina nos dois estatutos era semelhante³⁹². O que importa saber é que somente se deve aceitar garantia real. No mais, cumpre ao magistrado verificar se o bem ofertado cobre o valor do bem sequestrado.

³⁸⁹ O art. 690, II, do CPP também alude à caução real ou fidejussória.

³⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva (*Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 4, p. 220) diz que na garantia pessoal ou fidejussória “uma pessoa estranha à relação obrigacional principal se responsabilize pela solução da dívida caso o devedor deixe de cumprir a obrigação”.

³⁹¹ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro: arts. 1 a 200*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 373) segue orientação diversa, dizendo que “a caução poderá ser prestada por meio de hipoteca, penhor, depósito ou fiança”.

³⁹² NORONHA, Edgard Magalhães (*Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 72), após mencionar as posições de Espínola Filho e Tornaghi, o primeiro sustentando a aplicação do CPC e o outro a incidência do CPP, anota que “não há grandes diferenças entre os objetos da caução, cremos, entretanto, que a preferência deve ser dada ao estatuto penal, por analogia perfeitamente admissível”.

6.1.2.3. Extinção da punibilidade ou absolvição

No art. 131, III, do CPP estão previstas mais duas hipóteses de levantamento do sequestro. Isso ocorre quando, por sentença transitada em julgado, o réu é absolvido ou tem declarada extinta a punibilidade.

O dispositivo em comento, diferentemente do art. 141 (que fala em sentença irrecorrível), alude expressamente ao trânsito em julgado. A ideia transmitida nas duas normas, porém, é a mesma. Ou seja, a lei estabelece que as medidas assecuratórias perdem efeito somente quando são esgotadas as vias recursais.

Trata-se de opção legislativa, e, embora suscetível de crítica, não viola qualquer princípio que rege o processo penal. A previsão contida no art. 596 do CPP, no sentido de que a absolvição não impede a colocação imediata do réu em liberdade, não condiciona o regramento das medidas assecuratórias³⁹³. Não há imposição (ou vinculação) lógica nem jurídica. Nada impede que o acusado seja solto e os seus bens permaneçam sequestrados.

O art. 386, par. único, II, do CPP, igualmente, não figura como óbice à manutenção da constrição. Perceba-se: no dispositivo em apreço, que foi acrescentado em 2008, há alusão às cautelares. Estas, de acordo com a redação (e sistemática) empregada no Código, são somente as medidas alternativas à prisão (art. 319). Ou seja, a regra mencionada é um complemento àquela prevista no art. 596. Absolvido o réu, não subsistem em seu desfavor a prisão provisória, tampouco as medidas que lhe são diversas (ou alternativas).

O sequestro visa assegurar o perdimento e o ressarcimento, e ambas as providências não têm natureza criminal, podendo ser decretadas no juízo cível. Se é certo que somente algumas hipóteses de absolvição têm o condão de vincular a decisão cível (e a absolvição por insuficiência probatória ou por atipicidade não está entre elas), não faz sentido a sentença absolutória não transitada em julgado acarretar, em todo e qualquer caso, o levantamento do sequestro.

³⁹³ Em sentido diverso, LOPES JUNIOR, Aury (*Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 783), que diz que “à luz do art. 596 do CPP, que impõe a imediata soltura do réu preso quando a sentença for absolutória, ainda que dela recorra o Ministério Público, pensamos que o levantamento do sequestro não pode ficar pendente do trânsito em julgado da sentença absolutória. A absolvição do réu impõe a sua imediata soltura, no sentido de que devem cessar todos os constrangimentos processuais até então impostos da prisão ao sequestro”.

Na verdade, o que se deve ter presente é que em algumas situações nem mesmo a absolvição definitiva redundará na revogação do sequestro. Se, como é sabido (art. 66 do CPP e art. 935 do CC), a responsabilidade civil pode não coincidir com a criminal, para que não se verifique quebra de lógica, o levantamento da providência assecuratória somente ocorrerá quando a sentença definitiva penal reconhecer que o fato não ocorreu, que o acusado não foi o seu autor ou que ele estava amparado em alguma excludente de responsabilidade.

Se se trata de caso de não vinculação, a medida cautelar, a partir da decisão definitiva do juízo criminal, tem de passar ao juízo cível, para quem será também remetido o processo de embargos porventura existente. É este que, uma vez encerrada a jurisdição penal, decidirá sobre as providências de natureza assecuratória. Por isso, aliás, é que lhe compete observar o regramento constante do CPC³⁹⁴.

Não se tire, porém, de tal asserção a conclusão de que, encerrada a jurisdição penal, o sequestro perdura indefinidamente. É possível que já esteja em trâmite, no cível, a ação de conhecimento (art. 64, *caput*, do CPP). Como exemplo, cite-se a demanda visando a reparação do dano. A cautelar, nesta hipótese, será remetida a tal juízo (art. 299, *caput*, do CPC).

Se inexistir ação cível de conhecimento, o interessado terá de propô-la, e o prazo, em razão da ausência de previsão legal específica, será de trinta dias, em obediência ao que estabelece o art. 308, *caput*, do CPC. O sequestro, neste caso, deferido pelo juízo criminal, não deixa de ter caráter antecedente.

Situação que merece atenção é aquela em que, proferida decisão absolutória não vinculativa (ex. por insuficiência probatória – art. 386, VII, do CPP), somente o réu recorre, pois visa obter a vinculação (ex. postula a absolvição com base no art. 386, IV, do CPP). Seria possível questionar, neste caso, a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para que cessem os efeitos do sequestro.

³⁹⁴ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 392) sustenta que “absolvido o réu, ou extinta a sua punibilidade, o juiz criminal não terá mais qualquer interferência no sequestro; se o não levantar, consultado o juiz cível, a este deverá remeter os autos respectivos”.

Não parece ser essa a solução mais adequada. Como não há a possibilidade de o recurso prejudicar o acusado, no máximo, a situação permanecerá inalterada. Isto é, a absolvição não vinculativa será mantida.

Se, nas hipóteses de trânsito em julgado da sentença absolutória não vinculativa, o interessado tem trinta dias para propor a ação cível, na situação sob exame, o que se deve entender é que o termo inicial para o ajuizamento da citada demanda é o término do prazo do recurso contra a sentença de absolvição. Ou seja, a partir do trânsito em julgado para a acusação (ou para o lesado).

A adoção de outro entendimento redundaria em prejuízo ao réu. Se fosse necessária a formação da coisa julgada, o que se constataria é que a própria conduta do réu, que visa obter decisão mais favorável, lhe traria prejuízo.

Se se aguarda o trânsito em julgado, o prazo de perduração do sequestro somente começa a fluir a partir de tal marco. Se se adota o posicionamento aqui defendido, o termo inicial se dá em momento anterior³⁹⁵.

Prosseguindo, é importante anotar que o fato pode configurar mero ilícito civil e ocasionar dano. A cautelar, então, assegurará a provável execução futura e terá natureza de arresto em prol do lesado.

Situação semelhante à absolvição não vinculativa se verifica quando é declarada a extinção da punibilidade do réu. Tanto em um caso quanto em outro, a decisão criminal não impede seja decretado, no juízo cível, o perdimento dos bens. O ilícito é também extrapenal, e se sujeita aos prazos prescricionais previstos fora legislação criminal. Enquanto não se opera o trânsito em julgado nesta esfera, não flui o prazo prescricional cível (art. 200 do CC)³⁹⁶.

³⁹⁵ AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 109) trata da hipoteca, mas a situação em relação ao sequestro é semelhante. Diz o autor que “un ulteriore evento impeditivo della garanzia ipotecaria parrebbe potersi individuare nella situazione processuale che si profila allorché la sentenza di proscioglimento emessa in sede dibattimentale viene impugnata dal solo imputato. Nella pendenza del giudizio d'imputazione deve ritenersi preclusa l'emanazione del provvedimento cautelare patrimoniale giacché, in forza del divieto della *reformatio in peius*, la sentenza del giudice *a quo* non potrebbe assumere un contenuto di condanna”.

³⁹⁶ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 391-392) anota que “se a absolvição do réu e a extinção da sua punibilidade [...], excluindo a possibilidade de imposição de pena criminal, não eliminam, *ipso facto*, a responsabilidade pela indenização do dano sofrido pela vítima do ato ilícito [...], é bem de ver que, perdurando essa responsabilidade civil, falharão as medidas assecuratória, na sua finalidade prática, com aquele levantamento

Diversamente, quando de forma definitiva fica reconhecido que o fato não ocorreu ou que o imputado não foi o autor (ou que ele agiu amparado em excludente de responsabilidade), a absolvição impede a apreciação desses pontos pelo juízo cível. A previsão legal (art. 131, III, do CPP) visa manter a coerência do sistema. Presume-se, para tanto, que na seara criminal foram facultadas ao réu todas as oportunidades de defesa e que a prova, em tal campo, tem de ser mais robusta. Logo, e por economia processual, no juízo criminal se encerram os efeitos das medidas assecuratórias (cíveis).

As hipóteses de extinção da punibilidade são, nos termos dos incisos do art. 107 do CP: a morte do agente; a anistia, a graça e o indulto; a modificação legislativa que torna o fato atípico; a prescrição, a decadência e a preempção; a renúncia ao direito de queixa e o perdão aceito; a retratação do agente; o perdão judicial. Em nenhuma delas, a responsabilidade civil é afetada. Logo, as medidas que visam justamente assegurar essa finalidade não são atingidas.

O CPP não prevê que o arquivamento do inquérito policial (ou de qualquer outro procedimento investigativo) ocasiona o levantamento do sequestro. Poder-se-ia imaginar que o legislador, por lapso, não mencionou a hipótese em questão. Não se trata, porém, de esquecimento³⁹⁷.

Ainda que se aceite a opinião de que, em algumas situações, o arquivamento é definitivo, o que significa dizer que o art. 18 do CPP nem sempre é aplicável, o fato é que, por não ocorrer, como regra, durante as investigações, a produção de provas e, conseqüentemente, o contraditório, o referido ato não equivale à declaração de absolvição, notadamente as hipóteses de reconhecimento de inexistência do fato (art. 386, I, do CPP) ou de autoria (art. 386, IV, do CPP)³⁹⁸.

intempestivo (ou o prematuro cancelamento da hipoteca legal), pelo simples fato do desaparecimento da responsabilidade criminal”.

³⁹⁷ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 155) se manifesta em sentido diverso, aduzindo que “como o sequestro pode ser decretado no curso do inquérito policial, o Código de Processo Penal falhou, ao não mencionar que, em caso de arquivamento do inquérito policial, o sequestro também deverá ser levantado”.

³⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 163) afirma que “com base em uma reconstrução fática segura, a partir da investigação realizada, há um acerto da inexistência do crime – e não do fato – ou do poder de punir. Assim, nos casos em que se reconhece que os fatos investigados são atípicos, ou estão acobertados por excludente de ilicitude, ou mesmo nas situações de extinção de punibilidade, a decisão de arquivamento será imutável”.

O juiz, quando há arquivamento, não se pronuncia nos termos mencionados, e como decorrência não trata de matérias extrapenais. Ou seja, não diz que o ilícito é meramente civil e que ocasionou dano suscetível de reparação; não diz, igualmente, de forma categórica, que qualquer excludente (de ilicitude, por exemplo) está presente. De maneira diversa, por encampar a manifestação do Ministério Público, conclui que não há elementos que afastam a excludente. Quando muito, decreta o perdimento dos instrumentos do crime com base no art. 91, II, *a*, do CP.

Se se trata de produto ou proveito do delito (art. 91, II, *b*, do CP), não lhe compete adotar a medida citada, pois antes precisa declarar a prática de uma infração (ainda que somente extrapenal). Este é o pressuposto para a imposição do perdimento, o que não tem como ocorrer na fase extrajudicial: fora do processo. O sequestro, diversamente, pode ser imposto, na medida em que baseado em juízo de verossimilhança e deferido em processo (art. 129 do CPP).

Determinado o arquivamento do inquérito, se faz possível, também aqui, a remessa dos autos do processo em que se impôs a cautelar ao juízo cível. Como o direito não ampara a obtenção de bens de maneira ilícita, surgem como consequências: a restituição da coisa a quem a perdeu de forma indevida (o que não deixa de ser, em relação ao imputado, uma espécie de perdimento); ou a imposição do perdimento em favor de ente público. Trata-se de aplicação do princípio da proibição de enriquecimento ilícito.

Nem sempre, quando os embargos são acolhidos, há levantamento completo do sequestro. O pedido deduzido em tal ação pode não se referir a tudo que sofreu constrição. Neste caso, a procedência total não redundará na exclusão completa da cautelar. Pode, ainda, ser constatada a seguinte hipótese: os embargos objetivam todos os bens, mas o pedido é parcialmente acolhido.

Seria melhor que o CPP tratasse de tais situações. É intuitivo, porém, que o sequestro fica condicionado ao que for decidido nos embargos. No mais, é de se pontuar que, procedido o levantamento, caso se refira a imóveis, compete ao juiz determinar o cancelamento do registro, oficiando-se à serventia extrajudicial (art. 128 do CPP).

6.2. HIPOTECA LEGAL

O registro da hipoteca, antes de ser faculdade prevista em prol do lesado, é uma obrigação cujo devedor é o imputado. O regramento previsto no CPP a respeito da

especialização e inscrição está à disposição do interessado quando se constata a inércia do obrigado.

Entretanto, dada a inexistência de sanção para o caso de omissão, de ordinário será o lesado que deduzirá o pedido, e a ele competirá observar o procedimento previsto no art. 135 do CPP. Na petição inicial, em suma, estimará o valor do dano sofrido, indicará o imóvel ou os imóveis que serão objetos da garantia e os seus respectivos preços de mercado.

Não se trata de tarefa simples. A manifestação precisará estar acompanhada da matrícula dos bens, e estes deverão estar registrados em nome do imputado (art. 135, § 1º, do CPP). Como a propriedade imobiliária se transmite pelo registro, é indispensável que os imóveis figurem, junto à serventia extrajudicial, como de titularidade do acusado.

Não faz sentido a previsão que obriga o lesado a relacionar os outros bens que o imputado tiver (art. 135, § 1º, do CPP), ou seja, aqueles além dos que se pretende sejam atingidos pela hipoteca³⁹⁹. Caso se exija que assim se proceda, o postulante da medida terá de consultar todos os Cartórios de Registro de Imóveis do país, medida custosa e inútil.

Igualmente, não se justifica a avaliação de todos os imóveis do devedor. O autor, ao deduzir o seu pedido, já terá ideia de quanto vale cada bem, e por isso indicará somente aqueles que são suficientes para fazer frente à futura execução. Se, no curso do processo, for constatada a necessidade de reforço, poderá o interessado postular a especialização de outros bens.

Esse entendimento é o que parece melhor se harmonizar com as regras a respeito da hipoteca legal. O art. 1.490 do CC é expresso no sentido de que o credor, para exigir o reforço da garantia, tem de provar a insuficiência dos imóveis especializados.

Nos termos do art. 134 do CPP, o pedido pode ser feito em qualquer fase do processo. Diante disso, é de se supor a existência de prova da materialidade e de indícios de autoria. Do contrário, a inicial acusatória teria sido rejeitada (art. 395 do CPP). Conseqüentemente, ao dar início ao procedimento de especialização e registro da hipoteca com o processo em curso, o

³⁹⁹ ROSA, Borges da (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, 230), sem tecer comentários a respeito da pertinência da norma, diz que a petição inicial contará “com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento”.

lesado está dispensado de apresentar mais elementos que corroborem a ocorrência da infração e quem a praticou. O que precisa é demonstrar a existência de dano e sua extensão.

Diversamente, caso se aceite a ideia de que é lícita a formulação do pedido antes da propositura da ação penal⁴⁰⁰, caberá ao interessado trazer com a sua manifestação inicial provas de que o crime ocorreu e quem foi o seu provável autor⁴⁰¹.

O demandante, em qualquer das situações, precisará estimar somente o valor de cada um dos bens que quer ver submetidos à hipoteca. Isso se faz necessário para que, desde logo, se analise se há correspondência entre o valor do dano e o da garantia. A lei não cobra a apresentação de laudo elaborado por alguém que tenha conhecimentos específicos em avaliações. O que precisa é a juntada de documentos⁴⁰² ou a indicação de qualquer outra prova (art. 135, § 1º, do CPP).

Mostra-se suficiente, para cumprir a exigência, que o lesado, na petição inicial, aponte o valor do bem baseando-se em anúncios de imóveis semelhantes. Também não se deve excluir a possibilidade de adoção, neste momento, do valor venal.

O interessado, no mais, precisará indicar o valor do prejuízo sofrido em decorrência da prática da infração. Terá, então, de quantificar o prejuízo material, se este se concretizou, e eventualmente o dano moral. Neste caso, estimará o montante que entende devido. É recomendável que se baseie naquilo que a jurisprudência costuma arbitrar para situações semelhantes.

Quanto ao aspecto material, indicará o dano emergente e, se houver, os lucros cessantes. Desse modo, o lesado pontuará aquilo que perdeu e o que deixou de lucrar. No que toca ao primeiro, por se tratar de algo ocorrido (e cujos desdobramentos cessaram), terá como mais facilmente informar o montante que entende devido. É o que ocorre, por exemplo, quando o

⁴⁰⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 302. No mesmo sentido, MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 140-141. Em sentido contrário, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1514.

⁴⁰¹ ARGÜENA FANEGO, Coral (*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 263) diz que não se pode “extraer la conclusión de que el auto de procesamiento deba preceder o ser coetáneo a la adopción de medidas cautelares; una cosa es el procesamiento, y otra la adopción de una medida cautelar real y, en consecuencia, ambos pueden ser acordados tanto simultánea como sucesivamente y sin que, en este último caso, deba uno de ellos (el auto de procesamiento) preceder necesariamente a la otra”.

⁴⁰² ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 398.

lesado informa o quanto desembolsou para realizar o tratamento médico a que teve de se submeter em razão da lesão corporal sofrida.

O lucro cessante baseia-se em estimativa. É por isso que o art. 402 do CC fala que a indenização a tal título levará em conta aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar. Não há como se saber exatamente o que acabou por não ser auferido. Por isso, se deve considerar o que é provável e razoável.

Não se pode perder de vista que, no juízo criminal, quando se busca o registro da hipoteca, se está apenas a tentar descobrir, de forma provisória, qual a extensão do dano (art. 135, § 5º, do CPP). Logo, não se deve exigir muito rigor por parte daquele que pretende a efetivação da medida. Será no juízo cível, quando da liquidação, se houver, que se determinará exatamente o montante devido.

Recebida a petição inicial, o juiz, pela literalidade do art. 135, *caput*, do CPP, determinará que se arbitre o valor da responsabilidade e que se avaliem os bens indicados ao registro da hipoteca. O art. 135, § 2º, estatui que, se não houver avaliador judicial, o julgador nomeará perito⁴⁰³.

Atualmente, o oficial de justiça exerce o papel de avaliador (e é de se imaginar que toda comarca conta com servidor que exerce mencionada função). É o que estabelece o art. 870, *caput*, do CPC. Não há razão para deixar de aplicar a norma no âmbito do processo penal, pois, como visto, o arbitramento é provisório⁴⁰⁴ (e o oficial de justiça é o mesmo: seja para o cível, seja para o criminal).

Também não se deve ignorar a previsão contida no art. 871, I, do CPC. Se o autor estima os valores e o réu não se opõe, torna-se desnecessária a determinação do juiz para que se

⁴⁰³ Não parece mais haver espaço para discutir eventual nulidade em razão de somente um perito ter elaborado o laudo. Atualmente, o art. 159 do CPP fala em perito oficial. O emprego do singular indica a desnecessidade de dois servidores. Mesmo antes, quando se exigia a presença de dois vistoros para elaborar laudo de exame de corpo de delito, nenhuma influência gerava no tema aqui debatido. Avaliação de imóvel e estimação de danos é matéria de direito civil. Logo, não teria sentido pretender a incidência da previsão tipicamente voltada aos temas relacionados à prova criminal. Demais, o art. 135, § 2º, do CPP sempre aludiu a um único perito. Nada impede que a lei, em relação ao tema probatório, preveja regramentos diversos. Já antes da reforma do CPP, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 44) dizia que “embora a Súmula 361 diga ser nulo o exame pericial, no Processo Penal, realizado por só um perito, o § 2.º do art. 135 fala apenas em *perito*. Como a especialização de hipoteca legal não é providência que tenha reflexo no julgamento da causa criminal, e sim esta é que se vai refletir naquela, inaplicável a cautela da Súmula, no particular”.

⁴⁰⁴ FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*: Arts. 1 a 250. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. 1, p. 238.

proceda à apuração a tal título. Portanto, é recomendável que antes de dar a ordem de realização dos atos, faculte ao demandando a possibilidade de manifestação.

É desnecessária, como regra, a nomeação de perito para arbitrar o valor da responsabilidade. Embora pela redação do art. 135, *caput*, do CPP seja possível intuir que a providência é sempre obrigatória, para algumas situações ela não se justifica. Em se tratando de dano moral, compete ao próprio lesado a indicação da quantia que crê devida. Quanto ao dano material, lhe cabe informar o quanto gastou e o quanto deixou de lucrar. Basear-se-á, de ordinário, nas provas que tem.

A previsão se justificava na época em que vigorava o CPC/39, e mesmo o CPC/73, quando ainda não havia ocorrido a reforma de 1994. Nos dois diplomas, havia previsão de liquidação por cálculos (art. 908 do CPC/39 e art. 604 do CPC/73). O autor indicava o valor nominal da época e o contador informava o montante atualizado. Ao servidor também competia dizer qual era o valor dos gêneros com cotação em bolsa e o valor de títulos⁴⁰⁵. Assim, caso tivesse ocorrido a subtração de uma saca de café, o arbitrador informava a cotação.

Desde a alteração da legislação processual civil, o demandante tem o ônus de repassar tais dados ao juízo. No âmbito do processo penal, não faz sentido adotar sistemática diferente. O procedimento previsto no CPC é mais célere e os dados, que antes eram de conhecimento restrito, podem atualmente ser obtidos por qualquer um.

A liquidação, segundo o art. 509 do CPC, se faz por arbitramento ou pelo procedimento comum. O CPP só se refere à primeira espécie, a qual tem sistemática semelhante desde o CPC/39 (art. 909, I e II). A diferença está no fato de que hoje, se o juiz estiver habilitado, decide independentemente do auxílio de perito (art. 510 do CPC).

Pelo diploma de 1939, a nomeação do experto ocorria invariavelmente. Da interpretação dos arts. 910 e 911, se concluía que competia ao referido profissional apontar o valor devido a título de lucros cessantes. Para tanto, recorria-se à perícia, ainda que ela se mostrasse prescindível⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939). Rio de Janeiro: José Konfino: 1947, v. 4, p. 37-38.

⁴⁰⁶ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da (*Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939). Rio de Janeiro: José Konfino: 1947, v. 4, p. 38) afirma que “o arbitramento é apenas um meio de prova. É uma perícia. No regime anterior às codificações havia quem sustentasse fosse uma arbitragem”.

Se já naquela época não tinha sentido assim agir, não se pode mais aceitar tal forma de proceder. O perito atuará somente quando o juiz não tiver condições de chegar sozinho à conclusão de quanto foi o prejuízo ocasionado. Em um caso em que houver a subtração de maquinário utilizado para fabricação de peça componente de um sistema de produção, a nomeação do perito será recomendável, pois terá melhores condições de saber o prejuízo ocasionado na cadeia de produção⁴⁰⁷.

Note-se que, pela forma como está redigido o art. 135, § 3º, do CPP, as partes somente se manifestam sobre o valor da responsabilidade. Não parece, contudo, admissível a interpretação literal. Demandante e demandado têm o direito de se pronunciar sobre tudo aquilo que for juntado aos autos, e no que aqui interessa também ao auto do oficial-avaliador.

O prazo previsto no dispositivo citado é de dois dias (sucessivos para cada parte⁴⁰⁸) e, de acordo com parcela da doutrina, corre em cartório⁴⁰⁹. Isso significa que as partes não são intimadas sobre a juntada do documento sobre o qual estão autorizados a se pronunciar. Não há, porém, como aceitar essa maneira de proceder. Os litigantes precisam ser comunicados sobre o que foi levado aos autos. É assim que se garante a publicidade.

O mesmo dispositivo alude somente às partes. Ou seja, não as especifica. Deve-se, então, questionar se elas são apenas o lesado e o imputado, ou se são as partes do processo principal, e no que aqui interessa, o Ministério Público.

O art. 142 do CPP não dá a resposta, pois, como visto, não mais é aplicável. O art. 140, de sua parte, estabelece que as garantias do ressarcimento do dano, das quais está a hipoteca, servem também para garantir o pagamento das custas e demais despesas processuais, além da pena pecuniária. Mas não há hipoteca em favor da Fazenda.

Não bastasse, mencionadas verbas, na ordem de preferência, ficam para depois do pagamento da indenização devida ao lesado. Ou seja, se houver sobra, são utilizadas para tais finalidades. Logo, não parece ser o caso de determinar a participação do órgão acusador e do

⁴⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção (*Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 885) diz que “sempre que se fizer necessária a elaboração de uma perícia para se obter o *quantum debeat*, o caminho será a liquidação por arbitramento”.

⁴⁰⁸ ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 230. Em sentido diverso, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 44) afirma que o prazo é “comum de 2 dias”.

⁴⁰⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 142.

fazendário no processo de especialização e registro da hipoteca. A hipoteca legal foi criada em prol do lesado. Por critério de economia processual, se permite o uso do excedente para finalidade diversa⁴¹⁰. Se mencionados órgãos não podem postular a inscrição da garantia⁴¹¹, não devem participar do processo que visa a tal objetivo.

O art. 135, § 2º, do CPP dispõe que é facultado ao avaliador a consulta dos autos. Trata-se de algo intuitivo. O servidor não teria como praticar o ato a contento sem saber o que exatamente foi informado por aqueles que participam do processo.

No que toca à responsabilidade, como visto, não cabe mais, em todo e qualquer caso, a remessa ao perito para arbitramento. O juiz, então, diante do pedido feito pelo autor, abre a oportunidade para que o demandado se manifeste. Na sequência, analisando as ponderações das partes, decide, fixando tanto o valor provisoriamente devido a título de perdas e danos quanto o valor do imóvel ou dos imóveis que serão objeto de registro de hipoteca.

Compete ao julgador, na sequência, determinar a inscrição em bens suficientes para satisfazer a indenização, que, mais uma vez se diga, abrange o dano material e o moral⁴¹². Por isso, terá de verificar, em havendo vários imóveis, qual ou quais deles possuem preço de mercado próximo ao montante que entendeu ser o adequado para reparar o prejuízo ocasionado.

É importante o juiz ter presente que os imóveis são bens de baixa liquidez, e por isso se autoriza, em leilão, a venda por valor até 50% mais baixo que o da avaliação (art. 891, p.u., do CPC). Como consequência, parece prudente determinar que a hipoteca recaia em imóvel cujo valor de mercado supere o montante fixado a título de indenização.

⁴¹⁰ Em sentido diverso, GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorárias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 160-161.

⁴¹¹ É claro que, se o lesado é um dos entes da Federação, será a Fazenda Pública que estará em juízo. Conforme esclarece FARIA, Bento de (*Código de Processo Penal*: Arts. 1 a 250. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. 1, p. 239), o Estado “pelo interesse geral de manter ileso a ordem jurídica não é o ofendido de que trata a lei civil, mas pode sê-lo nos casos em que o crime afete imediatamente a Fazenda Pública, v.g. – roubo de dinheiros ou coisas que lhe são pertencentes, dano às coisas do domínio do município, etc.”.

⁴¹² Diversamente do aqui defendido, NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 338) diz que “deve o juiz ater-se, para a especialização da hipoteca – sob pena de fazer incidir a constrição exageradamente sobre o patrimônio do acusado – à indenização por danos materiais, de mais adequada ponderação”.

6.2.1. Bens sujeitos à hipoteca e questões sobre copropriedade

O art. 1.489, III, do CC alude a imóveis sem especificá-los. Para saber o que é suscetível de hipoteca se faz necessária a consulta ao art. 1.473. Figuram no rol: os imóveis e seus acessórios; o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais (jazidas, minas, e outros recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e bens mencionados em lei especial); os navios; as aeronaves; o direito de uso para fins de moradia; o direito real de uso; a propriedade superficiária.

Nada impede que a hipoteca recaia sobre bem já onerado (art. 1.474 do CC). Logo, se o réu, em data anterior, celebrou negócio jurídico e entregou imóvel em hipoteca convencional, poderá, ainda assim, ser atingido pela garantia legal.

É importante, porém, verificar se a dívida pretérita não é tamanha a ponto de consumir todo o valor que poderá ser obtido com a venda. Se for esta a situação, de nada adiantará a constituição de nova garantia sobre o mesmo bem, pois é imprescindível obedecer à ordem cronológica dos registros.

Há quem entenda que o bem penhorado não está sujeito à hipoteca⁴¹³. Não parece, porém, que assim seja. Ainda mais em se tratando de hipoteca legal. A penhora não retira a titularidade do bem. O devedor não deixa de ser dono, e por isso tem o poder de dispor. Se o aliena, a venda é inoponível ao credor beneficiário da constrição. Ou seja, o ato não lhe surte efeitos. Se se cuida de hipoteca legal, sequer há ato de disposição praticado pelo proprietário. A garantia real atinge o bem independentemente da sua vontade.

A hipoteca legal atinge somente os bens do delinquente (art. 1.489, III, do CC). Isso significa que, embora também possa existir alguém que seja codevedor, como é o caso do responsável civil, os imóveis deste não estarão sujeitos à citada garantia⁴¹⁴, o que não equivale a dizer que não poderão ser arrestados no juízo cível.

⁴¹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado conforme o Código Civil de 2002 por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, v. 2, p. 64.

⁴¹⁴ Em sentido diverso, GRECO FILHO, Vicente (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 168) afirma que “a especialização e o arresto poderão ser requeridos, no juízo cível, contra o terceiro responsável civil”. Também adotando posicionamento divergente, ACOSTA, Walter P. (*O processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1962, p. 216) afirma que “a finalidade da hipoteca legal consiste na garantia, a cargo do responsável civil, pela reparação do dano ao ofendido, e, secundariamente, o ressarcimento pelas despesas processuais e as penas pecuniárias”.

O art. 144 do CPP induz o intérprete a erro. Ali está dito que as medidas assecuratórias, inclusive a especialização e o registro da hipoteca legal, poderão ser postuladas em face do responsável civil, no juízo extrapenal. Ocorre que o mencionado diploma não criou nenhuma espécie de garantia. O que há é a previsão no CC, e este alude tão só ao delinquente.

O art. 1.489, III, do CC estabelece que o bem precisa pertencer àquele que praticou a infração penal. Não prevê, porém, que o imóvel tem de ser de sua de propriedade exclusiva. Isto é, nada impede que o delinquente seja cotitular. Se é lícita a penhora, assim como a alienação do bem comum indivisível, não existe razão para impedir a incidência da hipoteca legal em imóvel de propriedade de mais de uma pessoa.

Se, eventualmente, houver necessidade de executar o bem, o coproprietário terá preferência na aquisição do quinhão pertencente a quem que teve contra si imposta a hipoteca legal (art. 843, § 1º, do CPC). Caso tal faculdade não seja exercida, realizada a venda, será entregue ao coproprietário o valor correspondente ao seu percentual (art. 843, *caput*, do CPC). O restante caberá ao credor⁴¹⁵.

É certo, porém, que cabe ao exequente observar as previsões constantes do CPC que visam garantir a ciência da execução a quem poderá ter seus bens atingidos⁴¹⁶. Nos termos do art. 842, se a penhora recair sobre imóvel (ou direito real sobre imóvel), o cônjuge será intimado do ato, exceto se o regime for o da separação total de bens (e não se tratar de bem adquirido em comunhão pelos consortes).

A norma se justifica pelo fato de que, adotado o regime padrão (da comunhão parcial), o cônjuge pode ter direito sobre o imóvel, ou seja, ser coproprietário (arts. 1.658 e 1.659 do CC). Daí a necessidade de ser cientificado a respeito dos atos judiciais que têm o condão de atingi-lo. Se se adota o regime da comunhão universal, a intimação é também imprescindível, pois os consortes são cotitulares dos bens.

⁴¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção (*Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1374) observa que “havendo penhora de bem indivisível, o bem será inteiramente alienado, mesmo que pertença a devedor casado ou em união estável ou exista coproprietário não devedor. Trata-se de uma sensível inovação, porque, nos termos da nova regra, qualquer coproprietário que não seja devedor não terá como excluir da constrição judicial e futura expropriação sua cota-parte do imóvel”.

⁴¹⁶ Já na vigência do CPC/73, com a reforma ocorrida em 2006, assim se procedia. Nos termos do art. 655, § 1, da lei vigente na época “Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora”.

De todo modo, ainda que os titulares do domínio sejam o delinquente e seu cônjuge, não há óbice à constituição da hipoteca. É indiferente, aliás, que o imóvel, em relação ao cônjuge, figure como bem de família.

O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 estabelece que é suscetível de penhora o imóvel, ainda que usado como residência familiar, se adquirido com produto do delito ou para execução de sentença penal. Ou seja, mesmo que parcela do bem tenha sido adquirida de maneira lícita (no caso, pelo cônjuge), sem emprego de dinheiro obtido criminosamente, poderá ser penhorado.

Mais do que isso, se pertencer a um casal, e somente um dos cônjuges for condenado a ressarcir o dano decorrente da prática da infração, não poderá o consorte se opor à constrição e à venda. O que lhe está garantido é a preferência na compra e a cota-parte. Efetuada a venda, entrega-se o equivalente ao percentual ao coproprietário não responsável pela dívida.

6.2.2. Levantamento do registro da hipoteca

O CPP é silente quanto às hipóteses em que o registro da hipoteca perde o efeito. Não há dispositivo, em relação ao tema, como o art. 131, que trata do sequestro. A ausência de previsão, entretanto, não redundará na inexistência de tal providência.

6.2.2.1. Caução

O art. 135, § 6º, do CPP estabelece que, oferecida caução, o juiz pode deixar de determinar o registro da hipoteca. Pela redação, não haveria propriamente levantamento, senão óbice à realização do ato. A garantia, para tanto, precisaria ser ofertada previamente, isto é, antes do encerramento do procedimento de especialização.

O que interessa questionar é se, ofertada posteriormente, pode a caução substituir a hipoteca. O CPP, neste ponto, é omissivo. Mas não cabe dizer que houve lapso do legislador. Apenas não houve repetição daquilo que consta no CC⁴¹⁷. Neste, mais especificamente no art. 1.491, está disposto que a hipoteca pode ser substituída por caução ou outra garantia.

⁴¹⁷ SANTOS, J. M. Carvalho (*Código Civil brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 10, p. 376) anota que a substituição pode se dar “em qualquer momento, está claro, quer antes de serem especializados os imóveis ou inscrita a hipoteca, quer depois, se houver conveniência para o obrigado, hipótese em que poderá ser feito o cancelamento da inscrição”.

Se o objetivo da hipoteca é proteger o direito ao ressarcimento do dano, ou seja, o pagamento de quantia certa em razão de condenação imposta, a caução o cumpre. O art. 135, § 5º, do CPP fala, a propósito, em liquidação do valor da responsabilidade.

Não faria sentido impedir o levantamento do registro da hipoteca quando o imputado oferece, em troca, dinheiro ou outro bem de maior liquidez que imóveis, a exemplo dos títulos da dívida pública⁴¹⁸ (art. 135, § 6º, do CPP). O que não se deve admitir é a caução fidejussória. Aqui, vale o que foi dito quando da análise do art. 131, II, do CPP⁴¹⁹.

Precisa, para segurança do lesado, ser verificado se o valor (ou o título) apresentado é suficiente para garantir a futura execução. Como o preço atribuído na seara criminal pode não corresponder ao definitivo (art. 135, § 2º, do CPP), é prudente que se exija o depósito de montante que satisfaça o pagamento da indenização.

É certo, porém, que não faz sentido exigir que o imputado entregue quantia maior do que aquela que corresponde ao preço de mercado da coisa sujeita à hipoteca legal. Se, por exemplo, o imóvel vale 100, não há como pretender que seja ofertada caução de montante mais elevado, ainda que a cifra devida a título de perdas e danos seja maior⁴²⁰.

O que pode ocorrer é o contrário: o imóvel vale 1000, e o arbitramento provisório é de 100. O depósito do dinheiro acarreta o levantamento do registro da hipoteca. O que, repita-se, precisa ser perquirido com prudência é o valor devido a título de perdas e danos. A substituição de uma garantia por outra não deve prejudicar o lesado.

No art. 135, § 6º, do CPP está prevista, pela literalidade, uma faculdade à disposição do juiz. Ali se diz que o julgador pode não determinar o registro da hipoteca quando se oferta caução. Cabe, então, investigar se se está diante de hipótese de juízo de discricionariedade e quais os critérios que orientam a matéria.

A lei brasileira, ao que parece, quando da elaboração do art. 135, § 6º, do CPP, buscou inspiração no regramento italiano. O art. 189, *comma* 10, do CP peninsular estabelecia que, se

⁴¹⁸ FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*: Arts. 1 a 250. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. 1, p. 242.

⁴¹⁹ Vide item 6.1.2.2.

⁴²⁰ Em sentido diverso, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 45) afirma que o réu pode oferecer “caução suficiente, isto é, equivalente à responsabilidade civil, despesas processuais e eventuais penas pecuniárias”.

o imputado oferecesse caução, a inscrição da hipoteca e o sequestro podiam não ter lugar. Semelhantemente, o art. 1.491 do CC pátrio diz que a substituição fica a critério do juiz.

Há opinião de que se está diante de hipótese de discricionariedade⁴²¹, e que o juiz escolhe se defere ou não⁴²². Poder-se-ia, pelo contrário, entender-se que a atuação do magistrado é vinculada. Assim, oferecida caução em valor suficiente, não lhe caberia negar o pedido.

A melhor solução, contudo, parece ser diversa das mencionadas. A hipoteca legal cria vínculo. O credor hipotecário tem privilégio em detrimento dos outros. Pode, como consequência, executar o imóvel sobre o qual se fez incidir a garantia. Logo, quando ela é afastada, substituída por outra, o credor deixa de ter preferência.

Se há concurso de credores, aquele que tem retirada em seu desfavor a garantia real, resta prejudicado. Pode ocorrer de o patrimônio do devedor não ser suficiente para saldar todas as dívidas. Em tal situação, compete ao juiz negar a substituição⁴²³. Também cabe ao julgador indeferir a troca quando há tendência de que os títulos oferecidos sofram considerável desvalorização⁴²⁴.

6.2.2.2. Absolvição e extinção da punibilidade

Diferentemente do que ocorre em relação ao sequestro, há mais hipóteses que redundam no levantamento da hipoteca. Além dos casos de reconhecimento pelo juízo criminal da inexistência do fato, da existência de prova de que o acusado não foi o autor (ou partícipe) ou a presença de hipótese de exclusão de responsabilidade, a garantia real não subsiste se é declarada a atipicidade ou se fica demonstrada causa de exclusão do crime.

⁴²¹ DE MARISCO, Alfredo. *Diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1966, p. 401. No Brasil, MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 143) sustenta que “o legislador usa no texto legal a palavra *poderá* que, em princípio, implica na faculdade quanto à substituição. É lógico que deve ela ficar ao critério do magistrado, porquanto compete-lhe verificar se os títulos a caucionar realmente reúnem condições de segurança, o que evidentemente não acontecerá com o dinheiro que funcionará como garantia”. Mas observa que “uma vez constatado que a caução é integralmente idônea para que seja promovida a substituição, não pode o magistrado ao seu alvedrio obstacular a troca”.

⁴²² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951, v. 1, p. 491. No Brasil, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 45.

⁴²³ AMODIO, Ennio. *Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 111.

⁴²⁴ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Direito das coisas (Arts. 1.390 a 1.510). In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004, v. 13, p. 734-73.

Quando a sentença absolutória é dada com base no art. 386, III, do CPP, o julgador declara que o fato ocorrido não se amolda a qualquer tipo penal. Os pressupostos da hipoteca legal, mais uma vez se diga, são a existência de delito e, como decorrência, o reconhecimento de alguém como criminoso (art. 1.489, III, do CC). Ausentes tais condições, não há como fazer subsistir o registro.

Note-se que a lei civil não se contenta com a existência de qualquer espécie de ilícito (que pode ser meramente civil). A cobrança é maior: o fato deve ser criminoso. Logo, declarado de forma definitiva que o ocorrido não é crime, por questão de lógica, a hipoteca perde efeito.

Pela mesma razão, ou seja, por constituir pressuposto a existência de crime (e de criminoso), não cabe hipoteca legal sobre bens de quem não alcançou a maioria⁴²⁵. O menor de dezoito anos é inimputável, e um dos elementos do crime é justamente a culpabilidade, que é formada pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta conforme o direito.

Igualmente, uma vez declarado que o imputado agiu amparado em causa excludente de ilicitude, não subsiste a hipoteca. O delito é o ato típico, antijurídico e culpável. Como consequência, se se reconhece que o ocorrido não é ilícito (penal), não há de se falar em garantia real. Também, quando se afasta a culpabilidade, não subsiste a hipoteca.

É necessário, entretanto, observar o que prevê o art. 386, VI, do CPP. Ali estão dispostas situações inconfundíveis. Na primeira parte figuram as causas de exclusão do crime e isenção de pena; na segunda, a ausência de elementos para afastá-las⁴²⁶.

Nesta última, o que há é algo parecido, em seu conteúdo, com o que estabelece o art. 386, VII, do CPP⁴²⁷. O juiz, ao concluir que as provas não são suficientes para a condenação, absolve o réu. Por outro lado, pode ocorrer que, diante do quadro probatório, não tenha como

⁴²⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado conforme o Código Civil de 2002 por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, v. 2, p. 138.

⁴²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 732) anota que “se estiver provada a excludente de ilicitude ou de culpabilidade, cabe a absolvição do réu. Por outro lado, caso esteja evidenciada a dúvida razoável, resolve-se esta em benefício do acusado, impondo-se a absolvição (*in dubio pro reo*)”.

⁴²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 715), ao comentarem a modificação ocorrida em 2008, dizem que se trata “de inclusão, expressa, de incerteza judicial sobre a possível aplicação das excludentes (de tipicidade, por erro, de ilicitude e de culpabilidade). Leia-se: *se houver fundada dúvida sobre a sua existência*”.

afastar a alegação de que o indivíduo agiu amparado em alguma excludente. Por isso, não o condena.

Nas duas situações, não se exclui a possibilidade de ter ocorrido crime e que o imputado seja o seu autor. Apenas, em decorrência da incidência da regra segundo a qual na dúvida a decisão tem de favorecer o réu, não se opera a condenação.

As hipóteses de isenção de pena (também denominadas de escusas absolutórias) não afastam o delito; só obstam a imposição da sanção em razão de alguma condição pessoal do agente. O acusado não deixa de praticar a conduta típica, ilícita e culpável. Mas, em virtude de previsão que o legislador considerou justificada, impede seja imposta a reprimenda. Exemplo disso é o art. 181, I, do CP, que estabelece que o cônjuge é isento de pena quando pratica contra o consorte crime patrimonial que não envolva violência ou grave ameaça.

Em tais casos, a sentença penal que aplica a escusa absolutória não tem o condão de tornar sem efeito o registro da hipoteca. Demonstrado que o delito causou dano e que o seu autor é o imputado, a garantia real incide. Em outros termos, inexistente escusa absolutória em tema relacionado ao direito das coisas, mais especificamente quanto à hipoteca legal.

As causas de extinção da punibilidade, igualmente, não revogam a inscrição da hipoteca. Isso porque em nenhuma das hipóteses se declara que não houve crime ou que o imputado não foi quem o praticou.

6.3. ARRESTO

Mais uma vez se diga que o CPP trata de duas hipóteses de arresto. São eles o prévio e o subsidiário. O primeiro é empregado para garantir o registro da hipoteca; o segundo, para atingir bens móveis quando inexistem imóveis. Diante da diferença que há entre as figuras, é melhor que sejam tratadas em tópicos separados.

6.3.1. Arresto prévio

A matéria está disciplinada no art. 136 do CPP, que começa por dizer que o arresto poderá ser decretado de início. A redação pouco precisa do dispositivo tem o condão de levar o intérprete a equívocos, na medida em que omite a necessidade de pedido por parte do interessado.

O arresto é medida cautelar, e o interessado em ver os bens do imputado constrictos tem o ônus de pleiteá-lo. Não cabe ao juiz, sem que seja provocado, fazer atuar a providência⁴²⁸. Até porque, se assim o faz, cria para o lesado a incumbência de propor a especialização da hipoteca no prazo de quinze dias⁴²⁹.

É verdade que, se o lesado deixa fluir o mencionado lapso temporal, a única consequência é a perda de efeitos do arresto. Entretanto, o que se nota quando isso se verifica, é a ocorrência de transtorno desnecessário para o imputado. Seus bens sofrem constrição, para pouco após se operar a desconstituição da medida.

Para o próprio lesado, a providência pode ser prejudicial. Se ele está se munindo das provas necessárias para pleitear o registro da hipoteca, e antes disso o arresto é decretado independentemente de pedido, pode acabar não havendo tempo suficiente para que tudo seja obtido, e a consequência será a revogação. Ao saber que a cautelar não tem como ser renovada⁴³⁰, o imputado tem como desviar seu patrimônio, frustrando o direito do lesado.

Portanto, é de se concluir que o arresto prévio somente deve ser imposto mediante pedido. Ao interessado compete especificar os bens (imóveis) que pretende sejam constrictos, e já aqui precisa atentar para o fato de que a medida não objetiva atingir todo o patrimônio, senão apenas os bens suficientes para garantir o pagamento da indenização futura.

Por conta dessa peculiaridade, cabe ao lesado, na petição em que postula a concessão da medida, estimar o seu prejuízo e indicar qual imóvel tem valor próximo a ele⁴³¹. Não se deve admitir o exagero. Compete ao juiz verificar se a quantificação do dano é razoável e se não está sendo buscado o arresto de bens além do necessário.

Cabe, ainda, ao lesado demonstrar a ocorrência do ilícito e quem é seu autor. Tal providência é imprescindível quando a postulação se faz antes do início da ação penal. Se esta

⁴²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 45.

⁴²⁹ Se o art. 136 do CPP confere ao interessado o prazo de quinze dias para propor a demanda de especialização e registro da hipoteca, não parece correto entender que tal demanda exige a presença da ação penal. Ademais, se a matéria (ou seja, a hipoteca) está regulamentada no CC, basta que o interessado comprove os requisitos que estão previstos neste diploma.

⁴³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1287.

⁴³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1287. Em sentido diverso, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1274.

já estiver em curso, é certo que há elementos que evidenciam o crime e sua autoria, e o interessado pode delas se valer.

Ainda que se imagine que o processo de especialização e registro da hipoteca somente possa ser iniciado quando em curso a ação penal, não parece haver questionamentos a respeito da licitude de o arresto ser imposto quando em curso as investigações⁴³². O art. 136 do CPP não cria óbice a este respeito.

Diversamente do que ocorre em relação ao pedido de registro de hipoteca, compete ao lesado demonstrar as condições cobradas para deferimento de medida cautelar. Como visto, deve ser evidenciada a probabilidade do direito alegado. Aquele que figura como réu na ação cautelar precisa ser o provável autor do ilícito causador de dano.

Não bastasse, e nisso está a diferença, o lesado tem de evidenciar o perigo da demora. A medida serve para garantir o sucesso da inscrição da hipoteca. Logo, precisa ficar demonstrado que há risco de o imóvel não mais pertencer ao demandando quando da expedição da ordem de registro da garantia real.

Tal como sucede em relação ao processo de especialização, o de arresto tramita em apartado (art. 138 do CPP). Haverá, então, os autos principais, destinados à ação penal, os autos onde se busca o registro da garantia real e os autos do arresto.

O arresto se esgota com o registro da hipoteca⁴³³. Alcançada a providência, os autos onde tramitou mencionada ação podem ser arquivados. A remessa ao juízo cível, prevista no art. 143 do CPP, refere-se aos autos do processo de especialização e registro de hipoteca e aos autos do processo de arresto subsidiário. Não há, no caso em comento, envio do arresto prévio ao juízo extrapenal.

6.3.1.1. Peculiaridades do arresto prévio

É curioso notar que, baseado na legislação italiana (notadamente o CPP de 1930), o diploma pátrio não previu, como regra, a possibilidade de arresto de imóveis. Entretanto,

⁴³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 339.

⁴³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 46.

contrariando o modelo peninsular, de maneira excepcional, para garantir o registro da hipoteca, autorizou a medida⁴³⁴.

Se foi aberta exceção, melhor teria sido autorizar o arresto tanto para móveis quanto para imóveis. Não faz sentido permitir a constrição de bem de raiz apenas para garantir o registro da hipoteca. Se, para impor a cautelar, são cobradas as condições típicas de tal provimento, bastaria a sua presença. Não deveria ser colocado como ônus ao lesado a deflagração do processo de especialização da garantia real.

Diante do regramento dado pelo estatuto brasileiro, na maior parte dos casos haverá a necessidade de propositura de diversas ações. São elas: a ação de arresto prévio, a ação de especialização e registro da hipoteca, a ação penal e a ação executiva cível. Por ser tamanha a complicação, não é comum encontrar na prática quem se valha dos mecanismos previstos no CPP.

Apesar disso, o processo de arresto prévio é relativamente simples. Não há como concluir que também nele se faça necessária a designação de avaliador. Como visto no tópico anterior, compete ao próprio lesado estimar o valor do dano e do imóvel que pretende ver atingido pela medida.

Na ação em pauta, portanto, por ausência de previsão legal, não se cogita da prática de atos similares aos que são praticados no processo que lhe segue. Do contrário, existiria a avaliação mais que provisória, o que é algo impensável.

O arresto prévio não exclui do titular a faculdade de dispor do bem⁴³⁵. Na verdade, com a imposição da medida, eventual alienação não surte efeitos perante o sequestrante. Para que se

⁴³⁴ BETTIOL, Giuseppe (*Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v. 3, p. 238) pontua que “se houver fundada razão de temer que falem ou se dispersem as garantias das obrigações em razão das quais for admitida a hipoteca legal, pode ser ordenado o sequestro dos bens móveis (ou imóveis pelo projeto Gonella) do imputado”.

⁴³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto (*Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 226) pontua que “o que decorre do arresto, além da restrição física à posse do dono sobre a coisa é a imposição de *ineficácia* dos atos de transferência dominial frente ao processo em que se deu a constrição. Mas *ineficácia* não se confunde com nulidade, nem impede que seja válida a alienação do bem. Apenas faz com que o ato praticado seja irrelevante para o processo”. COSTA, Alfredo Araújo Lopes da (*Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 89), na mesma linha, diz que “os bens não mais podem circular livremente: impossibilidade material (apreensão de depósito); impossibilidade de movimento jurídico (a ineficácia dos atos de disposição)”. CONIGLIO, Antonio (*Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 167), por sua vez, sustenta que “è pacifico anzitutto, che il vincolo di sequestro non fa perdere il diritto di proprietà, nonostante la privazione della facoltà di godere e di disporre”. LIMA, Renato

assegure a medida perante terceiro, é necessário que o arresto seja averbado na matrícula do imóvel (art. 844 do CPC). Assim procedendo, o adquirente não poderá alegar boa-fé⁴³⁶.

Como regra, o arresto prévio não retira do titular a posse do bem. É possível entretanto que, em razão da conduta do demandado, a medida precise ser imposta para garantir a integridade da coisa. Se, por exemplo, o réu passa a danificar o imóvel, acreditando que no futuro o perderá, é possível que desde logo seja desapossado.

Por fim, cabe pontuar que parece errôneo dizer que o arresto prévio é medida precauteladora⁴³⁷. A especialização de hipoteca é providência que não tem natureza cautelar. A propósito, seria difícil imaginar algo que exigisse mais do que a urgência, que é o requisito do provimento de tal espécie.

6.3.1.2. Levantamento do arresto prévio

O arresto prévio, nos termos do art. 136 do CPP, perde o efeito se o lesado desobedece ao prazo legal, deixando de propor a ação de especialização e registro da hipoteca. O lapso temporal é de quinze dias e conta-se a partir do momento em que se toma por termo a constrição.

De forma diversa do que sucede em relação aos móveis, que precisam, como regra, ser recolhidos, em se tratando de imóvel, basta a formalização do ato. Isso se dá com a lavratura do termo nos próprios atos, mediante a apresentação da certidão da matrícula (art. 845, § 1º, do CPC).

Como a propositura da demanda de especialização e inscrição depende exclusivamente da iniciativa do interessado, não se há de cogitar de dilação do lapso temporal⁴³⁸. Superado, a medida perde efeito e não se deve admitir a reiteração⁴³⁹, pois o próprio lesado, com a sua omissão, demonstra a inexistência da urgência.

Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1274), diz que o arresto prévio tem por fim “tornar os bens imóveis do acusado inalienáveis durante o lapso temporal necessário à tramitação do pedido de registro do gravame real”.

⁴³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1376.

⁴³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1275) defende que “o arresto prévio do art. 136 do CPP funciona como medida pré-cauteladora”.

⁴³⁸ É necessário, porém, entender que tal demanda não exige a propositura prévia da ação penal.

⁴³⁹ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*: comentários aos arts. 63 – 184. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 406.

De forma derradeira, é de se frisar que o arresto prévio perde o efeito quando se efetiva o registro da hipoteca⁴⁴⁰. A medida cautelar, quando se opera a inscrição, exaure a sua função. Esgota-se.

6.3.1.2.1. Caução

Se o imputado oferece caução, também não há motivo para manter o arresto. Aliás, quando é ofertada a garantia mencionada, sequer tem cabimento o registro da hipoteca (art. 135, § 6º, do CPP). O dispositivo mencionado não especifica em que momento está autorizada a apresentação de caução. Logo, não se deve impedir a oferta quando já postulada a medida cautelar citada.

As mesmas considerações feitas a respeito da caução que pode ser dada em substituição à especialização e ao registro da hipoteca são aplicáveis aqui⁴⁴¹. Não se deve admitir a caução fidejussória; diversamente, se faz possível a oferta de dinheiro ou títulos da dívida pública⁴⁴².

6.3.1.2.2. Arquivamento, absolvição e extinção da punibilidade

Questão um tanto delicada diz respeito ao arquivamento do inquérito (ou outro procedimento investigativo). Como visto, o arresto prévio tem como ser deferido antes do início da ação penal. Se, eventualmente, esta não for ajuizada, seria de se questionar se a constrição é mantida ou perde o efeito.

No âmbito do processo civil, não há vedação ao arresto de imóveis. Vale dizer, não se exige a especialização e registro da hipoteca. Assim, se eventualmente no juízo criminal foi deferida a medida cautelar, não parece haver óbice ao pedido, formulado pelo interessado, de remessa ao juízo cível.

É certo, porém, que, se o lesado se mantém inerte, a medida perde o efeito por tal razão. Postulado, porém, o envio ao outro juízo, a constrição será mantida. É possível, por exemplo, que o arquivamento decorra da ausência de elementos bastantes para evidenciar a ocorrência de crime, o que não impede seja constatada a violação às normas de Direito Civil.

⁴⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal: (Arts. 24 a 154)*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, t. 2, p. 379.

⁴⁴¹ Vide item 6.2.2.1.

⁴⁴² GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 168.

A lei não especifica até que momento perdura a eficácia da constrição na situação mencionada. Não se pode tê-la como indefinida⁴⁴³. O credor tem de atuar, promovendo a ação dita principal no juízo cível. Também aqui, por analogia, é aplicável o prazo de trinta dias previsto no art. 308, *caput*, do CPC.

Antes do oferecimento da inicial acusatória (ou antes do seu recebimento), pode ser declarada extinta a punibilidade do imputado. Também nesta situação, não se mostra inviável, em princípio, a remessa dos autos do processo de arresto prévio ao juízo cível.

De ordinário, não se cogitará de absolvição definitiva antes da conclusão do processo de especialização e registro de hipoteca. Como, porém, referida providência tem como ser postulada em qualquer fase do processo (art. 134 do CPP), nada impede que, já em curso a demanda penal, seja deferido o arresto prévio.

Se tal situação se verifica, e antes da conclusão do processo envolvendo a hipoteca se opera a absolvição definitiva, o arresto prévio, a depender da situação, pode ser mantido⁴⁴⁴. Assim, por exemplo, se a absolvição decorre de aplicação do art. 386, VII, do CPP, nada impede que o interessado postule o encaminhamento dos autos do processo de arresto prévio ao juízo cível.

6.3.2. Arresto subsidiário

Nos termos do art. 137 do CPP, se inexistem imóveis ou se eles são insuficientes para suportar as condenações extrapenais (e mais especificamente, apenas a indenização devida ao lesado, pois as outras verbas não dão ensejo ao registro da hipoteca), é autorizado o arresto de móveis.

A previsão é suscetível de crítica, quer pela redação, quer por colocar o arresto de móveis como providência secundária. O dispositivo citado alude ao responsável, e com isso dá margem a que se entenda que é lícita a constrição de bens de terceiro – o responsável civil. Não é isso, porém, o que se deve entender.

⁴⁴³ CANDIAN, Alberto. *Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 228.

⁴⁴⁴ Vide item 6.2.2.2.

O art. 144 do CPP estatui que as medidas assecuratórias, dentre as quais o arresto subsidiário, são autorizadas perante o juízo cível em face do responsável civil. Diante de tal regramento, conclui-se que a figura mencionada no art. 137 é o imputado⁴⁴⁵.

É curioso notar que o dispositivo foi alterado pela Lei 11.435/06, e apesar de ter sido melhorado, continua insatisfatório. Manteve-se a alusão ao responsável, mas substituiu-se o termo sequestro por arresto; corrigiu-se, outrossim, o equívoco da parte final: antes aludia-se à hipoteca legal de móveis; agora, são mencionados os imóveis.

Já foram tecidas considerações críticas a respeito da sistemática adotada pela legislação pátria sobre o tema arresto⁴⁴⁶. Cabe aqui reforçar que se faz urgente a alteração do CPP e lamentar que em 2006 foi perdida uma oportunidade. Não tem sentido impedir o arresto de imóveis (como medida autônoma) e dar preferência à constituição de hipoteca legal.

Ademais, desviando-se do modelo inspirador, o CPP italiano de 1930, o estatuto brasileiro permitiu, para garantir o registro da garantia real, o arresto prévio de imóveis. Se se abriu exceção, admitindo-se a constrição de imóveis, é ilógico estabelecer que tal medida somente serve para uma finalidade específica: proteger o credor por curto período, impondo-lhe o ônus de se submeter ao processo de especialização e registro de hipoteca.

A lei revogada italiana, outrossim, de forma diversa da brasileira, não previa o sequestro de móveis como medida subsidiária. O art. 189 do CP peninsular estatua a hipoteca legal e, além disso, conferia ao interessado o sequestro conservativo de móveis, que equivale ao arresto brasileiro⁴⁴⁷. A diferença entre as duas está em que, para esta última medida, em razão da natureza cautelar, se exige a presença das condições que lhe são próprias; para a hipoteca, não⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 51) anota que “não é feliz o emprego da palavra responsável neste artigo. Que responsável? O civil? Mas a hipoteca legal só recai sobre os bens dele quando ele é o próprio acusado. Quando é outro, como, por exemplo, o preponente do acusado, não incide sobre seu patrimônio hipoteca legal. É o responsável penal? Mas a lei não exige tanto: a hipoteca recai sobre os bens daquele de quem se supõe que é responsável, daquele contra quem há indícios de autoria. Se ele é responsável realmente, só a sentença final vai dizer”.

⁴⁴⁶ Vide item 5.1.3.

⁴⁴⁷ ANTOLISEI, Francesco (*Manual de derecho penal: parte general*. Tradução de Juan del Rosal e Ángel Torio. Buenos Aires: Uteha, 1960, p. 591), ao tratar das garantias das obrigações civis, diz que “la primera de ellas es la hipoteca legal” e que “cuando exista fundada razón para temer que falten o desaparezcan las garantías de las obligaciones para las que se admite la hipoteca antedicha, puede acordarse el secuestro de los bienes del imputado”.

⁴⁴⁸ Cumpre observar que, com a entrada em vigor do CPP de 1988, a hipoteca legal se restringe em benefício do Estado. O lesado pode inscrever a hipoteca judicial. A respeito do tema, CHILIBERTI, Alfonso (*Azione civile e*

Dito isso, cumpre notar que o arresto subsidiário não pressupõe o encerramento e nem mesmo a propositura do processo de especialização e registro da hipoteca. Ou seja, não é necessário que primeiro o juiz constate, em decorrência da avaliação que se faz neste processo, a insuficiência dos imóveis.

O interessado no arresto está autorizado a desde logo postulá-lo, competindo-lhe demonstrar que os imóveis do imputado são insuficientes. Para tanto, apresentará a matrícula dos bens, com o que comprovará a titularidade, e elementos que evidenciem que o preço de mercado é inferior ao necessário para suportar as despesas oriundas da futura e provável condenação.

Além disso, nas hipóteses em que o réu é dono de imóvel, não se deve exigir do lesado a propositura de duas ações: a de registro de hipoteca e ao de arresto subsidiário. Se o demandante demonstrar desde logo (na inicial da demanda de arresto) que o bem de raiz não é o bastante para suportar a futura dívida, não tem sentido exigir que primeiro seja executado o imóvel e quanto ao excedente se proceda ao arresto de móveis.

O juiz, em análise perfunctória, diante da alegação e demonstração feita pelo autor, verifica se os valores atribuídos a título de estimativa do dano e avaliação do imóvel⁴⁴⁹ são consentâneos com a realidade. Constatada verossimilhança da postulação, a admitirá. Na sequência, verificará se as condições exigidas na ação cautelar foram preenchidas.

Diversamente, se concluir que houve exagero na quantificação do prejuízo e/ou atribuição de baixo valor ao imóvel do réu, impedirá o emprego do arresto de móveis, dado o seu caráter subsidiário.

A hipoteca não tem natureza cautelar. Logo, quem pretende o seu registro, não precisa demonstrar o risco de dano. Algo diverso se nota quando o pedido é de arresto. Ao interessado

nuovo processo penale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 391-392) anota que “il sistema è stato radicalmente cambiato dal nuovo codice di rito, che ha soppresso l’istituto dell’ipoteca legale penale. L’art. 218 disp. A.C.T. infatti dispone l’abrogazione delle disposizioni del codice penale che prevedono l’ipoteca legale e la sostituzione all’ipoteca legale – per illeciti penali prevista da altre disposizioni di legge – del sequestro conservativo, così come ridisegnato dal nuovo codice di rito”.

⁴⁴⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorárias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 177), ao tratar do arresto subsidiário, diz que “deve, pois, haver certeza da infração penal, e estimativa acerca do valor da responsabilidade e avaliação dos bens indicados”.

incumbe a demonstração do perigo. O art. 137 do CPP nada diz sobre referido requisito, mas ele é próprio das cautelares.

Já se disse que a lei pode eventualmente dispensar o postulante da demonstração do *periculum in mora*⁴⁵⁰. Não é isso o que ocorre aqui. Apesar de a lei estabelecer que o arresto é cabível nos termos em que se autoriza a hipoteca, não dispensa o lesado de trazer elementos que evidenciem o risco.

Deve ser aceita a ideia de dispensa da demonstração concreta do risco de dano quando a lei claramente cria a presunção quanto a sua existência. Isso se dá, por exemplo, na hipótese em que a lei autoriza a constrição quando o réu não é encontrado para a citação. Pressupondo que o indivíduo está a se ocultar, permite-se o arresto.

Algo diverso se nota no caso sob exame. Se se aceita o arresto de móveis independentemente de qualquer elemento que evidencia perigo, a medida passa a equivaler à penhora: no caso, penhora antecipada, prática que não é admitida pelo ordenamento⁴⁵¹.

Portanto, compete ao lesado a prova de que o imputado está a agir com o escopo de frustrar a futura execução. Constatada a prática de atos neste sentido, o juiz defere a medida e determina a constrição de tantos bens quantos bastem para a satisfação do crédito. Logo, é de se imaginar que o autor tem a incumbência de estimar, na inicial, o seu prejuízo.

Como é impossível a lei preestabelecer quando o imputado praticará atos ruinosos que ensejam a constrição de seus bens em benefício do lesado, não se pode entender que o arresto subsidiário somente tenha como ser postulado a partir de algum momento processual, como é o caso da propositura da ação penal.

Surgido o risco de dano, o interessado está autorizado a pleitear a medida. Por ser vedada a criação de lei que exclui da apreciação do Judiciário a lesão ou a ameaça a direito (art. 5º,

⁴⁵⁰ Vide item 5.2.2.

⁴⁵¹ GUASP, Jaime (*Derecho procesal civil*: parte especial. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, v. 2, p. 687), embora diga que “el nombre del embargo preventivo revela ya suficientemente la esencia de la figura, que consiste en una *anticipación*, como todas las cautelas, de lo que habría que hacer, caso de que tuviera fuerza inmediata la decisión que se previene o asegura”, não dispensa a presença do requisito do perigo da demora. Sobre o tema, diz (p. 690): “la circunstancia subjetiva consiste, lógicamente, en que se dé alguna *razón de sospecha* de que el deudor impedirá la eficacia de la decisión que pueda tomarse contra él en el proceso principal”.

XXXV, da CF), não se pode obstar que o lesado requeira a concessão de cautelar que visa justamente coibir o prejuízo⁴⁵².

6.3.2.1. Bens suscetíveis de arresto subsidiário

O art. 137, *caput*, do CPP dispõe que são arrestáveis os bens suscetíveis de penhora⁴⁵³. Diante de tal disposição, é necessária a consulta ao CPC. O primeiro dispositivo a ser analisado é o art. 832, que estatui que não se sujeita à execução aquilo que é, por lei, tido como impenhorável ou inalienável.

Inicialmente se pode anotar que tudo o que é inalienável é impenhorável. O art. 100 do CC estabelece que os bens públicos de uso comum e os de uso especial são insuscetíveis de venda enquanto conservam tal destinação. O dispositivo, entretanto, não tem relevância para os fins deste estudo. O Estado não pode figurar como imputado.

O diploma mencionado (art. 1.848, *caput*) permite que em testamento o autor da herança elabore cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre algum bem. Exige, para tanto, a apresentação de justa causa. Um motivo que autorizaria a imposição da condição seria a imaturidade do herdeiro⁴⁵⁴.

Não se deve, porém, entender que a limitação testamentária se sobreponha ao direito do lesado. Deve-se, isso sim, ter presente que a impenhorabilidade se restringe às dívidas de natureza exclusivamente civil e que não possuem caráter alimentar. O crédito devido em decorrência de dano causado pelo crime é privilegiado. O art. 140 do CPP prevê que a

⁴⁵² CANDIAN, Alberto (*Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 122-123) aceita essa posição e diferencia as obrigações entre contratuais e extracontratuais, salientando que, em relação a estas, não há ato de vontade do lesado. Por isso, não se pode criar empecilho para a propositura da cautelar. Em sentido diverso, GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 177-178) afirma que “o arresto subsidiário ou complementar pode ser decretado unicamente durante o curso da ação penal”. CHILIBERTI, Alfonso (*Azione civile e nuovo processo penale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 394) sustenta que “quanto al momento in cui la richiesta può esser formulata, il codice la identifica in <ogni stato e grado del processo>: dunque solo dopo l’inizio dell’azione penale, cosa che è di palmare evidenza per la parte civile, che prima di tal momento no ha cittadinanza nel processo. Pertanto qualora l’esigenza cautelare sorga in un momento anteriore, il danneggiato non potrà che praticare la sede civile, ed il procedimento cautelare dovrà esser sviluppato in tale sede”.

⁴⁵³ CONIGLIO, Antonio (*Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 73) pontua que “sequestrabilità e pignorabilità sono sullo stesso piano. Sono sequestrabili i beni che sono pignorabili”.

⁴⁵⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18, p. 257) diz que a cláusula é, como regra, inserida em testamento para proteger o herdeiro imaturo. Assim, “se faz restrição à alienação dos bens que transmite, há que se entender nisso preocupação com o futuro de seus sucessores, em geral mais novos e, como é próprio da juventude, sem grandes preocupações com o futuro”.

indenização devida ao prejudicado tem preferência inclusive em relação aos créditos fazendários. Seria, portanto, um contrassenso crer que a cláusula testamentária colocaria o bem, para o fim aqui tratado, fora do comércio.

Perceba-se, no mais, que o art. 832 do CPC alude expressamente aos bens que a lei considera inalienáveis. Tratando-se de norma restritiva, a sua interpretação não pode ser ampliativa. No caso em comento, é o testador que cria o óbice à alienação; não é propriamente a lei.

É verdade que o art. 833, I, do CPC estatui que são impenhoráveis os bens que, por declaração voluntária, não se sujeitam à execução. Contudo, seria ilógico concluir que os dois dispositivos trataram do mesmo ponto. Logo, é de se ter que este último cuida da hipótese em que as partes, por negócio jurídico, estabelecem que determinado bem é impenhorável⁴⁵⁵.

Prosseguindo, frise-se que é permitida a constituição de bem de família por escritura pública ou testamento. O art. 1.711 do CC concede aos consortes ou membros da unidade familiar a faculdade de destinarem até um terço do patrimônio líquido para constitui-lo. Como também aqui a retirada do comércio é por ato particular, está autorizada a penhora.

Mencionada categoria de bem não se confunde com aquela prevista na Lei 8.009/90. O dispositivo citado (art. 1.711 do CC) faz expressa ressalva quanto à legislação especial. Insista-se, no mais, que a impenhorabilidade é inoponível quando se está a executar condenação ao pagamento de indenização devida em decorrência de dano causado pelo crime (art. 3º, VI).

A exceção à regra da impenhorabilidade não abrange apenas os imóveis, senão também os móveis. O art. 3º, *caput*, deixa de especificar a espécie de bens: traz apenas o rol das hipóteses em que a constrição se faz lícita. Como o art. 1º, p.u., alude às construções, plantações, benfeitorias, equipamentos, inclusive de uso profissional, e móveis que guarnecem a casa, entende-se que todos eles podem ser penhorados. Aliás, se está permitida a penhora do principal (o imóvel), não teria sentido desautorizar a medida em relação ao acessório. Aplica-se aqui a regra segundo a qual o acessório segue a sorte do principal.

⁴⁵⁵ ASSIS, Araken de (*Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 217) afirma que “o direito brasileiro admite, no art. 649, I, negócio jurídico entre o credor e o devedor tornando certo bem impenhorável na execução de determinado crédito”.

Em decorrência da incidência da lei especial, quando se está diante de execução de título que tem por origem o prejuízo oriundo do delito, não se aplica a regra geral de impenhorabilidade que compreende os móveis supramencionados. Ou seja, as hipóteses previstas no art. 833, II⁴⁵⁶, V⁴⁵⁷, VII⁴⁵⁸, VIII⁴⁵⁹ e XII⁴⁶⁰, do CPC são afastadas⁴⁶¹.

Como o devedor responde com seus bens presentes e futuros, não se deve impedir o arresto daqueles que lhe serão integrados ao patrimônio. Assim, se o imputado tem crédito a receber, cujo vencimento ainda não ocorreu, se faz lícita a constrição. Também os frutos de imóveis podem ser arrestados, pois são considerados móveis (ex.: aluguel)⁴⁶².

Existe ordem de preferência para realização da penhora. A mesma disciplina é aplicável ao arresto, na medida em que este, de ordinário, é convertido em referida providência de caráter executivo. O art. 835 do CPC apresenta o rol e coloca o dinheiro em primeiro lugar. Não haveria como ser diferente, pois se tratando de execução de quantia certa, o que se objetiva é a obtenção de numerário para saldar o débito perante o credor.

Na sequência, a lei alude aos títulos da dívida pública (federais e estaduais), aos títulos e valores mobiliários e veículos de via terrestre. Em quinto lugar estão os imóveis. Entretanto, em razão da sistemática adotada pelo CPP, de dar preferência ao registro da hipoteca, não há como seguir exatamente a ordem criada pelo CPC.

O citado diploma menciona, em continuação, os móveis, os semoventes, os navios e as aeronaves, as ações e as quotas de sociedades (empresária ou simples), o faturamento da pessoa jurídica devedora, as pedras e os metais preciosos, os direitos decorrentes de promessa de compra e venda ou de contrato com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Por fim, de forma genérica, alude a outros direitos.

⁴⁵⁶ “II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;”

⁴⁵⁷ “V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;”

⁴⁵⁸ “VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;”

⁴⁵⁹ “VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;”

⁴⁶⁰ “os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”.

⁴⁶¹ MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 147) sustenta que todos os bens mencionados no art. 649 do CPC/73 são insuscetíveis de penhora e de arresto.

⁴⁶² CANDIAN, Alberto. *Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955, p. 122-123), p. 160-161.

O art. 835, 1º, do CPC dispõe que a constrição de dinheiro é sempre prioritária, e isso reforça o entendimento aqui defendido. Quanto aos demais bens suscetíveis de penhora, o juiz pode alterar a ordem de preferência se as circunstâncias do caso concreto justificarem. Assim, se o devedor é um conhecido colecionador de obras de arte, e não se faz possível o encontro de numerário em suas contas, pode-se desde logo arrestar os mencionados objetos.

Habitualmente, se diz que o alvo do arresto penal são os bens de origem lícita⁴⁶³. Salienta-se que aqueles adquiridos de maneira ilícita, com o produto do crime, são objeto de sequestro⁴⁶⁴. A asserção está correta. No entanto, se se entende que esta última medida somente pode atingir os bens que são fruto indireto do crime cuja prática está a ser apurada no processo⁴⁶⁵, os demais bens de origem ilícita estão sujeitos a arresto.

Não teria sentido aceitar eventual alegação do imputado, que deseja ver seus bens livres da medida cautelar, no sentido de que os adquiriu com o proveito obtido com infração diversa. Tese neste sentido violaria o princípio de que a pessoa não pode se valer da própria torpeza.

6.3.2.2. Venda antecipada de bens móveis arrestados

De acordo com o art. 137, § 1º, do CPP, os bens fungíveis e facilmente deterioráveis, que são objeto de arresto subsidiário, devem ser alienados antecipadamente. O dispositivo faz expressa referência ao art. 120, § 5º.

É curioso notar, no entanto, que neste último dispositivo há menção apenas às coisas facilmente deterioráveis. Isto é, não se exige a fungibilidade⁴⁶⁶. Poder-se-ia, então, em um primeiro momento, concluir que os dispositivos estão em conflito. Não é isso o que ocorre. O art. 137, § 1º, após especificar os bens, determina que se proceda na forma prevista no outro dispositivo. Ou seja, apenas especifica a aplicação do procedimento ali mencionado.

Portanto, diversamente do que ocorre nas hipóteses de busca e apreensão, para que se proceda à venda antecipada de bens arrestados, são cobrados dois requisitos cumulativos: os

⁴⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1275.

⁴⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 201.

⁴⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1265.

⁴⁶⁶ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 385) diz: “quer parecer-nos, contudo, que o legislador não empregou a expressão – ‘bens fungíveis’ – em sua acepção técnica, mas no sentido de bens de fácil deterioração. Não se compreenderia a conveniência de venda de bens fungíveis quando estes não estivessem sujeitos a deteriorarem-se”.

bens precisam ser fungíveis e facilmente deterioráveis. Se se verifica apenas esta condição, ao menos pela literalidade da lei, não é lícita a alienação.

Não parece, porém, que esta seja a melhor interpretação. A venda antecipada se justifica para evitar custos de armazenamento e para impedir que a coisa se perca. Há bens que são perecíveis e não fungíveis. As uvas viníferas de determinada safra são deterioráveis, embora não tenham, dadas as suas qualidades específicas, como ser substituídas por outras.

Bem fungível, nos termos do art. 85 do CC, é aquele que pode ser substituído por outro de igual espécie, qualidade e quantidade (ex.: uma saca de café). Deteriorável é aquele cujas características e qualidades estão sujeitas à ação do tempo. Um pedaço de carne é deteriorável. Entretanto, não se há de confundir uma coisa com outra. Nada impede que o bem seja deteriorável mas não consumível (ex.: planta venenosa).

Constatada a necessidade da venda antecipada, o juiz a determinará. Não parece haver óbice a que o magistrado atue de ofício. Deve, entretanto, se basear em dados concretos para assim proceder. Também não se deve impedir que qualquer das partes postule a alienação prévia.

Deferida a medida, o bem será avaliado e levado à leilão (art. 120, § 5º, do CPP). Como regra, será o oficial de justiça que procederá à avaliação (art. 870, *caput*, do CPC). Se uma parte aceitar a estimativa feita pela outra, dispensa-se a medida (art. 871, I, do CPC). Igualmente, tratando-se de bem com cotação em bolsa (art. 871, II, do CPC) ou com preço médio constatável em pesquisas junto a órgãos oficiais ou anúncios existentes em meios de comunicação (art. 871, IV, do CPC).

No leilão, não se deve admitir lance inferior àquele que corresponde à metade do valor da avaliação. Isso porque montante que corresponde a percentual inferior deve ser considerado vil (art. 891, p.u., do CPC).

Não se aplica à hipótese o art. 144-A do CPP. Em virtude da existência de regra específica que disciplina o destino dos bens sujeitos ao sequestro subsidiário, afasta-se a incidência da norma geral. Ademais, é ela a que melhor protege os interesses do réu. Qualquer execução tem de ser promovida pelo modo menos gravoso (art. 805, *caput*, do CPC).

6.3.2.3. Manutenção do imputado e de sua família com renda dos bens arrestados

Se os móveis que são atingidos por arresto subsidiário produzem renda, é possível o arbitramento de recursos para o sustento do réu e de seus familiares (art. 137, § 2º, do CPP). A norma, que parece ter aplicação limitada, nada mais faz do que retratar a regra geral sobre a constrição de bens.

O arresto não retira do titular a propriedade do bem. Consequentemente, os frutos continuam a lhe ser devidos⁴⁶⁷. Nada impede, porém, que em um caso específico a medida (a constrição) se estenda também (ou somente) aos rendimentos. Isso não é o que de ordinário ocorre. A providência não é automática. Cabe ao juiz especificar que a constrição atinge o principal e o acessório⁴⁶⁸.

No que toca às medidas cautelares patrimoniais, e mesmo em relação à penhora, não se aplica a regra segundo a qual o acessório segue o principal. A constrição deve ser feita até o limite da dívida. Como decorrência, se se entendesse que os frutos são abrangidos, haveria excesso.

Se em um caso concreto o bem atingido não tem valor suficiente, mas produz frutos, pode eventualmente o arresto alcançá-lo, pois adicionando-se os rendimentos fica garantida a execução.

O regramento dado pelo CPP alude apenas aos móveis. Ou seja, não há, quanto à hipoteca e ao arresto prévio, autorização expressa de direcionamento das rendas ao imputado e sua família. A omissão, porém, não impede que eles recebam os frutos. Aliás, comumente é isso o que ocorrerá.

⁴⁶⁷ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da (*Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 89) afirma que “as coisas arrestadas não podem ser alienadas. Os créditos não podem ser transferidos (Cód. Civil, art. 1.977). O credor não pode receber nem o capital, nem os juros (Cód. Civil, art. 938)”.

⁴⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 612-735*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 10, p. 271) observa que “o Código não possui regras jurídicas sobre os frutos dos bens penhorados. A solução é entender-se toda questão a respeito como de *interpretação do mandado de penhora*, sendo um dos elementos da interpretação o modo pelo qual se executou. Exemplo: se foi penhorado o gado, ‘tantas cabeças *a, b e c*’, e ficou como depositário o executado, esse modo de execução é elemento para se interpretar que não se penhoraram os frutos do gado”.

Tal como o arresto, a hipoteca não abrange os frutos. O proprietário continua a usar e fruir o bem. Consequentemente, aquilo que é por ele produzido não cabe ao credor hipotecário, senão ao devedor.

As normas que disciplinam a mencionada garantia real são restritivas. Não admitem, portanto, interpretação ampliativa. O art. 1.489, III, do CC menciona somente os imóveis. Diante disso, não se pode concluir que estão abrangidos os frutos.

O art. 1.474 do CC corrobora tal entendimento, na medida em que estabelece aquilo que é abrangido pela hipoteca, a saber: as acessões, melhoramentos e construções. Em outros termos, os rendimentos produzidos pelo imóvel pertencem ao proprietário.

6.3.3. Levantamento do arresto

O arresto subsidiário é levantado basicamente nas mesmas situações previstas em relação ao arresto prévio. Entretanto, como este tem por finalidade assegurar o registro da hipoteca, uma das hipóteses de perda de eficácia da medida é justamente o alcance de tal objetivo. Na medida subsidiária, isso não ocorre. Não existe hipoteca de bem móvel.

Apresentada caução idônea e suficiente, o arresto perde o efeito. As mesmas considerações já feitas anteriormente a respeito do tema tem aplicação aqui⁴⁶⁹. Igualmente, quando a absolvição não vincula o juízo cível, a medida tem como ser mantida. Também são pertinentes as considerações tecidas sobre o arquivamento do inquérito ou outro procedimento investigatório⁴⁷⁰.

Diferentemente do que ocorre em relação ao arresto prévio, em que compete exclusivamente ao lesado a propositura da medida de caráter principal, e que consiste no processo de especialização e registro da hipoteca, não se exige do autor do pedido de medida cautelar subsidiária o ajuizamento de outra ação.

O CPP, ademais, não prevê prazo para que a ação penal seja proposta; tampouco existe norma que impeça a postulação do arresto subsidiário em momento anterior ao início do

⁴⁶⁹ Vide item 6.3.1.2.1.

⁴⁷⁰ Vide item 6.3.1.2.2.

processo criminal. Basta que existam as condições exigidas para a medida; estando presentes, ela pode ser pleiteada.

Assim, a se admitir a viabilidade de o arresto de móveis ocorrer durante a fase das investigações, cabe, na sequência, a propositura da ação penal. Da omissão do CPP quanto ao prazo, entretanto, não se deve entender que a medida tem duração indefinida. Em razão da semelhança que há com o sequestro, aplica-se, por analogia, o art. 131, I. Cabe aqui, igualmente, as mesmas considerações a respeito da impossibilidade de se adotar interpretação literal, ou seja, considerar o prazo peremptório⁴⁷¹.

Como a propositura da ação penal, de ordinário, independe da prática de atos exclusivos por parte daquele que postula o arresto, o beneficiário de tal medida não pode ser prejudicado em decorrência do comportamento omissivo de outrem. Vale dizer, se o lesado é diligente e postula o arresto no início das investigações, a demora da conclusão do trabalho policial não pode prejudicá-lo.

⁴⁷¹ Vide item 6.1.2.1.

7. MEIOS DE DEFESA

Postulada qualquer das medidas assecuratórias, é imprescindível dar a oportunidade de se defender a quem é o titular dos bens aos quais elas têm por alvo. Trata-se de aplicação do disposto no art. 5º, LV, da CF⁴⁷². O CPP, entretanto, traz disciplina escassa sobre o tema. Somente em relação ao sequestro previu a forma de o imputado (ou o terceiro) se defender.

Cabe, então, analisar a disciplina dos embargos, que é o meio de defesa colocado à disposição daquele que tem seus bens sequestrados, e verificar como, nos outros casos, o demandado, ou aquele que foi atingido por medida assecuratória, pode se defender.

Desde logo compete pontuar que, em relação ao sequestro, o CPP não deu legitimidade exclusiva ao imputado. Previu também o terceiro como um dos possíveis réus de referida demanda. Daí se conclui que o legislador não fechou os olhos para os casos em que alguém, que não é parte na relação jurídica principal, tem seus interesses atingidos.

7.1. SEQUESTRO

O primeiro dispositivo que alude à defesa no sequestro é o art. 129 do CPP. Ali está dito que são admitidos embargos de terceiros⁴⁷³. Da leitura isolada, concluir-se-ia que o imputado não está autorizado a se valer da mesma espécie de demanda – os embargos.

Não é isso, porém, o que ocorre. Logo na sequência (art. 130), contrariando o que parecia ser a única hipótese, o diploma prevê os embargos a serem opostos pelo imputado. Melhor teria sido se o art. 129 fizesse menção genérica aos embargos, deixando para o dispositivo seguinte a especificação.

É costume dizer que existem três espécies de embargos⁴⁷⁴, a saber: os do imputado, os do terceiro e os do terceiro de boa-fé⁴⁷⁵. Por questões didáticas, mostra-se conveniente adotar

⁴⁷² BETTI, Emilio (*Diritto processuale civile italiano*. 2. ed (ristampe). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 88) pontua que “la bilateralità del rapporto giuridico dello stato personale, nel suo pratico atteggiamento in ordine a una lite, determina la bilateralità del processo. Anche il processo si costituisce e si svolge fra due parti”.

⁴⁷³ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 368), ao comentar o art. 129 do CPP, sustenta que “quando o sequestro tenha sido determinado pelo juiz *ex-officio*, não haverá embargo”. No entanto, não justifica tal entendimento.

⁴⁷⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 572.

⁴⁷⁵ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 385-386) segue linha diferente. Na sua visão, “os embargos do adquirente dos bens, que constituem proveito do crime, não são, propriamente, embargos de terceiro, mas sim embargos do

classificação um pouco diversa. Tomando-se por base o aspecto subjetivo, existem apenas dois embargos: os do imputado e os do terceiro. Esta última espécie se subdivide em relação à matéria suscetível de ser alegada⁴⁷⁶.

O art. 130, I, do CPP regulamenta minimamente os embargos a serem opostos pelo imputado. No inciso II, estabelece a forma de defesa a ser utilizada pelo terceiro que tem seus bens atingidos por ordem judicial. O que parece ser inadmissível é permitir que o terceiro somente possa alegar a aquisição de boa-fé⁴⁷⁷. Em outros termos, não se deve impedir o emprego de outro fundamento para obter a exclusão da constrição, como por exemplo a inexistência de qualquer vínculo com o crime mencionado no processo.

Para situações assim, afirma-se que o fundamento dos embargos está no art. 129 do CPP⁴⁷⁸. O dispositivo, porém, se limita a pontuar o cabimento da medida. Portanto, parece mais adequado entender que o art. 130, II, tem caráter meramente exemplificativo.

Em todos os casos (independentemente de quem seja o embargante), o que há é ação. Os embargos não se confundem com a contestação, que é oferecida no mesmo processo em que se postulou a medida cautelar. O regramento dado pela legislação processual penal é de algum modo distinto daquele constante do CPC. Neste diploma, de acordo com o art. 306, se a cautelar é pedida em caráter antecedente, o réu é citado para contestar no prazo de cinco dias.

Não há na lei nenhuma indicação expressa de que os embargos são espécie de ação. A tal conclusão se chega em razão da interpretação que se dá aos dispositivos que cuidam da matéria. Se houvesse previsão de que apenas o imputado pudesse se valer do remédio, seria mais difícil sustentar que a natureza jurídica não é de contestação.

próprio executado, porque o sequestro alcança tais bens não como bens do delinquente, e, sim, como bens pertencentes a terceiro, mas cuja procedência é ilícita”. Tal entendimento não parece aceitável. Terceiro é quem não faz parte da relação processual. O art. 125 do CPP, ao permitir o sequestro de bens não mais pertencentes ao suposto autor da infração penal, deixa claro que a medida pode atingir aquele que não é investigado ou réu, vale dizer, o terceiro.

⁴⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1270-1271) anota que “existem três espécies distintas de embargos: (1) **embargo do terceiro**, estanho ao processo (CPP, art. 129); (2) **embargo do acusado**, para a defesa de bens lícitos (CPP, art. 130, I); (3) **embargo do terceiro de boa-fé**, que adquiriu o bem do acusado (CPP, art. 130, II)”.

⁴⁷⁷ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 381), ao comentar o art. 129, anota que “o Código de processo penal mantém um laconismo absoluto”.

⁴⁷⁸ POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 144.

Poder-se-ia, eventualmente, entender que o legislador somente atribuiu àquilo que equivale à contestação⁴⁷⁹ o nome de embargo. Nenhum problema, aliás, haveria se assim tivesse procedido. Entretanto, em virtude de ter colocado a ferramenta também à disposição do terceiro, ao menos implicitamente, lhe atribuiu a natureza de ação⁴⁸⁰.

O terceiro, como a própria denominação deixa claro, é aquele que não é parte no processo. Logo, para fazer valer o seu direito, precisa demandar. No ordenamento, e isso decorre da própria construção doutrinária do processo, inexistem (excetuadas as hipóteses de intervenção, em que o terceiro coadjuva com a parte) previsão que autorize alguém de fora da relação processual a dela participar, ampliando-a no aspecto subjetivo.

Se os embargos do terceiro são ação, estranho seria se o CPP atribísse a mesma denominação a instituto com natureza diversa. A corroborar o entendimento aqui defendido, vale observar como foi redigido o art. 130. No *caput* está dito que o sequestro pode ser embargado; nos incisos, são especificados os possíveis embargantes: no primeiro, há alusão ao acusado; no segundo, ao terceiro.

O CPP é também silente quanto à necessidade de cientificação a respeito daquele que sofre a medida. Não se pode, entretanto, entender que tal ato não precisa ser praticado e que compete ao imputado comparecer a juízo e se dar por cientificado.

Destaque-se, porém, a não incidência do art. 282, § 3º, do CPP, que trata da forma como se opera a manifestação daquele contra o qual é pedida certa providência. O dispositivo consta do capítulo das disposições gerais da prisão preventiva, das medidas cautelares alternativas e da liberdade provisória. Ou seja, de matéria que não guarda relação de proximidade com as medidas assecuratórias.

⁴⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 35) defende que, “em se tratando de medida cautelar, não há falar-se em embargo e, sim, em contestação, a não ser que o sequestro se faça sobre bens de terceiro absolutamente estanho ao delito”. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 334) afirma que se trata “de mera contestação ou impugnação ao ato constrição”.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 153) dizem que “se o sequestro ou o arresto penais recaírem sobre bem de terceiro, sem nenhuma vinculação direta ou indireta com o crime, poderá ele defender-se com a ação de embargos de terceiro (art. 129 C.P.P.)”.

No âmbito do processo civil, também se faz possível o deferimento de arresto, sequestro e demais providências cautelares sem que o demandado seja ouvido previamente (art. 300, § 2º, do CPC).

Há opinião no sentido de que a defesa, quando se defere o sequestro, é manejada por intermédio de recurso, mais especificamente apelação com fundamento no art. 593, II, do CPP, pois se estaria diante de decisão com força de definitiva⁴⁸¹. Não parece, porém, que assim seja. A cautelar pode ser revogada, e isso revela a ausência de definitividade. A cautelar, não custa lembrar, traz embutida a característica de provisoriedade⁴⁸².

Os embargos, nos termos do art. 130, p.u., do CPP, são julgados após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por conta disso, e para evitar a incidência prolongada da decisão injusta, sustenta-se o cabimento de mandado de segurança contra a decisão concessiva⁴⁸³. Cumpre notar, porém, que mencionada ação deve ser empregada somente quando se mostra evidente a ilegalidade do sequestro. Não sendo esta a situação, em princípio, a decisão é irrecurável.

O CPP é omissivo quanto ao rito a ser seguido nos embargos, sejam eles do imputado ou do terceiro. Também nada menciona a respeito da competência. Neste caso, porém, é intuitivo que o juízo que decretou a medida seja o competente para julgar a ação em comento⁴⁸⁴, seja o embargante o imputado ou terceiro⁴⁸⁵.

Quanto aos embargos de terceiro, dada a inexistência de rito próprio no CPP, aplica-se o regramento específico constante do CPC (arts. 674 a 681)⁴⁸⁶. As matérias suscetíveis de

⁴⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 4, p. 218.

⁴⁸² Vide item 1.1.1.1.

⁴⁸³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorárias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 142.

⁴⁸⁴ É curioso notar que, no âmbito da justiça militar, pode haver deslocamento de competência. O art. 203, § 2º, do CPPM dispõe que “Se a autoridade judiciária militar entender que se trata de matéria de alta indagação, remeterá o embargante para o juízo cível e manterá o sequestro até que seja dirimida a controvérsia”

⁴⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 165) pontua que “a competência para processar e julgar os embargos apresentados nesses termos é do juízo penal, porque se trata de uma medida contra uma providência originária de processo penal, determinando o art. 1.049 do Código de Processo Civil que os embargos são distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que determinou a apreensão. A competência é de natureza funcional, fixada pela matéria, civil ou penal, do processo de que emanou a ordem de apreensão, como ocorre com o mandado de segurança, que também pode ser utilizado nas duas esferas”.

⁴⁸⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 71. Em sentido contrário, MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 129),

alegação são as mesmas nos dois diplomas, e possuem natureza cível⁴⁸⁷. Quem sustenta possuir o bem sequestrado desde antes do delito cuja autoria se apura na ação penal ou que não tem envolvimento com ele⁴⁸⁸ está a dizer, em outras palavras, que seu direito é incompatível com o ato de constrição (art. 674, *caput*, do CPC)⁴⁸⁹.

Não há, entretanto, como aplicar os referidos dispositivos legais quando o embargante é o imputado⁴⁹⁰. Não figurando como terceiro, todos os fundamentos que dão ensejo à mencionada ação lhe são incompatíveis. É tormentosa a questão a respeito de qual procedimento se aplica.

Mostra-se inadequada a adoção da sistemática dos embargos previstos a partir do art. 914 do CPC. Isso porque a citada ação tem cabimento quando se está diante de execução de título extrajudicial. Basta ver o rol de matérias que podem ser ventiladas (art. 917) para se concluir que não guardam ligação com a matéria aqui tratada – sequestro penal.

Poder-se-ia cogitar da incidência das regras referentes à impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPC), instrumento criado em substituição aos antigos embargos cabíveis contra execução de título judicial. Mas também aqui se nota a inadequação. A impugnação tem natureza diversa dos embargos: não é ação. Outrossim, os fundamentos possíveis (art. 525, § 1º, do CPC) não se assemelham à defesa que o imputado pode exercer, e que consiste em alegar que os bens não foram adquiridos com os proventos da infração.

Resta, então, a adoção do procedimento comum, pois não existe no CPC nem no CPP previsão de incidência de rito diverso. O art. 318 do CPC, a propósito, estatui que o citado modo

após transcrever o art. 1.046 do CPC/73, que tratava dos embargos de terceiro, anota que “a norma processual civil trasladada não tem nenhum emprego no campo do processo penal”.

⁴⁸⁷ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 381.

⁴⁸⁸ TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 24) anota que “o terceiro embarga o sequestro sob o fundamento de haverem sido sequestrados 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”.

⁴⁸⁹ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro: arts. 1 a 200*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 369), ao discorrer sobre os aspectos práticos dos embargos, diz que “oferecidos os embargos, se não vierem desde logo acompanhados de prova instrumental comprobatória do domínio e posse, ou forem as alegações manifestamente improcedente, o juiz os rejeitará *in limine*”.

⁴⁹⁰ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 386) segue orientação diversa, aduzindo que “será preferível processar os embargos do próprio acusado e os do adquirente, a título oneroso, dos produtos ou proventos do crime, do mesmo modo pelo qual são processados os embargos do terceiro senhor e possuidor”.

de proceder é aplicável a todas as causas, exceto quando o próprio diploma ou outra lei dispuser de forma diferente.

Portanto, sejam embargos do imputado, sejam de terceiro, aplica-se o CPC. No primeiro caso, incide o procedimento comum; no outro, o rito específico. Como decorrência da adoção do mencionado diploma, o sistema recursal a ser adotado será o que dele consta⁴⁹¹. Ou seja, não há de se falar em apelação com base em normas do CPP. Não se mostra adequado, em relação à parte do procedimento, aplicar um diploma e, quanto ao restante, outra lei.

Assim, se o pedido de sequestro é indeferido, o recurso adequado é a apelação, visto que se está diante de sentença de extinção (art. 1.009 do CPC); se a medida é deferida, mais uma vez se diga, cabem embargos.

Não se pode, porém, deixar de assinalar que há quem sustente que o mencionado recurso é aquele previsto no CPP (art. 593, II). Argumenta-se, para tanto, que a decisão que indefere o sequestro é definitiva⁴⁹². A apelação sob o mesmo fundamento, segundo certa corrente, caberia também contra a decisão que defere o levantamento da cautelar⁴⁹³.

O CPP não previu prazo para oposição dos embargos. Mas se é certo que o perdimento, como regra, é declarado em sentença (art. 91 do CP), a ação do imputado precisa ser ajuizada em momento anterior⁴⁹⁴. Quando o juiz reconhece, após cognição plena, que o bem foi adquirido com produto do crime, cabe à parte prejudicada recorrer contra tal decisão. Na apelação, o imputado pode se valer de qualquer fundamento, e a perda de bens, a depender da situação, lhe está vinculada. A ação cautelar, entretanto, já estará extinta e a constrição se dará por força da sentença, contra a qual não cabem embargos.

Em se tratando de embargos de terceiro, a situação é diversa. Como se está diante de quem não participou do processo, a ação deve ser aceita até o trânsito em julgado da sentença que declara o perdimento⁴⁹⁵. E isso por uma questão lógica. Após a formação da coisa julgada,

⁴⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1271.

⁴⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 34. Em sentido contrário, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 165.

⁴⁹³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 132.

⁴⁹⁴ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 368.

⁴⁹⁵ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*: comentários aos arts. 63 – 184. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 386) sustenta: “não vemos como evitar a orientação de aceitá-los em qualquer tempo, antes de passar em julgado a decisão final”.

o juiz determina a venda dos bens em leilão (art. 133 do CPP), restando ao prejudicado somente a ação de reparação de danos, a ser deduzida no juízo cível.

Acentue-se que o art. 675, *caput*, do CPC traz orientação no mesmo sentido, estipulando que os embargos de terceiros têm cabimento, quando há processo de conhecimento, até a formação da coisa julgada.

De forma derradeira, compete dizer que a sistemática adotada pelo CPP, permitindo que o juiz decida levando em consideração somente aquilo que foi apresentado pelo autor, é aceitável. Dada a urgência que coordena a tutela cautelar, permite-se que a medida seja assim imposta. A parte contrária, se quiser fazer prevalecer o seu interesse, dá início a novo processo: os embargos. Deste modo, não fica impedido o contraditório⁴⁹⁶.

O juiz, ao deferir o sequestro, expede a ordem de cumprimento; compete-lhe, ainda, determinar que o indivíduo que teve a sua esfera de direitos atingida seja comunicado a respeito. Com isso, será possível o exercício da defesa. A comunicação é realizada ao final, após a conclusão da medida, para não a frustrar, o que equivale a dizer que o contraditório é diferido⁴⁹⁷.

O art. 317, *comma 1*, do CPP italiano, tal como o diploma brasileiro, não prevê como se procede ao contraditório. Chamada a se manifestar sobre a matéria em decorrência de alegação de desrespeito aos arts. 3 e 24, *comma 2*, da Constituição italiana, a Corte constitucional pronunciou-se no sentido de que o entendimento aqui apresentado não está incorreto⁴⁹⁸.

Atualmente, no campo do processo civil, encontra-se mecanismo com alguma semelhança, e que consiste na estabilização do provimento. Postulada a tutela antecipada com

⁴⁹⁶ AMODIO, Ennio (*Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 216-217), ao tratar da impugnação que era prevista no CPP italiano de 1930, anota que “se ci si domanda quale sia il tratto comune a questi esemplari eterogenei, si scopre che in tutti i casi il presupposto del rimedio è rappresentato da una decisione frutto di uno rito che deroga alle forme ordinarie. L’urgenza di provvedere sulla questione (ipoteca e sequestro), la probabilità di una pronuncia favorevole all’istante (applicazione di amnistia e indulto), la semplicità dell’accertamento da compiersi (provvedimenti degli artt. 582, 584, 610 c.p.p.) spingono il legislatore ad economizzare nelle forme decretando la soppressione del rito ordinario, e del principio del contraddittorio che lo caratterizza, in favore di una procedura spedita e piana che consenta una immediata pronuncia sulla base della domanda o del fascicolo d’ufficio. Questa contrazione di forme trova un temperamento nella predisposizione di un mezzo capace di garantire agli interessati la reintegrazione del rito ordinario pressoché automaticamente, sulla base di un’esplicita manifestazione di volontà”.

⁴⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 295. ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2, p. 380.

⁴⁹⁸ LAVARINI, Barbara. *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 96-97.

base no art. 303 do CPC, se o réu se omitir diante de decisão concessiva, opera-se a estabilização (art. 304, *caput*), facultando-se em algumas situações a propositura de outra demanda com o propósito de revê-la (art. 304, § 2º). O contraditório é posterior e eventual.

7.1.1. Embargos do imputado

Dada a visão geral a respeito dos embargos, compete agora analisar aquilo que o imputado está autorizado a alegar em seu favor. Pela literalidade do art. 130, I, do CPP, somente se pode sustentar que os bens não foram adquiridos com os proventos do ilícito.

Se para a imposição do sequestro são cobrados elementos que indicam a proveniência espúria dos bens (art. 126 do CPP), certamente não se deve retirar daquele que sofre a medida o direito de discutir o preenchimento do citado requisito. Não parece, porém, adequada a interpretação que impede sejam ofertados outros fundamentos como defesa.

O pressuposto para declarar que o bem tem origem ilícita é a existência da própria infração. Consequentemente, se o demandado acredita que não houve a prática de ato que infringe a lei (ou que não foi o seu autor)⁴⁹⁹, não é razoável obrigá-lo a considerar superada esta questão e somente ter o direito de se defender a partir de etapa posterior, consistente na própria presunção da infração.

Se o embargante tem como provar a inexistência do fato ou a autoria, por via reflexa demonstra que o bem sequestrado não foi obtido em decorrência da prática do ilícito que lhe é imputado⁵⁰⁰. Assim, se apresenta provas de que, no momento do delito (um furto, por exemplo), estava em outro país, consequentemente demonstra que o bem que lhe foi retirado por ordem judicial (por exemplo, o veículo supostamente adquirido com o dinheiro subtraído) não tem origem no crime do qual havia indício de ser o autor.

⁴⁹⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1491) diz que “o acusado também pode embargar o sequestro, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração. Pode, é claro, alegar, também, que não há indícios disso”.

⁵⁰⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 130) sustenta que “nos embargos oferecidos pelo réu ou indiciado a ele cumprirá demonstrar que o bem objeto do sequestro foi adquirido com recurso financeiro não proveniente da prática do fato punível. Essa falta de nexo poderá restar configurada, que através da demonstração de que a aquisição do bem verificou-se anteriormente ao cometimento do fato típico increpado ao embargante, quando da ocorrência típica, porém com recurso diverso daquele dela colhido”.

Se se impede o imputado de discutir a origem do bem, viola-se a presunção de inocência. Se o embargante tivesse como única alternativa partir da premissa de que o bem não é proveito indireto da infração, levando-se em conta que para a imposição do sequestro se pressupõe, como regra⁵⁰¹, indício de autoria, ao menos nos embargos teria de concordar com a presunção de que é o (provável) infrator, restando-lhe provar que aquele bem não foi comprado com recursos provenientes de lucro espúrio.

É necessário entender, portanto, que a defesa do imputado pode ser mais abrangente. Ele está autorizado a demonstrar, por exemplo, que não há indícios⁵⁰². Com isso, questiona a presença do próprio pressuposto que é típico do provimento cautelar.

Se o imputado não é titular do domínio, mas exerce outro direito sobre o bem, cabe verificar a sua natureza⁵⁰³. Se se trata de posse, que para a sua aquisição foi empregado o proveito do ilícito, cabe o perdimento. A propósito, não são raras as situações em que o indivíduo, visando não dar publicidade ao seu acréscimo patrimonial indevido, deixa de transferir a titularidade de imóvel para o seu nome.

Os bens móveis são transferidos pela tradição. Logo, se o indivíduo exerce posse sobre a coisa, é presumidamente o proprietário. Ainda que eventualmente o bem esteja, perante algum órgão, registrado em nome de terceiro, é lícito o perdimento.

Cabe, é claro, a análise detida do caso concreto. O que importa é verificar se, para exercer o direito que alega possuir, o imputado teve de empregar o produto do delito. Isso, às vezes, pode ser constatado por elementos paralelos, como por exemplo liberalidades feitas por terceiros. Aquele que alega ser usufrutuário de dinheiro dá sinais de que, na verdade, a obtenção se deu de maneira ilícita.

⁵⁰¹ Vide item 5.2.1.1. que diz que o sequestro pode ser imposto mesmo não havendo indícios de autoria.

⁵⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1273.

⁵⁰³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorárias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 145) aduz que o imputado pode “sustentar que possui os bens em outra qualidade, como, v.g., alegar que é meramente depositário ou detentor do bem, mas em nome de outrem”.

O embargante, portanto, para alcançar a liberação daquilo que foi sequestrado, não deve se limitar a dizer que é titular de direito diverso da propriedade. O que importa saber é se existe relação entre o direito sobre a coisa e o crime.

Se o embargante sustenta que é mero detentor, cabe reconhecer a sua ilegitimidade ativa. O fâmulo da posse, como é o caso do caseiro de um sítio, a exerce em nome de outrem. Ou seja, não tem nenhum direito sobre a coisa e não a ocupa com a vontade de possuí-la⁵⁰⁴. Portanto, o perdimento do bem não lhe causa violação na esfera de interesses. Quando muito, em decorrência do perdimento, pode ocorrer consequência indireta, como a rescisão de seu contrato de trabalho. Mas isso não é fundamento para embargos.

Na demanda em debate, é carreado ao seu autor o ônus de provar aquilo que alega (art. 373, I, do CPC). O sequestro, por sua vez, é deferido com base nos elementos apresentados pelo postulante da cautelar, demanda em que se exige apenas a probabilidade. Se o embargante consegue desconstitui-la, e essa é a sua missão, a liberação do bem é a consequência.

Não há que se falar em necessidade de prova plena do direito alegado pelo imputado⁵⁰⁵. Se havia indício, e ele o tornou duvidoso, cabe entender que provou o seu direito. A boa-fé é presumida. Trata-se de regra geral de direito. Quem alega o contrário, tem o ônus de provar. Assim, quando a acusação postula o sequestro, afirma que o agente agiu de má-fé: por isso tem de demonstrar, ainda que não de forma total, que o bem representa o lucro do delito.

Se o embargante traz elementos que levam a entendimento contrário, obtém a restituição. É claro, porém, que isso não significa apenas alegar que a aquisição foi lícita. Precisa apresentar algo que corrobore a sua versão. Isso porque, em razão do sequestro, ficou demonstrado, em momento prévio, a provável ilicitude.

⁵⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 2, t. 1, p. 66.

⁵⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 369-370), a respeito do tema, anota que “a doutrina tem apontado como uma das hipóteses de inversão do ônus da prova no campo penal a possibilidade de o juiz decretar a apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, que sejam objeto do crime de ‘lavagem de dinheiro’. Para a decretação da referida medida, basta a existência de ‘indícios suficientes’. Contudo, para que o acusado obtenha a liberação dos bens ou valores apreendidos ou sequestrado, deverá estar ‘comprovada a licitude de sua origem’. Embora não haja óbice constitucional para tal ‘inversão’ a referida lei não instituiu qualquer inversão do ônus da prova. O que se previu foi a mera possibilidade de concessão de medida cautelar – sequestro ou apreensão – baseada no *fumus boni iuris* – ‘indícios suficientes’. Por outro lado, para a revogação da medida cautelar, como a liberação dos bens apreendidos, será necessário mais do que apenas afastar a fumaça do bom direito. O legislador exige a ‘comprovação’ da licitude dos bens apreendidos”.

O perdimento é a consequência que a acusação espera. O sequestro é a providência assecuratória. Aquela determinação, porém, se dá após a instrução, vale dizer, depois do aprofundamento nas provas. Se o postulante da medida não demonstra de forma bastante que o bem retrata o proveito da infração, compete ao juiz não declarar a perda. O resultado é a revogação da cautelar e a restituição do bem.

Para deferir o sequestro, cobra-se indício; para o perdimento, prova. Para revogar o sequestro, enfraquecimento do indício; para não declaração da perda, ausência de prova suficiente.

7.1.1.1. Segue

Embora o art. 130, I, do CPP se refira apenas ao acusado, não se mostra lícita a adoção de concepção restritiva. Se o sequestro tem cabimento antes mesmo do oferecimento da inicial acusatória (art. 127 do CPP), os embargos podem ser opostos imediatamente após a decisão concessiva da cautelar, vale dizer, quando ainda esteja em trâmite o procedimento de investigação⁵⁰⁶.

Na petição inicial, o imputado sustentará que os bens sequestrados não foram alcançados com o lucro obtido com o ilícito (ou apresentará qualquer outro fundamento que entender pertinente). Na primeira situação mencionada, alegará que a aquisição se deu com dinheiro (ou outro bem) de origem não duvidosa.

O embargante, insista-se, não precisa afirmar inocência quanto ao crime do qual é acusado (trata-se de mera faculdade), e assim antecipar a sua estratégia de defesa a ser desenvolvida no processo criminal. Pode simplesmente defender a versão de que a coisa objeto da medida cautelar não foi comprada com dinheiro espúrio.

É certo, porém, que não basta a mera alegação. Para alcançar o seu objetivo, tem de demonstrar, por exemplo, de quem adquiriu, o valor que pagou e se tinha condições de assim agir. O servidor público, por possuir renda preestabelecida e limitada a teto, dificilmente comprovará a licitude da aquisição de diversos imóveis luxuosos, de grande metragem, situados em bairro nobre.

⁵⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 36. No mesmo sentido, MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 130.

Ainda que se esteja a apurar a prática de determinado delito, não se mostra viável o embargante sustentar que a aquisição foi feita com os proventos obtidos em razão de crime diverso. Como a ninguém é lícito se beneficiar da própria torpeza, alegação nesse sentido tem de ser rechaçada.

Nada impede que o autor, na petição inicial, amparado em prova que corrobore a sua tese, postule a concessão de tutela de urgência (art. 300 do CPC). No caso, pedirá a suspensão da medida constritiva, com a consequente reintegração ou manutenção da posse do bem objeto de sequestro.

O juiz, a depender do caso, poderá exigir a prestação de caução (art. 300, § 1º, do CPC), a qual terá por finalidade cobrir eventual dano decorrente da concessão da medida antecipatória. O dispositivo permite que a garantia seja real ou fidejussória.

Nos dias atuais, em que se autoriza a chamada tutela de urgência, não se mostra razoável obstar o imputado de obtê-la sob o fundamento de que o art. 130, p.u., do CPP somente autoriza o julgamento dos embargos após a formação da coisa julgada da sentença penal condenatória. Se se permite que o órgão acusador e o lesado pleiteiem a concessão de medida que é deferida liminarmente, como é o caso do sequestro, ao imputado cabe o emprego de ferramenta semelhante para neutralizar os seus efeitos. Dessa forma, haverá paridade de armas.

Repetindo o que já foi consignado anteriormente, se o juiz fica impedido de apreciar a pretensão do embargante antes do esgotamento das vias recursais no processo criminal, o que se constata é que a demanda proposta pelo imputado não se dirige somente contra o sequestro, mas ao perdimento. A partir do momento em que se autoriza a tutela de urgência na demanda aviada pelo imputado, fica permitido o ataque à cautelar.

Operado o trânsito em julgado da sentença penal, e a depender do conteúdo da decisão, julga-se o mérito da demanda aforada pelo imputado, o que será feito pelo juízo cível, para onde ocorrerá a remessa.

Se a sentença criminal é não vinculativa, o outro magistrado estará livre para concluir se houve ilícito (ainda que meramente cível) e qual o destino a ser dado aos bens. Se, por exemplo, há embargos e ação ressarcitória promovida pelo lesado, em julgamento conjunto o juiz verificará a procedência daquilo que foi sequestrado, se a indenização é devida a quem a postulou e se a cautelar terá por finalidade assegurar a execução a ser promovida futuramente.

Se a absolvição é vinculativa, não se fala em perdimento (e defere-se a restituição), pois ficou devidamente demonstrado que não houve crime ou que o acusado não foi o seu autor, ou que ele agiu amparado em alguma excludente. A consequência lógica é a extinção sem resolução de mérito dos embargos. Consta-se a perda do objeto.

Dada a complexidade da questão, que envolve temas de direito civil e penal, material e adjetivo, é importante reforçar: se o acusado for condenado, não necessariamente se operará o perdimento. Para que tal medida seja imposta, é imprescindível a demonstração de que os bens foram adquiridos com os proventos do crime. Pode ser que no processo criminal se constate ausência de ligação da coisa com o ilícito. Ainda assim, os bens podem sofrer constrição e ser utilizados para satisfazer os interesses do lesado.

Se se declara o perdimento, os embargos são julgados⁵⁰⁷. Pode ser que, na ação criminal, o réu não tenha apresentado provas que evidenciassem a origem lícita; nada impede, porém, que, nos embargos, consiga demonstrar. Assim, ainda que lá tenha sido operada a perda, os embargos poderão reverter tal decisão⁵⁰⁸.

Da sentença proferida nos embargos, cabe apelação (art. 1.009 do CPC). Como a alienação e a entrega do dinheiro são irreversíveis, tais providências, previstas no art. 133 do CPP, ficarão na dependência da formação da coisa julgada nos embargos. Poder-se-ia, a depender da situação, falar-se em alienação antecipada. O repasse do numerário, entretanto, como regra, precisaria aguardar o esgotamento das vias recursais.

7.1.2. Embargos de terceiro

Mais uma vez se diga que, se o embargante é terceiro, podem ser constatadas situações diversas. É por isso que se fala na existência de duas espécies de embargos: o do terceiro alheio ao fato e o do terceiro adquirente de boa-fé.

⁵⁰⁷ A previsão constante do art. 130, p.u., do CPP leva ao entendimento de que os embargos não servem para atacar somente o sequestro, senão também o perdimento. Isso porque, se o objetivo fosse discutir somente a cautelar, não haveria motivo para aguardar o julgamento da ação criminal.

⁵⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1275) diz que “é possível que o acusado tenha sido condenado, mas demonstre que o bem sequestrado tinha origem lícita (por exemplo, foi comprado com o salário percebido regularmente pelo embargante)”.

Nas duas situações, porém, o que se vê é o manejo da ação de embargos de terceiro. A demanda, portanto, é sempre a mesma. Há, porém, diferenças relacionadas aos fundamentos de quem postula a liberação do bem.

7.1.2.1. Terceiro alheio ao fato

Se alguém, que não é parte no processo criminal, ou mesmo não figurou como investigado, tem seus bens sequestrados, está autorizado a pleitear a revogação da medida. Se se trata de hipótese em que há evidente equívoco por parte do juiz, é desnecessária a utilização dos embargos. Basta o interessado, por mera petição, demonstrar que houve erro.

Uma situação que pode ser considerada erro de tal gravidade consiste no sequestro de bens de alguém com o mesmo nome que o réu do processo criminal. Havendo indícios de que o agente subtraiu bem de elevado valor, alienou-o e comprou, por exemplo, um cavalo valioso que está em determinado haras, se faz lícita a constrição do animal. Se, porém, ao ter contato com a listagem dos equinos que estão na mesma estância, o julgador determina o sequestro daquele cujo proprietário tem o mesmo nome do acusado, basta que se demonstre a existência de homonímia para que se obtenha o levantamento da medida.

Se, ainda assim, o magistrado insistir na permanência do sequestro, abre-se a via do mandado de segurança, pois o ato de indeferimento se mostra ilegal. O impetrante, por outro lado, conseguirá, mediante juntada de documentos à inicial, provar o seu direito líquido e certo⁵⁰⁹.

Os embargos, portanto, são empregados para situações em que o direito do demandante não é tão evidente, motivo pelo qual se exige a produção de provas e contraditório. O art. 674, § 1º, do CPC esclarece que o embargante pode ser proprietário ou possuidor. Assim, se se sequestra imóvel registrado em nome do imputado, pode o compromissário comprador ter de se valer da mencionada ação.

Exemplo disso seria a hipótese em que o agente, após a prática da infração com a qual obteve lucro, leva a registro o título de imóvel que antes já possuía, mas que também em data pretérita a do crime negociou com terceiro, alienando-lhe. Ao transferir, junto à serventia

⁵⁰⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 130-131) sustenta a possibilidade de impetração de mandado de segurança se o juiz deixa para julgar os embargos com fundamento no art. 129 do CPP para após o trânsito em julgado da sentença penal.

extrajudicial, a propriedade para o seu nome, dá sinais de que o imóvel foi obtido com os proveitos do delito. O sequestro sobre o bem é, então, deferido, e quem sofre as consequências é aquele que figura como compromissário comprador (ou seja, o terceiro).

Para demonstrar que antes dos fatos celebrou contrato com o denunciado e que o bem não tem relação com o crime, o terceiro precisará produzir provas, e portanto o meio colocado à sua disposição são os embargos.

A mesma demanda é autorizada para o cônjuge ou companheiro do imputado defender a meação (art. 674, § 2º, I, do CPC). Neste caso, porém, é necessária especial cautela. Em razão do regime de casamento adotado, é possível que o bem comprado com os proveitos do crime passe a pertencer tanto ao autor do delito quanto ao seu consorte. Se há comunhão parcial de bem, aqueles adquiridos de forma onerosa na constância do matrimônio pertencem ao casal.

Não se pode, porém, aceitar a ideia de que, comprado integralmente com o proveito da infração, o consorte tenha direito à metade por não figurar como coautor ou partícipe. A origem da aquisição é espúria, e portanto, em situação como esta, os embargos de terceiro não podem prosperar.

Diversa é a situação em que houve emprego conjunto de dinheiro pertencente a ambos os consortes. A parte daquele que se valeu dos proveitos da infração será perdida, e o restante, de propriedade do outro cônjuge, lhe será restituído. O bem será vendido em leilão, e o percentual lícito será direcionado ao terceiro, ou seja, ao consorte (art. 843 do CPC).

Costuma-se dizer que os embargos, sob o fundamento de o terceiro ser alheio ao fato, são julgados antes do trânsito em julgado da sentença penal. Ou seja, para esta situação não incide a regra constante do art. 130, p.u., do CPP⁵¹⁰.

O art. 678 do CPC, de sua parte, prevê a possibilidade de concessão de liminar nos embargos de terceiro. Nesta hipótese, o bem fica em poder do embargante, pois ocorre a suspensão da constrição⁵¹¹. Para que referido pleito seja deferido, o demandante precisa provar de forma suficiente o direito que tem sobre a coisa.

⁵¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 782.

⁵¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 674 ao 718)). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao*

O juiz está autorizado a condicionar a determinação de reintegração ou manutenção da posse à prestação de caução (art. 678, p.u., do CPC). Mencionada garantia não se confunde com aquela prevista no art. 131, II, do CPP. A caução dos embargos tem por finalidade garantir o ressarcimento de eventual dano causado em razão da restituição da posse ao embargante.

O sequestro estende seus efeitos em prol do lesado (art. 133, § 1º, do CPP) e sempre interessa ao órgão acusador em razão da finalidade que lhe é precípua, a saber, o perdimento. Portanto, qualquer que seja o postulante, nos embargos ambos figurarão no polo passivo e precisarão ser citados⁵¹².

O art. 677, § 2º, do CPC regulamenta a matéria pontuando que legitimado passivo será quem se aproveita do ato de constrição. Portanto, é irrelevante saber, para tal finalidade, quem pediu o sequestro. A cautelar, em todas as situações, surte efeitos em favor do lesado (desde que, é claro, haja dano) e do Ministério Público.

A procedência do pedido deduzido nos embargos não acarreta a impossibilidade de decretação da perda do bem na sentença penal condenatória. A mencionada ação visa desconstituir o sequestro, ou seja, a providência de natureza cautelar⁵¹³. Tanto assim que a decisão final pode ser proferida antes da demanda criminal.

As provas produzidas nos embargos, quando estes são acolhidos, evidenciam a inexistência de indícios suficientes para imposição da cautelar. Ao longo do processo criminal, entretanto, é possível que fique comprovado que o bem foi adquirido com o proveito da infração, e por isso se opera o perdimento.

Para a imposição do sequestro, admite-se o emprego daquilo que foi produzido ainda na fase de investigação. Durante a instrução da demanda penal, é possível que sejam produzidas

Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 10, p. 65) observa que “diferentemente do que dispunha o art. 1.051 do CPC/1973, a liminar não acarreta a suspensão do processo principal, nem mesmo quando os embargos de terceiro versarem sobre todos os bens lá constritos”.

⁵¹² GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 143), sobre o tema, aduz que “se o sequestro foi requerido pelo ofendido, a este cabe contestar os embargos. Se ordenado pelo juiz de ofício, ou em razão de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, caberia ao Ministério Público contestar os embargos. Deveria, ainda, neste último caso, ser ofertada ao ofendido a possibilidade de se manifestar”.

⁵¹³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 24.

provas que confirmem a suspeita de que o bem foi obtido graças ao lucro auferido com a infração.

7.1.2.2. Terceiro adquirente

O terceiro pode embargar sob fundamento de que a aquisição do bem foi onerosa e de boa-fé. Nesse caso, o embargante não questiona a origem da aquisição da coisa pelo imputado, ou seja, não nega que tal ato, por parte do alienante, se deu com os proventos da infração.

Pela literalidade do art. 130, II, do CPP, haveria considerável limitação argumentativa. Não se deve, porém, impedir que indiretamente o embargante alegue boa-fé. Se ele sustenta que não houve crime ou que o alienante não foi o autor, está a dizer, nas entrelinhas, que a aquisição se deu sem que soubesse da prévia compra com proveitos do delito.

Em situações assim, provada a causa de pedir, torna-se desnecessária a demonstração da onerosidade da aquisição. Esta circunstância somente é exigida quando não se nega o fato (em tese) de o imputado ter comprado o bem mediante o uso de recursos obtidos ilicitamente com o crime.

Se o bem é fruto indireto do crime e foi doado a terceiro, a perda atinge a esfera de interesses deste. Quem nada desembolsou não experimenta verdadeiro prejuízo; deixa apenas de auferir ganho. Tudo o que é obtido de maneira ilícita, como regra, precisa ser restituído a quem experimentou o prejuízo decorrente do crime; o que excede, e configura lucro, é direcionado ao Estado.

Se, porém, alguém, ignorando a condição em que o imputado adquiriu o bem, o compra a título oneroso e de boa-fé⁵¹⁴, prestigia-se tal ato, ainda que em detrimento do lesado, que, a depender das circunstâncias, pode ficar sem ter o que executar para fazer valer, na prática, a indenização que lhe é devida⁵¹⁵.

O lesado, portanto, apesar de figurar em lugar destacado na ordem de preferência, sendo o seu crédito pago antes daquele de titularidade do Estado (art. 133, § 1º, do CPP), é preterido

⁵¹⁴ Os requisitos são cumulativos. O terceiro deve ter adquirido de forma onerosa e de boa-fé. Neste sentido, LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 370.

⁵¹⁵ A solução dada pelo CPP, de beneficiar o terceiro em detrimento do lesado, é suscetível de crítica, pois quebra a própria lógica adotada pela lei, no sentido de colocar aquele que experimenta prejuízo em decorrência da prática de crime em lugar privilegiado, tendo direito de receber antes mesmo que o Estado.

pelo terceiro que adquiriu, de boa-fé e a título oneroso, bem comprado pelo imputado com os proventos da infração⁵¹⁶.

Nota-se, portanto, que na hipótese de o pedido deduzido nos embargos ser julgado improcedente, o lesado se beneficia, pois eventualmente, para ser ressarcido dos danos, poderá excutir o bem adquirido pelo embargante. Por isso, precisa figurar no polo passivo da mencionada ação (art. 677, § 4º, do CPP).

Ressalvada a situação já aventada, em que o embargante se propõe a demonstrar a inocorrência da infração ou da autoria, lhe é carreado o ônus de provar a aquisição a título oneroso e de boa-fé. Os requisitos são cumulativos.

Se o terceiro comprou o bem, ainda que pelo preço de mercado, mas ciente de que antes ele fora adquirido pelo imputado com o produto do ilícito praticado, sofrerá as consequências do perdimento. Mostra-se duvidosa até mesmo a possibilidade de propositura de ação, no juízo cível, visando a restituição do montante desembolsado. O adquirente, ainda que de forma onerosa, visou beneficiar o autor do delito⁵¹⁷.

Se há evidências de que o terceiro comprou a coisa ciente da origem espúria, para que pudesse ter repetido o valor pago, precisaria alegar a própria torpeza, o que é vedado. Consequentemente, em hipótese como a mencionada, o terceiro fica sem o bem e sem possibilidade de pleitear a restituição do preço⁵¹⁸.

A aquisição onerosa é de fácil demonstração. Basta o terceiro provar que entregou ao alienante dinheiro ou outro bem que tenha expressão econômica. No entanto é de se notar que

⁵¹⁶ O dinheiro recebido pelo imputado com a venda, entretanto, está sujeito à constrição. E por ser bem fungível, é indiferente saber sua origem. Constatado que houve alienação onerosa, os valores de propriedade do imputado podem ser alvo de medida cautelar.

⁵¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes (*Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 491) pontua que “perante as regras do enriquecimento sem causa, este regime compreende desvios: não visa apenas remover um certo enriquecimento: de modo cumulativo, pretende, também, ressarcir um dano, a que se somam papéis instrumentais e compulsórios”.

⁵¹⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 19) defende posição diversa, aduzindo que “ao terceiro sobre o direito de regresso ou reversivo, contra aquele de quem houve o bem, resultante da responsabilidade civil”.

o montante (ou o bem) dado pode retratar a má-fé⁵¹⁹. Aquele que paga preço significativamente inferior ao de mercado dá sinais de que tinha ciência da origem ilícita do bem.

Ainda que não se possa falar que o critério seja absoluto, parece razoável adotar como base a ideia de que valor vil é aquele inferior à metade do preço de mercado⁵²⁰. O art. 891, p.u., do CPC admite que a coisa penhorada seja vendida em leilão desde que o percentual não seja inferior ao aludido.

É importante, entretanto, atentar para as circunstâncias do caso concreto, notadamente às características do bem. Alguns possuem grande liquidez; outros, menos. Por isso, é necessário perquirir aquilo que foi comprado e qual o seu estado de conservação.

A boa-fé, de sua parte, é aquela de ordem subjetiva, e que se traduz na ignorância do vício de origem⁵²¹. Assim, o indivíduo que desconhece que o alienante do bem o adquiriu em decorrência da prática de ilícito atua convencido de que não praticou qualquer ato contrário à lei.

Como não é possível descobrir exatamente qual era o conhecimento que o terceiro adquirente tinha, são as circunstâncias do caso concreto que revelarão suas informações a respeito da origem da coisa. O parente próximo de quem é contumaz infrator da lei não pode se dizer surpreso, e portanto de boa-fé, quando compra deste algum bem produto de ilícito, ainda mais se se trata de coisa que não integrava há tempos o patrimônio do alienante⁵²².

A propósito, o critério a ser analisado é justamente o tempo de permanência do bem em poder do alienante. A pessoa que, não sendo comerciante, vende o bem pouco após a aquisição, dá sinais de que tem por objetivo ocultar o lucro obtido em decorrência do ilícito. A venda por

⁵¹⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1491) observa que “o terceiro de boa-fé é aquele que adquire, a justo preço, bens do acusado, ignorando por completo que eram resultantes da infração”.

⁵²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1260) afirma que a aquisição deve ser “ao menos a justo preço, já que aquele que adquire a coisa a preço vil não age de boa-fé”.

⁵²¹ MARTINS-COSTA, Judith (*A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261) anota: “diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios”.

⁵²² LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 370-371) anota que “não poderá alegar boa-fé o terceiro adquirente que conhecia a situação de deficiência econômica do transmitente e estava na obrigação de suspeitar que a aquisição tivesse sido feita com recursos criminosamente auferidos”.

preço inferior ao da aquisição, em situação como a mencionada, corrobora o entendimento de que o adquirente não agiu com boa-fé.

A ausência de boa-fé não corresponde necessariamente à intenção de fraudar, ou seja, ao dolo. O adquirente não precisa, portanto, estar mancomunado com o alienante, isto é, com aquele que obteve lucro ilícito. O mencionado requisito estará preenchido quando se constatar que o terceiro tinha ciência da origem ilícita da coisa.

O que se deve perquirir é se, no momento da conclusão do negócio jurídico, o terceiro sabia que o bem fora obtido pelo imputado com proventos da infração. Se somente em momento posterior tomou ciência, não se sujeita ao perdimento. O art. 130, II, do CPP alude ao ato de adquirir, de modo que é este o marco temporal que precisa ser analisado.

O art. 125 do CPP, ao permitir que o sequestro atinja bens transferidos a terceiro, não está a reconhecer como nula a transmissão. Diversamente, prevê que, para fins de sequestro, o ato não surte efeitos, exceto se tiver havido aquisição a título oneroso e de boa-fé. Portanto a decisão que impõe a cautelar e, posteriormente, a de perdimento não anulam nem declararam nula a transferência da propriedade: simplesmente ignora-se a prática de tal ato⁵²³.

Diferentemente do que ocorre em relação aos embargos do terceiro alheio ao fato, quanto a estes (onde se alega aquisição de boa-fé) aplica-se o art. 130, p.u., do CPP, que estatui que a decisão não será proferida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, os atos que lhe são anteriores, como apreciação do pedido de concessão de tutela de urgência, podem ser praticados.

Se não é decretado o perdimento na sentença penal, os embargos ficam sem objeto. A demanda do terceiro é extinta sem resolução de mérito. Com isso, conclui-se que a transferência do bem ao embargante foi lícita.

Se, diversamente, é declarado o perdimento, os embargos são julgados pelo juízo cível, para onde ocorre a remessa dos autos. Não teria sentido o magistrado criminal, que já se

⁵²³ TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 25) adota posição diversa, e diz que o “Código de Processo Penal tratou como nulo um ato que a lei civil considera apenas anulável”. Igual posição é seguida por GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 148.

manifestou sobre o tema, proferir nova decisão. Ademais, dificilmente adotaria outro posicionamento.

A previsão de impossibilidade de julgamento dos embargos até o trânsito em julgado da sentença criminal está em consonância com o entendimento, anteriormente defendido, de que nem todas as sentenças proferidas por este juízo têm caráter vinculativo.

É possível que o imputado seja condenado e os bens sequestrados sejam declarados perdidos; nada impede que, nos embargos, o juízo cível conclua que o terceiro adquiriu de forma onerosa e de boa-fé; o réu pode ser absolvido (por decisão não vinculativa), e o julgador cível pode concluir que houve a prática de ilícito e obstar a restituição da coisa.

As medidas assecuratórias previstas no CPP servem para proteger o lesado e impedir o lucro ilícito. Por isso, a depender da sentença criminal, se opera a remessa para outro juízo, que analisará a necessidade de manutenção da constrição.

Pendente o julgamento dos embargos, não se pode, em todo e qualquer caso, proceder conforme estabelecido no art. 133 do CPP⁵²⁴. Em algumas situações, se exigirá o trânsito em julgado nesta demanda. Consequentemente, mencionado dispositivo não pode ser lido em sua literalidade.

O juiz somente determinará a venda dos bens em leilão logo após a formação da coisa julgada no processo criminal quando não houver embargos pendentes de julgamento. Caso tal ação tenha sido proposta, precisará, de ordinário, aguardar o esgotamento das vias recursais. Do contrário, os bens serão alienados, e o valor obtido será direcionado às pessoas mencionadas no dispositivo, o que ocorrerá sem que se saiba se o terceiro tem direito sobre eles.

Nos embargos aqui tratados, o terceiro não ataca propriamente a cautelar; visa, isto sim, evitar o perdimento⁵²⁵. Portanto, embora o art. 130 do CPP mencione que a ação objetiva desfazer a cautelar, isso somente ocorre como desdobramento lógico. Ou seja, é consequência

⁵²⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 1491) pontua que os embargos “obstam as providências posteriores à sentença, previstas no art. 133, parágrafo único, do CPP”.

⁵²⁵ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 24.

indireta. Não fosse assim, o julgamento não ficaria suspenso. Quando o juiz profere sentença nos embargos, a cautelar se consolidou no perdimento.

Somente se pode falar em ataque à medida cautelar se se aceitar a possibilidade de concessão da liminar nos embargos. Caso o embargante demonstre satisfatoriamente o seu direito sobre a coisa, não se deve impedi-lo de obter a reintegração ou a manutenção da posse, tal como faculta o art. 678 do CPC. Neste caso, o que se verifica é a suspensão da medida constrictiva.

7.2. HIPOTECA

Diferentemente do que ocorre em relação ao sequestro, o CPP não previu embargos como meio de defesa do imputado ou de terceiro. Se é verdade que a garantia real alcança somente os imóveis, e estes são transmitidos pelo registro do título (art. 1.245 do CC), o legislador partiu da premissa de que basta a consulta da matrícula para verificar quem é o titular do domínio.

Diante de tal raciocínio, verificada a correspondência entre quem seja o imputado e quem figura como o titular do bem de raiz, não haveria como o registro da hipoteca afetar terceiro. Ocorre que, diferentemente do que se supôs, no Brasil é costume a negociação de direitos sobre os imóveis, notadamente a posse.

Atento à realidade, o CPC colocou à disposição do proprietário e do possuidor os embargos de terceiro (art. 674, § 1º). Se alguém, por exemplo, celebrou compromisso de compra e venda com o imputado e dele adquiriu direitos sobre o bem de raiz, não se lhe pode negar o emprego da ferramenta mencionada quando a medida em comento é aplicada.

O art. 674, *caput*, do CPC permite que aquele que não é parte requeira o desfazimento da constrição que atinge bem que lhe pertence. E como a ordem de registro foi dada pelo juiz criminal, lhe compete o julgamento dos embargos (art. 676 do CPC), que são apreciados independentemente da tramitação do processo criminal, inexistindo para o caso previsão semelhante ao art. 130, p.u., do CPP.

Portanto, ainda que não previstos nos CPP, os embargos de terceiro são cabíveis quando o direito de quem não é parte no processo criminal sofre indevida constrição⁵²⁶. Impedir o manejo de tal ação (ou outro mecanismo com o mesmo objetivo) parece violar o art. 5º, XXXV, da CF, que prevê a impossibilidade da lei excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Em consonância com norma constitucional, o art. 674, *caput*, do CPC autoriza a propositura da ação desde o momento em que se verifica a ameaça de constrição. Como, no processo de registro da hipoteca, antes se procede à especialização, a partir do momento em que o lesado indica, na sua inicial, qual bem pretende ver atingido, abre-se espaço para o manejo dos embargos.

No polo passivo da mencionada ação, estará o lesado (art. 677, § 4º, do CPC). Em razão de atualmente a hipoteca não ter por fim garantir o pagamento da pena pecuniária, custas e demais despesas processuais, outras pessoas não participarão do processo⁵²⁷.

O imputado, por sua vez, também deve ter o direito de se defender. Não se valerá, porém, dos embargos. De acordo com o art. 135, § 3º, do CPP, após a indicação do valor provisório devido a título de indenização por perdas e danos e arbitramento do preço dos imóveis, o juiz autorizará a manifestação das partes.

Pela redação do dispositivo, demandante e demandado somente poderão apresentar alegações a respeito dos dois tópicos mencionados. Não haveria, portanto, para o imputado, a faculdade de apresentar outro tipo de defesa.

A justificativa para mencionada previsão seria o fato de que o registro da hipoteca não pode ser obstado. Ainda que o indivíduo não dê sinais de que pretende frustrar a execução e demonstre possuir bens suficientes para arcar com o pagamento da indenização, a inscrição da hipoteca é direito do lesado.

⁵²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 155) anotam que, “para a especialização da hipoteca, não há necessidade de arresto (‘sequestro’) prévio (R.T., 305/477). A mulher do acusado pode opor embargos de terceiro em defesa de sua meação (R.T., 488/307)”. Em sentido contrário, RAMOS, João Gualberto Garcez (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 305) diz: “com relação aos meios de defesa à especialização da hipoteca penal, o exame da matéria indica a conclusão do descabimento, contra ela, de qualquer forma de embargos. Isso porque não há previsão desse instrumento, ao contrário do que ocorre com o sequestro dos proventos do crime”.

⁵²⁷ Vide item 5.1.2.

Há, como já visto⁵²⁸, a faculdade de o imputado oferecer caução (art. 135, § 6º, do CPP). Outrossim, não lhe deve ser retirado o direito de, a qualquer tempo, alegar alguma das hipóteses previstas no art. 1.499 do CC, pois acarretam a extinção da hipoteca.

No rol do mencionado dispositivo, figuram como causas: a extinção da obrigação principal; o perecimento do imóvel; a resolução da propriedade; a renúncia do lesado; a remição; a arrematação ou adjudicação, desde que o credor hipotecário tenha sido notificado na forma do art. 1.501 do CC.

Assim, se o imputado celebra acordo com o lesado sobre a indenização devida pelo prejuízo decorrente do crime, e com o pagamento colocam fim à obrigação, a hipoteca, por ter natureza de acessório, se desfaz. A mesma consequência é constatada se a garantia real recai, por exemplo, sobre avião ou navio e há perecimento⁵²⁹.

Previsão que não parece ser comumente comentada é aquela que consta do art. 1.498 do CC. Segundo tal dispositivo, o registro da garantia vale enquanto perdurar a obrigação, mas a especialização deve ser renovada a cada vinte anos.

A inobservância do mencionado lapso temporal tem como consequência a extinção da hipoteca. Portanto, o interessado deverá postular a medida antes de alcançado o marco temporal. Superado, abre-se a possibilidade para o imputado noticiar o ocorrido e postular a extinção⁵³⁰.

O imputado, enfim, está autorizado a apresentar qualquer outra defesa de seu direito⁵³¹. Mostra-se descabida a interpretação limitativa do art. 135, § 3º, do CPP⁵³². Se, por exemplo, ele

⁵²⁸ Vide item 6.2.2.1.

⁵²⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo (Arts. 1.196 a 1.510 – Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 1599) apresenta o citado exemplo e acrescenta que “não é o rol do artigo em estudo exaustivo, tanto assim que o art. 1500, adiante comentado, acrescenta que a hipoteca também se extingue com o cancelamento do registro, à vista da respectiva prova”.

⁵³⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. Arts. 1.419 a 1.510. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1868-1869.

⁵³¹ LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989, v. 3, p. 574), ao comentar o CPP italiano de 1930, pontuava que o interessado poderia alegar, entre outros, “problemas de legitimación activa y pasiva para el embargo y para la hipoteca legal: existencia de petición del ministerio público; competencia del ministerio público; preexistencia del primer acto del procedimiento contra el imputado; existencia del carácter de parte en el responsable civil cuando se ordene el embargo o se inscriba la hipoteca sobre los bienes de este último, etc.”.

⁵³² RAMOS, João Gualberto Garcez (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 305) sustenta a possibilidade de o imputado se valer do mandado de segurança “caso o procedimento da inscrição da hipoteca penal não haja seguido seu trâmite regular ou qualquer dos seus pressupostos não esteja presente”.

entender ser impenhorável o imóvel, sustentará a impossibilidade de registro da hipoteca, e o juiz deverá enfrentar a questão.

7.3. ARRESTO

Independentemente da espécie de arresto (prévio ou subsidiário), não se deve impedir o manejo dos embargos de terceiro. Tal como sustentado no item anterior, se quem não é parte tem seus bens atingidos por determinação judicial, pode se valer da mencionada ação para vê-los livres de constrição indevida.

Portanto, mesmo diante do silêncio do CPP a respeito do cabimento de citada ação em relação ao arresto, não está excluído o seu emprego. O embargante demonstrará o seu direito sobre a coisa e pedirá a liberação. No polo passivo, figurará quem pleiteou o arresto.

Questão mais complicada diz respeito à defesa a ser apresentada pelo imputado. Como o alvo da cautelar em comento são os bens de origem lícita, não tem cabimento a alegação de que eles não foram adquiridos com o produto de ilícito. Esta alegação é pertinente somente quando há sequestro.

Alguns bens, entretanto, não podem ser penhorados, e como desdobramento não se sujeitam ao arresto. Logo, se a medida deferida pelo juiz os atingiu, é lícito ao interessado a alegação de impossibilidade de constrição. Igualmente, não se pode impedir o imputado de sustentar o não preenchimento das condições da tutela cautelar.

A dificuldade está em saber qual é o meio colocado à sua disposição para fazer valer o direito que diz possuir. Não parecem cabíveis embargos, dada a ausência de previsão autorizadora. Como, entretanto, não é lícito impedir alguém de se defender, resta concluir que o imputado se manifestará no próprio processo de arresto⁵³³, apresentando algo com natureza de contestação⁵³⁴.

⁵³³ LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989, v. 3, p. 576) sustenta que “la oposición consiste en una manifestación de voluntad, expresada en la forma que fuere (efectivamente, no están previstas fórmulas sacramentales) de pedir una providencia que elimine la providencia de embargo”.

⁵³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 155), a respeito do tema, anotam: “não se confunda a situação jurídica decorrente do sequestro de bens adquiridos com proventos da infração, que comporta ditos embargos, com o arresto de bens do acusado para garantia da indenização. Neste, não cabem tais embargos, mas simples resposta, ou no próprio procedimento do arresto, ou, se imóvel, no subsequente de especialização da hipoteca legal, este

Perceba-se, no mais, que no processo de especialização e registro de hipoteca, o demandado não oferece embargos. A sua defesa se faz nos próprios autos. Como o arresto, em qualquer de suas modalidades, está atrelado à hipoteca (sendo prévio ou subsidiário), é natural que a defesa se faça de maneira semelhante.

Diante da inexistência de dispositivo legal que limite o espectro de defesa, não parece adequado criar entendimento em sentido oposto. Perceba-se, a título de comparação, que o art. 306 do CPC, que trata da contestação a ser apresentada pelo réu da ação que segue o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, não traz rol de possíveis alegações⁵³⁵.

regulado pelo C.P.P. no art. 135. No silêncio do C.P.P. quanto ao procedimento do arresto, cumpre também seguir por analogia o disposto no C.P.C. sobre a matéria, naquilo que couber”.

⁵³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 4, p. 211) dizem que “na contestação o réu pode deduzir defesa de mérito e defesa processual. A defesa processual pode articular qualquer preliminar que, respeitante à ação ou ao processo, possa obstaculizar a apreciação do mérito da cautelar. A defesa de mérito diz respeito à probabilidade do direito e ao perigo de dano. Assim, pode negar os fatos constitutivos do direito dito provável, pode deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito, bem como ainda pode negar os fatos que representam o afirmado perigo de dano”.

8. A CAUTELAR INOMINADA DO CÓDIGO PENAL

O art. 91, § 2º, do CP foi incluído pela Lei 12.694/12 e alude às medidas assecuratórias constantes da legislação processual⁵³⁶. Não há, do que se percebe, especificação se o diploma ali referido é o CPP ou o CPC. Contudo, pela denominação empregada (medidas assecuratórias), deduz-se que a alusão seja ao primeiro diploma, pois é neste que se adota igual nomenclatura.

O problema quanto ao manejo da ferramenta em comento está no fato de que as medidas disciplinadas no CPP têm campo de incidência limitado. O sequestro, por exemplo, serve para atingir os bens oriundos do lucro alcançado com o ilícito. Ou seja, visa coisa determinada, específica (art. 126 do CPP).

Diversamente, o art. 91, § 2º, do CP autoriza a constrição de bens não especificados, vale dizer, daquilo que equivale monetariamente à vantagem financeira obtida com a prática da infração. E isso porque o art. 91, § 1º, do CP, acrescentado por força da mesma lei mencionada, passou a permitir que o perdimento também recaísse sobre bens não definidos.

O que atualmente importa, para a finalidade citada, a exemplo do que ocorre na legislação portuguesa, não é exatamente o bem em si considerado (art. 227º, 1, *b*, e art. 228º, ambos do CPP), mas a vantagem indevida alcançada com a prática da infração. Visa-se impedir a obtenção de lucro com a prática de crime.

A diferença entre os dois sistemas está em que a disciplina brasileira coloca o confisco do próprio bem, ou seja, do produto direto e indireto do crime, como medida principal (art. 91, II, *b*, do CP). Subsidiariamente, e desde que preenchido um requisito alternativo, se autoriza a fungibilidade (art. 91, § 1º, do CP), de modo a autorizar o atingimento de bens cuja origem é indiferente.

O que tem de ser analisado é justamente o cumprimento da condição, a qual – e isso é relevante notar – precisa estar preenchida somente ao final do processo, ou seja, quando se

⁵³⁶ Na mesma época, a lei (9.613/98) que dispõe sobre lavagem de dinheiro foi modificada. O art. 4º, *caput*, passou a mencionar as medidas assecuratórias, deixando de especificá-las. Na redação original, o dispositivo mencionava a apreensão e o sequestro.

declara o perdimento. É apenas nesta fase que precisará ficar evidenciado que os bens específicos (art. 91, II, *b*, do CP) não foram encontrados ou estão no exterior.

Como consequência, para a imposição da medida cautelar, não se exige a presença do mencionado requisito. O art. 91, § 2º, do CP, diversamente do dispositivo que lhe antecede, não cobra do postulante da medida a demonstração de não localização da coisa que consiste no produto ou proveito do crime. Permite, isso sim, a constrição daquilo que lhe equivale.

A previsão é justificada. Se se autoriza o sequestro quando ainda estão em curso as investigações, isto é, em fase em que ainda não se colheram todos os elementos necessários para embasar a propositura da ação penal, não seria razoável cobrar a demonstração de algo complexo, que é a especificação de que determinado bem provém do ilícito.

As próprias condições gerais das cautelares justificam que assim seja. A urgência na imposição da medida acarreta a impossibilidade de se amearhar muitas provas. Como consequência, permite-se a tomada de decisão com base em critério de probabilidade.

No entanto, a partir do momento em que se autoriza a constrição de qualquer bem (desde que seu valor seja equivalente ao do lucro ilícito), nota-se que a característica que marca o sequestro penal se perde. Tal medida, insista-se, visa atingir bens específicos: aqueles que são frutos do ilícito. A cautelar a que alude o CP, de sua parte, permite a constrição de bens independentemente de sua origem.

Portanto não se mostra adequado denominá-la de sequestro⁵³⁷. Mais do que isso, não parece ser o caso de se aplicar o regramento constante do CPP e que diz respeito a tal medida cautelar. O art. 126 delimita aquilo que é suscetível de ser atingido.

A constrição de bens indefinidos é algo típico do arresto (e essa é a denominação empregada em Portugal). Entretanto, a disciplina dessa cautelar no âmbito do CPP brasileiro tem finalidade específica, que é assegurar o ressarcimento do dano, e não propriamente o perdimento de bens. O arresto, em outros termos, é utilizado para permitir o registro da hipoteca ou, na ausência de imóveis, para fazer as suas vezes mediante a constrição de móveis.

⁵³⁷ Em sentido contrário, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1254.

Diante dessas constatações, o que se percebe é que a alusão do art. 91, § 2º, do CP às medidas assecuratórias da legislação processual se refere, por critério de exclusão, ao CPC. Este diploma adotou técnica legislativa diversa do CPP, inovando o sistema processual pátrio. Adotou-se sistemática semelhante à empregada pela reforma do CPC italiano ocorrida pela Lei 353/90, e que passou a vigorar a partir de 1992.

Assinale-se que, além da menção às medidas mais conhecidas (no Brasil, arresto, sequestro, arrolamento, etc.; na Itália, sequestro e denúncia de nova obra e dano temido), previu-se a cautelar geral (art. 301 do CPC pátrio; art. 700 do CPC italiano) e um procedimento comum para a maioria (na Itália – art. 669-*quaterdecies*) ou para todas elas (art. 305 do CPC brasileiro), neste caso se requeridas em caráter antecedente.

Seguiu-se, pois, a orientação que era defendida por Chiovenda⁵³⁸ e acolhida também por Proto Pisani⁵³⁹. Assim, abandonou-se a delimitação existente no diploma de 1973, permitindo-se de forma ampla que a violação a qualquer direito (material) pudesse ser evitada com o emprego da tutela cautelar.

O que o CP fez foi prever a cautelar inominada para assegurar o perdimento (que tem natureza de direito material), retirando, para tanto, as exigências cobradas pelo regramento dado pelo CPP em relação ao sequestro.

Se quando da entrada em vigor da alteração legislativa, ocorrida em 2012, era mais complicado o manejo da medida, pois ainda não havia sido editado o CPC/15, agora não mais se vislumbra grande dificuldade, embora não deixe de ser pouco comum o emprego deste diploma no lugar do CPP (o que se dá pela ausência das necessárias modificações que deixaram

⁵³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe (*Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 281), mesmo diante da inexistência de previsão específica na legislação italiana, defendia a possibilidade de se pleitear medida inominada. Dizia, então, que “existe, pois, mesmo em nossa legislação, a figura geral da provisão provisória preventiva; ao juiz o arbítrio de estabelecer-lhes a oportunidade e a natureza. O fim é sempre o de evitar que a atuação de uma possível vontade de lei se veja impedida ou dificultada, no tempo próprio, por um fato ocorrido antes de sua certificação, quer dizer, por uma mudança no estado de coisas atual; ou o de prover *ainda durante* um processo, em caso de uma *possível* vontade de lei cuja atuação não permita retardamento.

⁵³⁹ PISANI, Andrea Proto (La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generali. In: *Il foro italiano: studi sulla riforma del processo civile*. Roma: Foro italiano, 1991, p. 57) sobre a antiga regulamentação afirmou: “sino all’emanazione della l. 26 novembre 1990 n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), legge destinata a entrare in vigore il 1º gennaio 1992, la disciplina procedurale dei procedimenti cautelari era caratterizzata da una situazione che non è eccessivo qualificare di vero e proprio caos normativo”.

de ocorrer). O pedido é feito com base no art. 305 do CPC, competindo ao postulante demonstrar o preenchimento das condições típicas da tutela cautelar.

O demandante, dada a previsão do art. 91, § 2º, do CP, não precisa especificar aquilo que pretende ver retirado do poder do demandado. No entanto, em virtude da necessidade de haver correspondência entre o lucro ilícito e o perdimento, tem de estimar um valor, e para tanto precisará se basear em dados concretos.

Descoberta, ainda que não em termos exatos, mas aproximados, a vantagem indevida alcançada com a prática do crime, a cifra será mencionada na inicial, competindo ao executor do mandado recolher tantos bens quantos bastem para se atingir o montante.

Como se permite a arrecadação de valores (art. 91, § 2º, do CP), e dinheiro encabeça a ordem de preferência da penhora (art. 835, I, do CPC), primeiro se tentará a sua constrição, o que pode ser feito por mecanismos como o Bacen Jud. Somente se a diligência for infrutífera, será expedido mandado.

Em razão da ausência de especificação, podem sofrer constrição tanto imóveis quanto móveis. De todo modo, cabe observar o rol constante do já citado art. 835 do CPC. O oficial de justiça incumbido de cumprir o mandado, em razão de também figurar como avaliador (art. 870, *caput*, do CPC), terá condições de verificar o preço de mercado dos bens e saber quantos objetos precisarão ser alcançados pela medida.

Por não haver no CP previsão semelhante ao art. 133, § 1º, do CPP, e por este diploma não ser aplicável quando se postula a cautelar em causa, a constrição de bens não terá por finalidade assegurar o ressarcimento do dano e o pagamento de qualquer despesa decorrente do processo e a pena pecuniária. Ou seja, não há que se falar em efeito expansivo.

O demandado poderá se defender na forma prevista no art. 306 do CPC. Ou seja, lhe é facultada a apresentação de contestação, peça em que poderá alegar tanto matérias relacionadas ao mérito quanto preliminares. O sistema recursal aplicável é aquele previsto no mencionado diploma.

Realizada a diligência de constrição, restará assegurado o perdimento. Este, entretanto, deve preferencialmente atingir aquilo que representa materialmente o lucro ilícito. Ou seja, em primeiro lugar deve-se tentar confiscar exatamente os bens adquiridos com os proventos da

infração. Se eles não forem encontrados (ou se localizados, estiverem no exterior), o perdimento se fará sobre aquilo que foi alvo da cautelar. A diligência visando o encontro compete ao postulante. Como consequência, cabe-lhe demonstrar que os procurou, mas que, apesar dos esforços, não obteve êxito na empreitada.

Tudo o que ficou dito evidencia a necessidade da modificação da legislação processual penal. Em item específico, o tema voltará a ser abordado. Em tal oportunidade, será analisado o Projeto de novo CPP que tramita no Congresso e será apresentada proposta de nova sistemática, a qual se adequa ao atual regramento encontrado no CP.

8.1. O PERDIMENTO DO DESCONHECIDO

Só é possível encontrar aquilo que é conhecido. Se não se descobriu o que foi adquirido com os proventos da infração, não faz sentido realizar diligências de busca. Assim, é pertinente verificar a possibilidade de o confisco e a cautelar que antecede a perda serem impostos em tal situação.

O lucro obtido com o crime pode não corresponder ao prejuízo ocasionado. O indivíduo que tenta furtar um automóvel e o destrói antes de consumir a infração gera dano e não obtém vantagem. Em situações como esta, não há se falar em perdimento e, como decorrência, em constrição de bens para tal finalidade.

Se, diversamente, o agente consegue alcançar mais lucro do que ocasionar prejuízo, o confisco não deve corresponder ao dano. O indivíduo que furta um quadro que vale X, e na sequência o troca por outro cujo preço no mercado é o dobro, o perdimento atinge este, e o objeto subtraído deve ser apreendido (art. 240, § 1º, *b*, do CPP) e restituído à vítima, ressalvado eventual direito de terceiro de boa-fé (art. 130, II, do CPP).

Outra possível hipótese é aquela em que o lucro obtido corresponde exatamente ao prejuízo ocasionado. Se o agente furta uma saca de café, que tem cotação em bolsa, e a vende pelo valor ditado pelo mercado, este será perdido; cautelarmente, poderá ser objeto de constrição.

Em todas as situações mencionadas, busca-se identificar a vantagem financeira. Se, porém, esta é desconhecida, até antes da reforma de 2012 do CP, parecia não haver solução. Atualmente, o art. 91, § 1º, estabelece que a perda pode equivaler ao produto ou ao proveito.

Portanto, caracterizada a inviabilidade de encontro do proveito, toma-se por base o produto (direito), ou seja, o valor da coisa que foi obtida com a prática da infração. Se o proveito é conhecido, mas está no exterior, leva-se em conta o seu valor.

O critério relacionado ao produto é subsidiário. Ademais, somente pode ser aplicado quando existe lucro proveniente da infração penal. Como visto, é possível que o delito somente cause prejuízo. Em tal situação, não se admitirá o perdimento com base no produto.

9. A NECESSIDADE DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Partindo-se da ideia de que há o chamado direito material de segurança⁵⁴⁰, tem-se que a legislação processual precisa ser editada de modo a que citado direito possa ser colocado em prática. Isso, porém, não é constatado atualmente no Brasil, notadamente no campo do processo penal.

O CP foi alterado em 2012, passando a prever, tal como ocorre em outros países⁵⁴¹, a fungibilidade quanto aos bens suscetíveis de perda⁵⁴². Como consequência, deixou-se de dar importância àquilo que representa exatamente o proveito indireto da infração, figurando atualmente como objetivo maior impedir a obtenção de lucro com a prática de crime.

Em virtude de mencionada regulamentação, caberia ao legislador realizar a mudança do CPP, adaptando-o à nova sistemática. Isso, porém, não ocorreu até o momento, e o que é mais grave, o Projeto 8.045/2010, que tem por objeto a criação de novo diploma legal, segue na mesma toada do atual estatuto processual.

Há, portanto, claro descompasso entre o regramento constante do CP quanto ao perdimento de bens e aquele existente no CPP, no que toca às medidas cautelares de caráter patrimonial, o que dificulta o manejo das ferramentas jurídicas.

Mas se é certo que o CPP não foi revisado, há no ordenamento outra lei que, também em 2012, sofreu mudanças. Mais especificamente, a Lei 9.613/98, que dispõe sobre crimes de lavagem e ocultação de bens, foi alterada em data próxima à reforma ocorrida no CP. Em 9 de junho de 2012, por força da Lei 12.683/12, o primeiro diploma mencionado foi modificado; na data de 24 de julho do mesmo ano, em decorrência da Lei 12.694/12, o Código recebeu a nova redação.

Nos dois estatutos, ocorre o emprego da expressão “medidas assecuratórias” (art. 91, § 2º, do CP e art. 4, *caput*, da Lei 9.613/98), a qual nitidamente tem caráter abrangente, figurando como gênero, do qual são espécies conhecidas o sequestro e o arresto. Aliás, na redação original do art. 4º da Lei de Lavagem de dinheiro, mencionava-se a figura do arresto e havia referência

⁵⁴⁰ Vide item 2.1.2.

⁵⁴¹ Vide item 6.1.

⁵⁴² Vide item 8.

aos dispositivos do CPP que cuidam de tal medida e também do arresto e da especialização e registro da hipoteca.

Havia, e ainda há, a necessidade de aplicação de dispositivos de outra lei para que se consiga fazer incidir as aludidas medidas quando se está diante de caso em que se apura a prática de delitos da citada natureza (ou seja, de lavagem ou ocultação). E esse diploma regente é (ou deveria ser) o CPP. Portanto parece certo que este precisaria ter sido modificado naquela oportunidade – em 2012.

Compete, então, desenvolver propostas de alteração da legislação processual penal, o que se faz com o objetivo de criação de um sistema coerente e de fácil aplicação, que permita assegurar o perdimento de bens que representam o lucro ilícito obtido com a prática da infração penal e o ressarcimento do dano eventualmente causado com a conduta.

9.1. A PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

Da controvérsia que existiu (e perdurou por bastante tempo) no século passado⁵⁴³, prevaleceu o entendimento de que é tecnicamente melhor prever o gênero da medida assecuratória, e não somente algumas espécies.

Isso, na verdade, nada mais é do que o retrato (e no caso da cautelar o desdobramento) da ideia, também já vitoriosa, de que não se deve entender que para cada direito (material) existe uma ação específica⁵⁴⁴. A vida em sociedade, dado o seu dinamismo, impede que o legislador tenha a capacidade de prever tantas ações quantos sejam os interesses protegidos pelo ordenamento.

Mesmo que fosse diferente, ou seja, que houvesse tal possibilidade, seria o caso de questionar a utilidade de inúmeras ações específicas para que se fizesse valer, na prática, cada qual dos direitos que são assegurados.

O CPC/15 é a imagem da concepção atual e uma esforçada tentativa de previsão de mecanismos gerais de amparo a direitos, sem que isso represente carência de regulamentação –

⁵⁴³ Vide itens 2.1 e 2.1.2.4.

⁵⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 115) anota que “se a ‘ação’ é *uma* e *abstrata*, não haveria então razão para continuar a repetir os ‘equivocos’ cometidos pelos velhos *praxistas* quando estes procuravam distinguir e classificar as inúmeras espécies de *ações*”.

diversamente do que se vê no âmbito do processo penal pátrio. Vários procedimentos que constavam da legislação processual civil revogada (CPC/73) deixaram de existir⁵⁴⁵. Optou-se por uma regulamentação mais técnica, em que o procedimento comum é aquele colocado à disposição do interessado para o manejo de sua pretensão, havendo apenas alguns poucos ritos específicos, que foram criados em virtude das características peculiares do direito discutido.

No que aqui interessa, não se repetiu a descrição circunstanciada existente no diploma antigo, notadamente a de um livro exclusivo dedicado ao processo cautelar autônomo. O que hodiernamente há é um livro (no caso o Livro V) direcionado a regulamentar a tutela provisória (da qual faz parte a tutela de urgência, e aí se inclui a cautelar) e que está inserido na Parte Geral do Código. É bom que assim seja, pois a referida espécie de tutela pode ser adotada nas mais variadas situações (seja quando se busca a declaração ou o reconhecimento de um direito, seja quando se quer fazê-lo efetivo).

É o processo que tem de ser elaborado à luz do direito material, e não o contrário. E isso somente se torna palpável com previsões de certa forma abrangentes, com o emprego de termos jurídicos mais genéricos (ex.: medida assecuratória ao invés de arresto, sequestro, arrolamento de bens etc.). O interessado, agindo sob essa perspectiva, consegue adequar a demanda às exigências impostas pelo caso concreto, não tendo sua pretensão tolhida em razão de detalhamentos constantes de previsões que não se justificam sob a ótica da ideia de um Estado que se propõe a resguardar de forma efetiva os direitos que protege.

Não cabe concluir, do quanto exposto, que se está a defender a criação de previsões sobremaneira vagas e que causariam insegurança jurídica. No entanto, entre o que há atualmente, e que consiste em um sistema engessado que impede a efetivação do direito, e o completo informalismo, há espaço para a criação de modelo mais adequado.

A legislação processual civil atual parece ter se aproximado do equilíbrio, pois ali consta a menção ao gênero (ou seja, à tutela de urgência) e, de forma exemplificativa, são mencionadas as espécies. Não há um rol fechado, como ocorre no CPP, podendo ser implementada medida

⁵⁴⁵ É curioso perceber, como fazem MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 69)). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 1, p. 45-46), que Alfredo Buzaid previu em seu Anteprojeto de CPC somente os Livros referentes aos processos de conhecimento, execução e cautelar, ou seja, sem o quarto livro, referente aos procedimentos especiais.

que tem alguma peculiaridade que se exige em virtude das circunstâncias do caso levado à apreciação do juiz.

É de se notar, ainda, que a criação de um leque mais aberto de possíveis medidas não traz como consequência a impossibilidade de previsão de procedimento devidamente estruturado, em que tanto o demandante quanto o demandado não saibam de antemão quais atos serão praticados ao longo da marcha processual⁵⁴⁶.

É indubitável a incumbência do legislador quanto à identificação daquilo que configura o verdadeiro procedimento. Cabe-lhe dizer, por exemplo, quais são os requisitos da petição inicial, o prazo para apresentação da defesa, se haverá ou não oportunidade de produção de provas em audiência e quais os mecanismos de impugnação das decisões judiciais. O que se pode flexibilizar são as medidas propriamente ditas, pois são elas que correspondem ao verdadeiro instrumento de implementação do direito material.

É quanto a este ponto em particular que se torna oportuno dizer que o direito processual cede passo ao direito material, não podendo a ele se sobrepor, sob pena de inversão da lógica do sistema jurídico. Isso se traduz na ideia de que o processo existe para conferir e fazer efetivo o direito da parte, e não para atender a vontade da lei⁵⁴⁷.

9.1.1. O modelo atual e a indevida sobreposição do direito processual

O CPP, criado na época em que a ciência do direito processual dava um salto evolutivo e tinha por objetivo demonstrar a sua independência, revela, em algumas de suas passagens, a inadequada sobreposição do direito adjetivo em relação ao substantivo. Isso é sentido, no tema que é o foco deste estudo, em previsões que marcam, por exemplo, o termo inicial para que se

⁵⁴⁶ JAUERNIG, Othmar (*Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 41) diz que “um código de processo racional regulará a marcha do processo com rigor, e determinará exactamente os direitos dos interessados no processo (em especial, do tribunal e das partes). Com isto, evita-se simultaneamente o *abuso das faculdades processuais* por um dos interessados”.

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 69). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 1, p. 45-46) anotam que “ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. Desse modo, a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição deveria dar tutela aos direitos”.

postule medida assecuratória ou que exigem a demonstração de inexistência de determinada espécie de bens para que se possa fazer recair a constrição sobre outros.

Se o que se objetiva é resguardar o direito da parte, não parece fazer sentido, em plano ideal, a discussão a respeito do momento em que lhe é autorizada a propositura da demanda com o objetivo de impedir a lesão ao seu direito. A exigência de se aguardar a prática de atos como indiciamento, o ajuizamento de outra ação etc. tornam letra morta (ou enfraquecem sobremaneira) a previsão constitucional de inafastabilidade da apreciação do Judiciário de ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Em situações assim, o julgador, em vez de analisar o caso específico e, por conseguinte, verificar se há ou não o risco de dano, passa a ser autorizado (ou pior do que isso, obrigado) a negar proteção jurisdicional sob o fundamento de que determinada formalidade não foi atendida. Com isso, constata-se a inversão de valores: aquele que é protegido pela norma substancial (a qual não prevê nenhuma condição temporal ou de outra natureza) tem de se submeter ao decurso do tempo indispensável para que seja preenchido determinado requisito processual (com o que será atendida a já mencionada vontade legal).

Não é difícil imaginar a situação em que determinado indivíduo pratica um ilícito e, por saber que terá a obrigação de reparar o dano, começa a dilapidar seu patrimônio ou adota comportamento que se enquadre neste entendimento (ex.: anuncia a venda de parcela considerável de seus bens por valores abaixo do mercado). O lesado, ciente de que isso está a ocorrer, ao menos no campo do processo penal (e por força das previsões hoje existentes do CPP), está impedido de alcançar rapidamente resultado efetivo.

A lei o obriga a esgotar a procura por imóveis (art. 137 do CPP), impondo-lhe o cumprimento de requisitos que somente poderiam ser exigidos pela lei de natureza substancial, pois é esta que regulamenta a proteção patrimonial.

O dispositivo em comento, portanto, além de ter sido criado em dissonância com o regramento dado pela lei material que trata do tema referente à responsabilidade por atos ilícitos (art. 942, *caput*, do CC), não se justifica igualmente no plano lógico. Pelo contrário: o natural seria a existência de previsão estipulando que, pleiteada a constrição de bens com o objetivo de satisfazer interesse patrimonial, a medida recaísse em primeiro lugar sobre dinheiro, e somente na sua falta, ou na impossibilidade de localização daqueles sobre os quais haja fundada suspeita

da intenção de cessão indevida a terceiros, atingisse outros bens, dentre os quais os imóveis (e estes em colocação precária na lista de preferência, dada a sua baixa liquidez).

Insista-se na tese de que, se a CF estabelece que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Judiciário ameaça ou lesão a direito, isso quer significar que está garantido de forma incondicional o acesso aos órgãos de tal Poder, ou seja, não pode haver nas normas de menor hierarquia a previsão de necessidade de cumprimento de requisitos que dificultem ou restrinjam a obtenção de pronunciamento judicial sobre o fato em si.

Na verdade, na hipótese aqui discutida, a própria concepção de tutela cautelar, baseada no requisito da urgência⁵⁴⁸, resta contrariada. O interessado, vendo seu direito ameaçado, não consegue desde logo tê-lo protegido, em virtude da incidência do regramento constante do CPP. E não se vê na regulamentação citada qualquer intenção em proteger o demandado contra atos abusivos. Há simplesmente uma preferência, criada pelo legislador (e que atualmente perdura por mero capricho), por bens de raiz.

Se é certo que o devedor responde com seus bens presentes e futuros pelas dívidas que possui, e a norma que assim determina (art. 942, *caput*, do CC) não cria nenhuma hierarquia entre as variadas espécies deles (móveis, semoventes e imóveis), escapa à competência do legislador, quando traça as regras para tornar efetiva mencionada previsão, dispor de forma diferente⁵⁴⁹.

O que lhe cabe, pelo contrário, é a criação de mecanismos hábeis a tornar efetiva a promessa de reparação do dano e entrega de decisão judicial justa e adequada dentro de razoável lapso temporal. Por isso precisa, inclusive, criar normas que garantam a celeridade do trâmite processual (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Isso se verifica, ainda que de forma não tão evidente, no art. 835 do CPC, que prevê a ordem preferencial de penhora. Em primeiro lugar está o dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação financeira. Se o fim buscado é o ressarcimento da lesão patrimonial, é certo que a mais rápida entrega da cifra devida ao credor o satisfaz.

⁵⁴⁸ Vide itens 1.1.2.1. e 5.2.2.

⁵⁴⁹ Correta se mostra a previsão constante do art. 835 do CPC, que prevê, em primeiro lugar, no rol de preferência, o dinheiro, e permite que o juiz, nas demais hipóteses (ou seja, quando não é encontrado dinheiro), em análise ao caso concreto, autorize a constrição daquele bem que melhor servirá para atender aos interesses de quem demonstra ter razão.

Por outro lado, desatende a tal preceito a determinação de constrição preferencial sobre imóvel (ainda que o devedor possua dinheiro em espécie ou em aplicação), para posterior venda do bem em hasta pública, com subsequente (e sempre atrasada) entrega de numerário a quem dele faz jus.

9.1.2. O Projeto de novo CPP

Se, como visto, o sistema atual que regulamenta as medidas assecuratórias no âmbito do processo penal é incongruente, o Projeto de novo CPP segue a mesma (falta de) lógica. Na verdade, ao menos no atual estágio, torna ainda mais complexo o sistema de garantias patrimoniais.

O art. 612 do Projeto⁵⁵⁰ (PL 8045/2010), além de repetir as medidas que estão disciplinadas atualmente (isto é, o sequestro, a especialização e registro de hipoteca e o arresto), cria outra (e nova) modalidade, que recebe a denominação de indisponibilidade de bens.

Nota-se, portanto, a insistência na manutenção de sistema que não se coaduna com aquele constante da legislação processual civil atual e que, mais do que isso, não encontra bons resultados práticos, não funcionando como adequado conjunto de ferramentas jurídicas colocado à disposição para que seja impedida a obtenção de lucro com a prática de ilícitos e resguardado o direito daquele que experimenta prejuízo.

Não bastasse, há no campo teórico clara perda de qualidade (se é que isso é possível), a começar pela denominação empregada no Título onde estão disciplinados os citados mecanismos. Diferentemente do CPP atual, que alude às medidas assecuratórias, o Projeto fala em medidas cautelares reais.

Se é certo que o sequestro e o arresto possuem referida natureza jurídica, é indubitável que a hipoteca é espécie de garantia com natureza distinta⁵⁵¹. A colocação de todos como sendo espécies de cautelares denuncia a falta de técnica legislativa e cria dificuldades no manejo das medidas de cunho patrimonial.

⁵⁵⁰ Ou art. 687 pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁵¹ Vide item 3.1.2.

9.1.2.1. A ausência de reconhecimento expresso na natureza civil dos provimentos assecuratórios

A atual legislação não reconhece, de forma explícita, a natureza extrapenal das medidas assecuratórias. O que se vê são apenas menções que levam a esse entendimento, como é o caso do regramento encontrado nos arts. 139, 143 e 144 do CPP.

Por sua vez, o art. 613⁵⁵² do PL 8045/2010 estabelece que a adoção de qualquer das medidas (que, como visto, são denominadas cautelares reais) no processo penal, não prejudica a iniciativa semelhante no juízo cível.

Aqui, mais uma vez se percebe a ausência de alusão (e, portanto, de esclarecimento) do ramo em que as citadas medidas atuam. E não fosse isso o bastante, constata-se no dispositivo (art. 613) outra falha de técnica legislativa.

Caso realmente o manejo de uma das medidas no âmbito do processo penal não obstasse semelhante iniciativa no juízo cível, o que se constataria seria o desaparecimento do efeito decorrente da litispendência, o que não parece aceitável.

Não tem cabimento permitir, por exemplo, que o lesado deduza em dois juízos, isto é, em demandas distintas, pedidos idênticos de arresto de bens. Igualmente, se mostraria inaceitável a iniciativa do Ministério Público em pedir o sequestro de bens tanto em um juízo quanto em outro.

Para contornar a incidência do efeito da litispendência, poder-se-ia dizer que o interessado teria como pleitear alguma medida no juízo cível, e outra no criminal. Exemplificativamente, o órgão acusador estaria autorizado a pedir o sequestro de alguns bens onde tramita a demanda criminal e o sequestro de outros em demanda ajuizada em Vara Cível. Nesta situação, aliás, se poderia dizer que, tal como previsto no dispositivo legal, a demanda não é idêntica, senão apenas semelhante.

Parece certo, porém, que comportamento neste sentido não tem como ser aceito, pois além de ocasionar o aumento indevido do número de feitos tramitando no Judiciário, dificultaria a defesa daquele que figura como o alvo das medidas, pois teria que se defender perante mais

⁵⁵² Ou art. 688 pela redação consolidada em 26.04.21.

de um juízo (e provavelmente se valendo, ao menos no que toca às matérias processuais, de diferentes argumentos jurídicos, dada a existência de modelos distintos de manejo de medidas assecuratórias).

9.1.2.2. As medidas em espécie

Embora o foco seja a análise crítica do modelo seguido pelo PL 8045/2010 no que toca às medidas assecuratórias como um todo, cabem algumas considerações específicas em relação a cada uma das espécies.

O objetivo é demonstrar que há sobreposição de objetos e finalidade, o que evidencia a existência de sistema confuso e sem integração. Mais adiante, em tópico próprio, será proposto novo sistema, em consonância com o CPC/15.

9.1.2.2.1. *Indisponibilidade*

Trata-se de medida não prevista no atual CPP. De acordo com o art. 615, *caput*, do PL 8045/2010⁵⁵³, o juiz defere tal espécie de provimento para recuperar o produto ou o proveito do crime. O § 1º prevê em incisos (I a III) a possibilidade de a medida recair sobre bens de terceiros, abandonados ou em poder de meros possuidores (quando o proprietário não é identificado).

Por sua vez, o art. 615, § 2º, estabelece que a medida somente é cabível quando ainda não é possível distinguir os bens de origem ilícita daqueles que foram adquiridos de maneira lícita. O art. 620⁵⁵⁴ completa o regramento, estabelecendo que, com a identificação da origem espúria, cabe ao Ministério Público requerer ao juiz a conversão em apreensão ou sequestro.

A primeira observação que pode ser feita diz respeito à (des)necessidade de se operar a conversão. Se foi determinada (e realizada) a constrição, e com isso o direito ameaçado foi protegido, mostra-se descabida a citada providência. Na verdade, o que se nota, é a mera mudança de nomenclatura, pois nenhum efeito concreto é sentido.

No mais, os outros dispositivos que disciplinam a matéria não estabelecem qual é o destino a ser dado aos bens adquiridos de maneira lícita. O art. 620, como visto, cuida exclusivamente da conversão daqueles de origem espúria.

⁵⁵³ Ou art. 690, *caput*, pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁵⁴ Ou art. 695 pela redação consolidada em 26.04.21.

Não haveria problema nisso, não fosse, o regramento dado, conflitante. No entanto, mencionada cautelar, que consta do Capítulo das Garantias à Reparação Civil, recai sobre bens de origem lícita e tem por finalidade assegurar o pagamento de indenização devida em decorrência do dano ocasionado.

Do que se percebe, portanto, o arresto sempre terá por alvo bens de origem lícita, ao passo que isso somente ocorrerá de forma eventual quanto à indisponibilidade. Mas, mesmo nas situações em que haja similitude de objetos, ao menos pela letra da lei, não se opera a conversão.

A incongruência que há em relação ao regramento dado quanto aos bens, sejam obtidos de maneira espúria, sejam de maneira lícita, é inexplicável, como também o é a previsão que autoriza que a medida recaia sobre bens abandonados.

Se a coisa não pertence a ninguém em razão de o antigo titular ter dela aberto mão, não existe motivo para o juiz determinar a sua urgente constrição por temor de desaparecimento. Se a indisponibilidade quanto aos bens de origem ilícita visa, à semelhança do sequestro, garantir o perdimento, ou seja, impedir que o indivíduo alcance lucro ilícito (o que poderia ser efetivado com a ocultação da coisa), a partir do momento em que ele renuncia ao seu patrimônio, e isso é percebido, o eventual acréscimo patrimonial indevido deixa de existir. Com isso, os bens abandonados podem ser recolhidos independentemente da intervenção judicial.

A previsão constante do art. 615, § 1º, I⁵⁵⁵, também não se justifica. Ao menos, seria recomendável a alteração da redação para que não surgissem questionamentos. A saber: de acordo com a regra, a indisponibilidade pode recair sobre bens de terceiros, se o seu nome for usado para facilitar a prática criminosa ou para ocultar o produto.

Note-se que, pela redação, se não é utilizado o nome do terceiro para facilitar o cometimento da infração, a medida não tem como ser deferida. Vale dizer, se o postulante da medida não demonstra que com o emprego do nome do terceiro não houve menor dificuldade, o bem que se pretendia recolher não é atingido.

Mais do que isso: se, por exemplo, o indivíduo subtrai um bem, permuta-o e entrega a terceiro aquele que é obtido, igualmente se mostra descabida a medida cautelar em comento.

⁵⁵⁵ Pela redação de 26.04.21 (art. 690, § 1º, I), não há mais menção ao “nome”.

Em tal situação, não se constata o uso do nome do terceiro (o qual, aliás, em um sistema ideal pouco interessaria). Em outros termos, se o terceiro, agindo com consciência e vontade, recebe o bem (ainda que por doação e ciente da origem ilícita) e passa a ser o real e jurídico proprietário, a medida não pode ser deferida.

Por fim, é de se pontuar que a alusão, constante do art. 615, *caput*, a bens, direitos e valores é redundante. O termo “bens” abrange os demais (direitos e valores), que figuram, no caso, como espécies⁵⁵⁶.

9.1.2.2.2. Sequestro

O sequestro encontra disciplina entre os arts. 624 e 626⁵⁵⁷. No *caput* do primeiro dispositivo mencionado, está a previsão a respeito do momento a partir do qual a medida pode ser aplicada (ou seja, desde o curso das investigações) e sobre o que pode recair (isto é, bens móveis e imóveis).

Neste ponto, já se nota a ausência de critério para escolha de terminologia pelo Projeto. Aqui, diferentemente do que ocorre em relação à medida de indisponibilidade (art. 615, *caput*)⁵⁵⁸, a alusão é feita a duas espécies de bens. Adota-se, na verdade, divisão tradicional e que se justifica em razão da forma de transmissão da propriedade. Seria, porém, de bom tom que, ao longo de todo o texto legal, fosse seguida a mesma linha. O dispositivo supramencionado precisaria ser corrigido, se fosse o caso de mantê-lo no Projeto.

A redação do art. 624, § 1º⁵⁵⁹, igualmente teria de ser alterada (assim como a do art. 626). Ali se diz que ao sequestro se aplica o art. 615, § 1º. Este dispositivo, semelhantemente ao art. 615, *caput*, menciona bens, direitos e valores.

⁵⁵⁶ BEVILAQUA, Clovis (*Teoria geral do direito civil*. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1929, p. 208) diz que “a palavra *coisa*, ainda que sob certas relações, corresponde, na técnica jurídica, ao termo *bem*, todavia dele se distingue. Há bens jurídicos, que não são coisas: a liberdade, a honra, a vida, por exemplo”. GOMES, Orlando (*Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 174-175) complementa, sustentando que “*bem* e *coisa* não se confundem. O primeiro é gênero, a segunda, espécie. A noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto a de coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, isto é, as que possuem valor pecuniário”.

⁵⁵⁷ Ou arts. 699 a 701 pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁵⁸ Vide item 9.1.2.2.1.

⁵⁵⁹ Pela redação de 26.04.21 (art. 699, § 1º), não há mais alusão a outro dispositivo. Atualmente, consta que “o sequestro pode ser decretado nas hipóteses de indisponibilidade de bens extraordinária”.

O art. 624, *caput*⁵⁶⁰, emprega termo que carece de sentido jurídico. Ao se referir àquilo que pode ser sequestrado, menciona, entre outros, os bens que foram misturados ao patrimônio lícito do investigado ou acusado.

Se o que se busca retirar do indivíduo são os bens obtidos com o fruto do ilícito, é indiferente que estejam juntos ou separados daqueles outros que compõem o patrimônio lícito. No primeiro caso, compete proceder à separação. Diversamente, se esta providência é impossível (ex.: o indivíduo possuía tambor contendo óleo adquirido licitamente e ali é adicionado óleo obtido com o fruto da infração), a previsão em comento nada ajuda.

Prosseguindo, é de se notar que, de acordo com o art. 624, § 3º, não cabe sequestro de bens adquiridos onerosamente por terceiro de boa-fé. Trata-se de previsão que traz regra evidente. Ninguém discute que alguém, alheio ao fato criminoso, não pode ter seu patrimônio atingido por medida cautelar.

O que se pretendia dizer com o dispositivo é que o terceiro de boa-fé, que adquire de forma onerosa bem que foi obtido anteriormente pelo investigado ou acusado com proventos da infração, não pode tê-lo sequestrado.

Ocorre que, para as hipóteses em que não há dúvidas quanto à boa-fé e quanto à aquisição onerosa, a previsão não precisaria existir⁵⁶¹. A regra contida no art. 624, *caput*, já seria suficiente. Se, diferentemente, não se constata *prima facie* tais condições, o que se deve permitir é a oposição de embargos de terceiro, e não a faculdade de interposição de agravo, como faz o art. 652, § 2º⁵⁶².

Diante da demonstração da probabilidade do direito alegado, tendo sido constatado, em juízo de cognição superficial, que o bem é produto indireto da infração, defere-se o sequestro. O terceiro, valendo-se dos embargos, fica autorizado a demonstrar que adquiriu de boa-fé e a título oneroso. A medida, em sendo acolhido o pedido, é desfeita.

Segundo o art. 625⁵⁶³, para a imposição do sequestro, são cobrados veementes indícios da proveniência ilícita dos bens. Melhor teria sido se no Projeto não fossem empregados

⁵⁶⁰ Pela redação de 26.04.21 (art. 699, *caput*), a redação foi corrigida. Não se fala mais em bens “misturados”.

⁵⁶¹ Vide item 7.1.2.1.

⁵⁶² Ou art. 727 pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁶³ Pela redação de 26.04.21 (art. 700), a redação foi alterada. Passou a constar “indícios suficientes”.

adjetivos. E, neste ponto, o que se percebe é uma quebra na lógica do sistema de cautelares. Se, para a imposição de qualquer medida desta natureza, se fala em presença de *fumus boni iuris*, a exigência de veementes indícios corresponderia não à fumaça, mas ao incêndio.

O Projeto, no mais, silencia quanto à necessidade ou não de demonstração do *periculum in mora*. Não se encontra qualquer esclarecimento se o mencionado requisito é presumido, como ocorre em algumas legislações estrangeiras⁵⁶⁴, ou se compete ao postulante a sua demonstração (e no que consistiria).

A regra do art. 629, par. único⁵⁶⁵, do Projeto parece não fazer sentido. O magistrado, salvo melhor juízo, não deve acumular a função de depositário de bens. Até porque, como regra, não é comum lhe garantirem espaços físicos para que exerça a custódia dos mais variados objetos.

É de se observar que no dispositivo em pauta há alusão à figura do juiz, e não ao Juízo. Ou seja, pelo Projeto, é para a pessoa física do julgador que são entregues os bens sequestrados, os quais ficarão sob sua custódia (ou seja, guardados).

Não costuma ser negada a diferença que há entre responsabilidade civil e penal, figurando a primeira como mais abrangente em comparação à segunda. A ausência de tipicidade, princípio que coordena a matéria criminal, abre espaço para que um sem-número de atos sejam considerados ilícitos e, por isso, deem ensejo ao dever de reparação. O que importa, para o direito civil, é a constatação da existência de ação voluntária, violação do direito alheio e causação de dano (art. 186 do CC).

Também, ao menos de forma corriqueira, não se coloca em dúvida que a obtenção de vantagem financeira com a prática de infração penal, fato gerador da imposição da medida de perdimento (art. 91, II, *b*, do CP), é, ao mesmo tempo, um ilícito civil, mais especificamente aquele que se costumou denominar enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Se é possível reconhecer, no juízo cível, a existência de dano decorrente do ilícito e/ou a ocorrência de enriquecimento indevido, assim como as suas devidas consequências, ou seja, o dever de reparação (art. 927 do CC) e o de restituição do acréscimo patrimonial desprovido de justa causa (art. 885 do CC), parece descabida a previsão de levantamento das cautelares, as

⁵⁶⁴ Vide item 5.2.2.1.

⁵⁶⁵ Ou art. 704, par. único, pela redação consolidada em 26.04.21.

quais têm por fim assegurar tais resultados, em quaisquer hipóteses de absolvição ou extinção da punibilidade.

O PL 8045/10, portanto, repete o erro da legislação atual, não diferenciando as hipóteses de absolvição. Para fins de levantamento do sequestro (art. 642)⁵⁶⁶, a previsão de variadas espécies de absolvição é ignorada, o que ocasiona uma quebra na lógica do sistema.

9.1.2.2.3. *Hipoteca legal*

Se o modelo atual, no que toca à disciplina da especialização e registro da hipoteca, já não é digno de elogio⁵⁶⁷, o PL 8045/10 consegue criar mecanismo ainda pior, a começar por considerar referida medida espécie de cautelar.

Nos termos do art. 644, *caput*⁵⁶⁸, legitimado ativo é a vítima, que previamente tem de se habilitar como assistente, e na sequência demonstrar, além da certeza da infração e a existência de indícios de autoria, que o demandado tenta alienar bens com intuito de frustrar o ressarcimento do dano.

Já se viu que a hipoteca é espécie de garantia real, cuja disciplina consta do CC⁵⁶⁹, e que não cabe à legislação processual alterar a sua natureza jurídica. Logo, a previsão em comento, que exige a demonstração de condições típicas de cautelares, é equivocada.

Não fosse isso o bastante, constata-se mais uma vez que o PL 8045/10 não prima pela coerência. Partindo-se da premissa de que a hipoteca (a indisponibilidade, o sequestro ou o arresto) é espécie de cautelar, era ao menos de se esperar que para o mencionado gênero de provimento (cautelar) fosse cobrada do interessado a demonstração de pressupostos idênticos (para todas as espécies).

Não é isso, porém, o que se vê. Conforme pontuado no item anterior, para a imposição do sequestro, exige-se a presença de indícios veementes (art. 625). Diferentemente, para que se

⁵⁶⁶ Ou art. 717 pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁶⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*: arts. 1 a 200. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 378) já dizia que “o Art. 134 do código de processo penal não está bem redigido”.

⁵⁶⁸ Ou art. 719, *caput*, pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁶⁹ Vide item 3.1.2.

possa operar a especialização da hipoteca, o demandante tem apenas o ônus de apresentar indícios suficientes de autoria (art. 644, *caput*)⁵⁷⁰.

Há, ainda, no mesmo dispositivo, alusão à imprescindibilidade de comprovação da certeza da infração, exigência que não se coaduna com a natureza e com as características que são próprias da tutela cautelar. Esta, vale sempre insistir, é coordenada por critério de probabilidade, e não de certeza.

No que toca ao *periculum in mora*, ao menos pelo texto do Projeto, não basta que o demandante demonstre que a parte contrária pretende se desfazer de seus bens, impõe-se a comprovação de finalidade determinada: a de frustrar o pagamento de indenização.

De acordo com o art. 645, *caput*, o autor do pedido tinha a obrigação de estimar o valor do dano moral. O dispositivo silenciava quanto ao prejuízo material. Com as alterações que se sucederam desde a apresentação do Projeto, passou-se a exigir que o demandante apresente o cálculo do dano sofrido (art. 720, *caput*, com a redação de 26.4.21).

Houve, portanto, melhora, já que, pela letra do dispositivo, em sua redação original, a garantia seria apenas para assegurar o recebimento da indenização por dano moral, em claro descompasso com o que estabelece o art. 1.489, III, do CC. Outras alterações, entretanto, surgidas desde a apresentação do PL, se mostram, ao que parece, descabidas.

Originalmente (art. 645, § 2º), a avaliação dos imóveis era feita pelo avaliador oficial. Não o havendo, o juiz nomeava perito para proceder ao ato. Na redação atual (art. 720, § 2º), na ausência de avaliador, o magistrado determina que perito oficial criminal proceda à avaliação.

Não há razão para a especificação (perito criminal). Basta que o perito, independentemente do vínculo jurídico que possui, tenha o conhecimento exigido para que execute a avaliação. Ademais, raramente será necessária a nomeação de experto, pois o ato, como regra, será praticado pelo oficial de justiça⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Pela redação consolidada em 26.04.21, para ambas as figuras, passou-se a exigir “indícios suficientes”.

⁵⁷¹ Vide item 6.2.

Contrariando a previsão já mencionada do CC, o art. 650⁵⁷² do PL 8045/10 estabelece que as medidas cautelares funcionam também para resguardar o pagamento das despesas processuais e penas pecuniárias.

9.1.2.2.4. Arresto

O PL 8045/10, sem querer se distanciar do modelo atual, prevê o arresto como medida vinculada (e subordinada) à hipoteca. Nos termos do art. 646, *caput*⁵⁷³, a constrição de imóvel pode ocorrer por arresto quando o legitimado ativo não conseguir apresentar em juízo, imediatamente, as informações e documentos exigidos para a implementação da especialização e registro da hipoteca.

Como regra, portanto, caberá o arresto (prévio), pois dificilmente o demandante conseguirá, de maneira imediata, dentre outras coisas, provar a certeza da infração e a intenção do demandado de alienar seus bens para frustrar a execução da sentença que impõe a condenação ao pagamento de indenização.

A consequência da incidência da regra em comento é o abrandamento de todo o rigor que se quis exigir para fazer incidir a garantia real. Como não é possível, de ordinário, a prova de fato negativo, bastará ao interessado, ao menos pelo texto do Projeto, alegar a impossibilidade de obtenção das informações e documentos.

A redação do dispositivo, com as alterações implementadas durante o curso do processo legislativo, foi modificada. Piorou. Agora, nos termos do art. 721, *caput*, o arresto incide quando não é possível a apresentação de informações e documentos exigidos para que ocorra a alienação antecipada⁵⁷⁴.

Não há sentido em deferir a cautelar em comento quando presente a situação descrita na norma. A impossibilidade de alienação antecipada de bens não representa risco ao direito de o lesado ver reparado o dano ocasionado pela prática da infração.

⁵⁷² Ou art. 725 pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁷³ Ou art. 721, *caput*, pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁷⁴ Em razão de a previsão não ter sentido, é salutar a sua transcrição: “Art. 721. Não sendo possível a imediata apresentação das informações e documentos requeridos para determinação da alienação antecipada, a vítima poderá requerer o arresto de imóvel no prazo previsto para o requerimento de hipoteca legal”.

Mantendo a sistemática hoje vigente, o art. 647, *caput*⁵⁷⁵, autoriza o arresto de móveis somente na ausência ou insuficiência de imóveis. Permanece, portanto, a divisão entre arresto prévio e arresto subsidiário.

9.2. NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO DO CPP COM O CPC

Se as medidas assecuratórias podem ser implementadas tanto no juízo penal quanto no cível, e isso quem diz (seguindo a mesma linha aqui defendida⁵⁷⁶) é o próprio PL 8045/10 (art. 613⁵⁷⁷), era de se esperar que a regulamentação constante do futuro CPP fosse semelhante àquela encontrada no CPC. A matéria, indubitavelmente, guarda relação com temas extrapenais.

O CPC em vigor foi editado em 2015 e parece atender satisfatoriamente às necessidades atuais da sociedade. Portanto não teria sentido alterá-lo para que se conseguisse alcançar a adequação com o CPP hoje vigente. A solução que se coloca como mais adequada é a criação de nova legislação processual penal, a ser elaborada em consonância com o outro diploma mencionado.

Se existe em trâmite no Congresso Nacional Projeto de Código de Processo Penal, basta que se procedam às alterações, a fim de que se consiga criar um sistema harmônico e coordenado, em que medidas que podem ser pleiteadas tanto no juízo cível quanto no criminal recebam regramento semelhante.

Na Itália, algo parecido com o que aqui é proposto aconteceu. Embora o CPC em vigor naquele país tenha sido criado na década de 1940, ao longo dos anos sofreu alterações. No que aqui interessa, a regulamentação sobre os provimentos de urgência foi modificada em 1990, ou seja, em época relativamente próxima daquela em que passou a vigorar o atual CPP (o que se deu em 1989).

Os dois diplomas mencionados, na medida do possível, trazem regulamentação parecida sobre medidas cautelares de cunho patrimonial. Há em ambos previsão de sequestro

⁵⁷⁵ Ou art. 722, *caput*, pela redação consolidada em 26.04.21.

⁵⁷⁶ Vide itens 4.1., 5.2.1.2. e 5.2.2.4.

⁵⁷⁷ Ou art. 688 pela redação consolidada em 26.04.21.

conservativo, e tanto o CPP (art. 316⁵⁷⁸) quanto o CPC (art. 671⁵⁷⁹) se valem de termos sinônimos para indicar as condições exigidas para o deferimento. É de se notar que, enquanto o primeiro fala em fundada razão, o outro alude a fundado temor. Nos dois, outrossim, vê-se que a intenção é impedir o desvio de bens, para que assim se consiga satisfazer o crédito.

Da análise dos dispositivos, constata-se a presença de outros pontos em comum. Um dos mais importantes diz respeito à iniciativa para que a medida seja imposta. Pelas duas previsões, é possível notar que o juiz não pode atuar de ofício. Se se trata de providência cujo objetivo é garantir o ressarcimento do dano decorrente do ilícito, ao lesado é imposto o ônus de deduzir o pedido.

Se, por outro lado, o que se pretende é assegurar o pagamento de pena pecuniária, despesas processuais e demais valores devidos ao Estado, compete ao Ministério Público a postulação. Mesmo quando se está diante de hipótese em que a medida objetiva o cumprimento de sanção, não cabe ao julgador agir sem ser provocado.

Outra característica que chama a atenção, e que merece destaque, se refere àquilo que pode ser alvo do sequestro conservativo. Nas duas legislações, alude-se a bens móveis e imóveis, sem que exista, nos dispositivos, expressa preferência de uma espécie sobre a outra. Contudo, sintomaticamente, em ambos, em primeiro lugar, menciona-se a coisa móvel.

A previsão, tal como redigida, se justifica. Os bens móveis têm mais liquidez, e se a intenção é a entrega de dinheiro ao credor, é melhor que se proceda à constrição daquilo que é vendido com maior facilidade. De todo modo, preferencialmente, e como regra, se buscará o encontro de dinheiro.

A alusão às duas espécies de bens é, ademais, importante na Itália. Em época anterior (ainda na vigência do CPP de 1930), não se permitia, por ausência de previsão em tal sentido,

⁵⁷⁸ O art. 316, 1, está assim redigido: “Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento”. Por sua vez, o art. 316, 2, estabelece que “Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto dal comma 1”.

⁵⁷⁹ O art. 671 tem a seguinte redação: “Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento”

o sequestro conservativo de imóveis⁵⁸⁰. Sobre tais bens, como garantia, recaía somente a hipoteca legal. O art. 189 do CP, de sua parte, autorizava o sequestro conservativo sobre móveis, o que não retirava a preferência pela mencionada garantia real.

Naquele país, com o passar do tempo, notou-se que era desnecessário prever o regramento para a inscrição da hipoteca legal. Partindo-se da premissa de que o sequestro conservativo (que se assemelha ao arresto brasileiro) pode atingir bens de qualquer natureza, torna-se despendiosa a garantia real. O CPP de 1988, seguindo essa linha, não repetiu o modelo constante da lei revogada⁵⁸¹.

Com isso, também neste ponto, se constata harmonia entre o CPP e o CPC. Na Itália, a legislação processual civil não dedica um procedimento específico para que se proceda à especialização e registro da hipoteca. No Brasil, o CPC/15 é igualmente silente neste ponto.

No mais, além do já citado procedimento de sequestro (arts. 670 a 687), no que aqui interessa, o CPC italiano prevê (art. 700), semelhantemente ao que ocorre com o diploma pátrio, um procedimento residual, utilizável para que se postulem outros provimentos de natureza cautelar (não necessariamente predefinidos).

Neste ponto está a divergência entre os Códigos (CPC e CPP). No último mencionado, inexistente procedimento genérico em que se permite a dedução de pedido de providência cautelar inominada. Na verdade, além do sequestro conservativo (arts. 316 a 320), autoriza-se a imposição do sequestro preventivo (arts. 321 a 323), que se assemelha ao sequestro previsto no CPP brasileiro.

A referida constrição, a pedido do Ministério Público, tem cabimento quando a livre disposição de uma coisa relacionada ao crime agrave ou prolongue as suas consequências ou facilite o cometimento de outros delitos (art. 321, 1). A mesma medida pode ser imposta aos bens suscetíveis de confisco (art. 321, 2).

⁵⁸⁰ Vide item 3.1.3.

⁵⁸¹ GREVI, Vittorio; CERESA-GASTALDO, Massimo (Misure cautelari. *In*: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 9. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2019, p. 477) pontuam a ocorrência da “**soppressione** dell’istituto dell’**ipoteca legale**” e o “allargamento dell’incidenza del sequestro conservativo anche sui beni immobili”.

Cabe, diante do que ficou consignado, analisar a necessidade e a pertinência de previsão que, no âmbito do direito processual penal, autoriza a imposição de medidas que não foram previamente delimitadas pelo legislador.

Desde logo, porém, já se pode concluir que a existência de previsões semelhantes no CPC e no CPP a respeito do tema aqui em debate traz maior segurança jurídica e permite que de forma mais adequada se consiga alcançar aquilo que é amparado pelo direito material, ou seja, a proteção dos interesses de quem demonstra a probabilidade do direito.

Em um (criminal) ou em outro (civil) juízo, com a adoção da sistemática aqui proposta, a resposta estatal tende a ser a mesma, dada a proximidade que há da regulamentação legal. Cobrando-se a presença de condições gerais (mas certamente comuns a qualquer provimento cautelar), facilita-se a análise do pedido e não são criadas dificuldades (como hoje existem no CPP pátrio) desnecessárias (como a demonstração de inexistência ou insuficiência de imóveis para a imposição do arresto de móveis), permitindo-se, então, o melhor manejo das ferramentas jurídicas.

9.2.1. Critérios para a previsão de cautelar inominada

Já ficou consignado⁵⁸² que, no âmbito do processo penal, não seria de se cogitar da imposição de medidas assecuratórias que não guardam relação de cunho patrimonial com o delito cuja autoria se busca constatar.

Como o direito penal é regido pelo princípio da tipicidade e os delitos, em sua maioria, causam danos (patrimoniais) a alguém e/ou são praticados com o objetivo de se alcançar lucro, não se mostra adequado que se desça a minúcias a este respeito. Parece ser coerente e aceitável a existência de previsão que autorize, de forma genérica e abrangente, a imposição de providência de cunho cautelar.

Para que não parem dúvidas a respeito de seu verdadeiro campo de atuação, cabível seria a menção ao caráter patrimonial, e mais especificamente ao objetivo de resguardar o direito do lesado, do Estado e o perdimento de bens (providência que se traduz no óbice ao enriquecimento sem causa). O emprego de termos jurídicos mais abertos (ou indeterminados)

⁵⁸² Vide item 3.2.

bastaria para que se alcançasse o objetivo buscado, e com isso seria seguida tendência que já produziu bons frutos no Brasil.

O CC/02 foi o primeiro diploma que adotou abertamente essa sistemática, e isso é sentido, por exemplo, no art. 187, que estabelece que também configura ato ilícito aquele praticado pelo seu titular em excesso manifesto aos limites determinados pelo fim econômico ou social ou que violem a boa-fé ou os bons costumes⁵⁸³.

A lei, quando adota mencionada técnica legislativa, traça apenas as diretrizes, sem se ater a detalhes, o que permite de melhor maneira a adequação do fato à norma. Com isso, afasta-se a necessidade de elaboração de entendimentos que muitas vezes contrariam a literalidade do dispositivo legal, criando situações em que se torna possível que as condições se amoldem ao que dita a lei.

Ao prever que a tutela de urgência (e no que aqui interessa, a cautelar) será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o risco de dano (art. 300, *caput*, do CPC)⁵⁸⁴, o legislador reconhece que referida espécie de provimento jurisdicional é coordenado por dois fatores (*o fumus boni iuris* e *o periculum in mora*) gerais, os quais precisam sempre se fazer presentes.

Deixa-se, diante desta sistemática, de se aludir a requisitos específicos para a concessão desta ou daquela determinada (e típica) medida, reconhecendo-se que é a da análise da situação concreta apresentada em juízo que se saberá se as condições estão presentes e o que precisará ser feito.

Assim, não mais será (apenas) a conversão do produto direito (ex.: a subtração de uma joia) do delito em indireto (ex.: a compra de um imóvel) que autorizará a concessão da cautelar

⁵⁸³ REALE, Miguel (*Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 18) diz que “o Código é rico em ‘cláusulas gerais’, salvaguardando os princípios de verdade real e de boa-fé, com abandono total do formalismo”.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 4, p. 1515) afirmam que “o legislador deixou de falar em ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (art. 273, CPC/1973). Alude agora a perigo de dano e a risco ao resultado útil do processo. São expressões destituídas de exato conteúdo técnico-jurídico. Servem apenas para evidenciar que no curso do processo pode ocorrer gravame que ponha em risco i) a efetividade da tutela do direito (cautelar), ii) a situação objeto da das tutelas declaratórias e (des)constitutiva (cautelar), e iii) o direito que se pretende tutelar ou um direito a ele conexo (antecipada)”.

(que hoje é denominada de sequestro), mas o próprio (e constatável) risco de não se conseguir, no futuro, impedir que quem praticou o crime obtenha lucro indevido.

Igualmente, será a verificação da hipótese colocada em juízo que fará com que seja ou não deferida a constrição de bens para assegurar que, em momento posterior, possa o lesado ser ressarcido do dano sofrido (e que decorre da prática da infração penal), e não a dificuldade em fornecer em juízo os documentos imprescindíveis para o registro da hipoteca legal.

Na situação específica, se ficar evidenciada a probabilidade do direito do postulante e o risco de não se conseguir satisfazer o crédito dele decorrente, será imposta medida que atingirá bens do demandado, os quais serão reservados para que se tornem objeto de futura execução em caso de não pagamento espontâneo.

9.2.1.1. Condições indispensáveis

A previsão de tutela cautelar não tipificada, para que possa adequadamente ser implementada, precisa observar algumas diretrizes. Do contrário, estará aberta a via para imposição de medidas arbitrárias e que atentem contra o direito daquele que é por elas atingido, dado o amplo poder discricionário que teria o juiz⁵⁸⁵.

Cabe, então, esclarecer em um primeiro momento como se pode avaliar o mencionado fenômeno jurídico e, na sequência, apresentar um modelo a ser adotado no âmbito da legislação processual penal.

9.2.1.1.1. *Inércia do juiz*

Considerando-se que a cautelar visa proteger o direito (provável) da parte, e não a autoridade do juiz⁵⁸⁶, atenua-se a possibilidade de que este se valha de poderes (traduzidos em medidas) não previamente delimitados, isto é, de providências atípicas. Não figurando como destinatário (e por conseguinte beneficiário), o julgador tende a não agir de modo pessoalizado.

A existência de procedimentos cautelares específicos para cada espécie de medida e a impossibilidade de incidência de provimento cautelar inominado têm como fundamento

⁵⁸⁵ PISANI, Andrea Proto (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 604), ao tratar do sistema totalmente atípico, anota que “esso presenta però non secondari difetti di carattere pratico (che poi sono gli stessi difetti che emergono dalla prassi applicativa dell’art. 700 c.p.c.); in particolare, come in qualsiasi legislazione per clausole generali, esso esalta l’ampiezza del potere discrezionale del giudice”.

⁵⁸⁶ Vide item 2.1.2.4.

ideológico a necessidade de limitação de poderes do magistrado. Como a medida, segundo a concepção seguida pela corrente tradicional, objetiva resguardar o prestígio do Judiciário, aproximando-se do poder de polícia, é natural, como forma de contenção, a previsão de barreiras bem delineadas. Não se aceitaria, em um sistema democrático, a previsão de poderes ilimitados ao julgador⁵⁸⁷.

Adotando-se, porém, premissa diversa, a conclusão a que se chega distancia-se bastante daquela que foi apresentada. Uma das maneiras de se controlar o poder (e mais propriamente a arbitrariedade) do juiz (e talvez a mais significativa), notadamente no tema em debate, é condicionar a concessão de provimento cautelar a prévio pedido da parte⁵⁸⁸.

O julgador, a partir do momento em que precisa ser provocado para atuar, percebe que o provimento que emite não tem por fim resguardar algum direito ou poder seu. Diversamente, atuará ciente de que o faz para proteger os interesses de quem diz (e demonstra) tê-los sob iminente ameaça.

A inércia do magistrado o distancia do conflito que se comprova haver entre autor e réu, passando então a exercer a sua atividade com imparcialidade e de forma equidistante. Mais do que isso, o julgador se vê como um terceiro que não participa da divergência que analisa e julga, colocando-se em posição neutra perante as partes.

Como desdobramento do que ficou dito, cumpre perceber e esclarecer algumas peculiaridades sobre o tema. A imparcialidade se dá (e é constatada) quando o juiz, como servidor público (ou mesmo como agente político) que é, atua desprovido de interesse particular⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ VERDE, Giovanni (Il processo cautelare (Osservazioni sparse sui Codici di Procedura in Italia e in Brasile). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 37, set. 1988), a respeito do tema, anota que “in questa prospettiva, il potere cautelare più che essere a servizio del cittadino che ne fa richiesta, diventa strumento di protezione del processo e dell’autorità del giudice, il quale ha diritto di reagire ogni volta in cui appare probabile il rischio che l’effettività della sua funzione possa essere vanificata dai comportamenti concreti di una o di alcuna delle parti in lite. È una prospettiva che giustifica non solo il potere generale di cautela, ma che addirittura consente iniziative giudiziarie ufficiose quante volte si presenti il rischio di un ‘disprezzo della Corte’ (per prendere a prestito l’espressione del diritto anglosassone)”.

⁵⁸⁸ O *référé* francês, embora seja exemplo de medida provisória atípica, somente pode ser concedida se houver pedido. Neste sentido, o art. 484 do CPC dispõe “L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires”.

⁵⁸⁹ RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 7-8.

Tal forma de proceder, embora indispensável, não se mostra suficiente. Isso porque, no que aqui interessa, ainda que sem buscar interesse pessoal, mas com o objetivo de resguardar o prestígio do Judiciário como um todo, poderia eventualmente entender cabível (sem provocação) alguma medida cautelar.

É imprescindível, então, que exista outra forma de contenção, e esta é retratada no distanciamento do juiz, que tem de figurar como um terceiro alheio à relação jurídica das partes. Portanto, além de o magistrado estar impedido de atuar em benefício próprio, precisa estar igualmente tolhido de agir em busca daquilo que seria o interesse público⁵⁹⁰.

No mais, e para finalizar o tópico, parece claro que deve ser depositada confiança nos juízes (pois são investidos no cargo em obediência ao regramento constitucional⁵⁹¹), o que redundará em crer que, como regra, agirão de boa-fé e sempre com intuito de realizar aquilo que, diante da análise que se faz, está de acordo com o direito⁵⁹². A fundamentação apresentada na decisão para a tomada de posição servirá para deixar claro o que levou o julgador a tal ou qual entendimento⁵⁹³.

9.2.1.1.2. *Estrutura procedimental*

Outro fator que corrobora para que não haja indevido uso de medida cautelar consiste na presença de procedimento bem delineado, com previsão de contraditório⁵⁹⁴, em que as partes

⁵⁹⁰ RICCI, Gian Franco (*Principi di diritto processuale generale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 8) diz que “mentre imparzialità significa agire, non nell’interesse privato, mas nell’interesse pubblico dello Stato, la terzietà è qualcosa di più, perché è agire *al di sopra* di ogni interesse, sia privato che pubblico (del singolo o dello Stato), dedotto in giudizio”.

⁵⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35) pondera que, “num Estado de direito, tal investidura não pode ser feita de qualquer forma, pois, tratando-se de uma das manifestações da soberania estatal, somente a Constituição pode instituir juízes e tribunais, atribuindo-lhes o poder de julgar”.

⁵⁹² CHAINAIS, Cécile (*La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris : Dalloz, 2007, p. 39) anota que “*le discernement et la probité du juge feront le reste*” e acrescenta que “la façon dont la juridiction du provisoire fait son entrée dans le Code de procédure civile est indissociable d’une confiance très forte dans le juge qui sera chargé d’en remplir l’office”.

⁵⁹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 219) pontua que “com relação ao direito que fundamenta a cautela, trata-se de apresentar argumentos que mostrem a sua *probabilidade*, ao passo que em relação ao *periculum in mora* deve ser convenientemente demonstrada a sua efetiva ocorrência”.

⁵⁹⁴ Na França, embora o *référé* seja medida atípica, no processo em que se pede a sua aplicação há contraditório. O procedimento, portanto, está bem delimitado e garante-se o direito de defesa. CADIET, Loïc ; JEULAND, Emmanuel (*Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006, p. 413) observam que “la procédure de référé est une procédure contradictoire, ce que la distingue de la procédure sur requête”.

consigam saber de antemão quais atos serão suscetíveis de aplicação e em que momento isso poderá ocorrer⁵⁹⁵.

O procedimento, apesar disso, não pode ser complexo e minucioso, pois do contrário está aberta a possibilidade de se colocar a matéria secundária (que é a questão incidental) em grau de atenção mais elevado que aquela que diz respeito à discussão principal.

A alteração ocorrida nos textos do CPC/73 e do atual diploma serve de base para esta tomada de posição. Na sistemática anteriormente vigente, optou-se por estabelecer procedimento detalhado e com diversas etapas, o que redundava, se fossem seguidos todos os passos, em demora na solução da matéria e realização de atos desnecessários, além da tramitação paralela de processos.

Com efeito, proposta demanda em que se pleiteasse a concessão de cautelar, nos termos do art. 803, p.u., do CPC/73, realizada a citação, caso o requerido apresentasse contestação, o juiz designava audiência de instrução e julgamento. Pela letra da lei, a realização da solenidade era a medida que teria de ser adotada todas as vezes em que houvesse resistência ao pedido, e pela própria designação dada ao ato, era ali proferida a sentença.

A prática, porém, ditou outra sistemática. Raros eram os casos em que se seguia, no processo cautelar, todos os passos previstos em lei. O autor deduzia o pedido de concessão de cautelar (o que se fazia requerendo fosse deferida liminar) e para tanto instruía a petição inicial com as provas que tinha para demonstrar a probabilidade do direito e o perigo da demora.

O juiz, com base nisso, deferia ou indeferida a medida. Na sequência, a parte contrária, ao ser cientificada da decisão, ao invés de apresentar contestação no próprio processo cautelar, muitas vezes optava por se opor à manutenção da medida postulando a sua revogação na defesa que oferecia no processo em que se analisava a questão principal.

Ao analisar os processos na fase do saneador (o que ocorria na demanda principal), o juiz mantinha ou revogava a cautelar e mais uma vez, portanto, sobre ela se manifestava. Ao

⁵⁹⁵ PERROT, Roger. Les mesures provisoires en droit français. In: TRAZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 150.

final, quando da prolação da sentença, julgava os dois pedidos (o principal e o cautelar)⁵⁹⁶ conjuntamente.

O legislador de 2015, ao perceber que era essa a sistemática, criou regramento diverso. Prevê que, caso seja pleiteada a concessão de cautelar em caráter antecedente, o réu é citado para contestar no prazo de cinco dias (art. 306) e, em havendo mencionada resistência, segue-se o procedimento comum (art. 307, p.u.). O autor, nos mesmos autos, tem o ônus de deduzir o pedido principal, o que precisa fazer no prazo de trinta dias a contar da efetivação da medida (art. 308, *caput*).

Há um único processo e uma única sentença, o que não retira da cautelar a sua autonomia. Pelo modelo atual, continua a ser perceptível o mérito de tal demanda, e ele é julgado quando o juiz procede à análise da presença das condições que são próprias desta demanda (a saber, a probabilidade do direito e o perigo da demora). O réu, insista-se, é citado justamente para poder enfrentar tais questões⁵⁹⁷.

Em razão da necessidade de coordenação dos modelos (do processo civil e do processo penal), caberia, pois, ao futuro CPP trazer regramento semelhante ao mencionado. Teria de haver, tal como ocorre atualmente no CPC, previsão que autorizasse a postulação de cautelar antes da propositura da ação principal.

Isso, entretanto, não quer significar que cabe à lei estabelecer o marco inicial a partir do qual a medida pode ser pedida. Não compete ao legislador, dada a impossibilidade de antever todos os casos possíveis de acontecer, estipular o momento em que o perigo surge. O que precisa existir é a previsão que autoriza medida com caráter antecedente.

Tanto no regime atual quanto no PL 8045/10 não se encontra regra com tal teor. Igualmente, não há uma regra geral que disponha sobre a citação daquele em face de quem se

⁵⁹⁶ Nos casos em que era cabível o chamado julgamento antecipado, a análise das matérias se dava diretamente quando da prolação da sentença.

⁵⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 4, p. 206) dizem que “tanto existe um mérito cautelar que o réu é chamado a contestar o pedido cautelar e a indicar as provas que pretende produzir (art. 306, CPC). Mais do que isso: afirma-se que os fatos que amparam o pedido de tutela cautelar devem ser admitidos como ocorridos em caso de não apresentação de contestação (art. 307, CPC). É óbvio que estes fatos dizem respeito tanto ao perigo quanto ao direito que se busca assegurar, o que evidencia de modo incontestável a existência de um litígio cautelar a ser resolvido”.

pede a medida. Trata-se, porém, de regra imprescindível, pois marca o direito de defesa (e a ela se deve somar aquela que fixa prazo para apresentação de defesa)⁵⁹⁸.

O procedimento, independentemente do conteúdo da medida, tem de ser único. A criação de procedimentos próprios para cada espécie de provimento, além de desnecessário, gera dificuldades práticas. Mostra-se prescindível prever regramentos diversos quando o que se pretende é, por exemplo, algo como o sequestro ou o arresto.

À semelhança do que ocorre em relação ao CPC, não precisa haver menção à legitimidade. É da análise da situação concreta, e tomando-se como base o direito material que se saberá a quem compete a postulação e em face de quem o pedido será deduzido. Parece, porém, razoável, tendo-se em mira modelo já consolidado no Brasil, estipular limites a respeito deste tema. Mais especificamente, prever que o responsável civil somente pode ser acionado no juízo cível.

9.2.1.1.3. Mitigação da atipicidade

A exemplificação de medidas consagradas e que têm cunho patrimonial servem para reforçar a ideia de impossibilidade de imposição de provimento que se mostram absolutamente inovadores e com efeitos drásticos para aqueles que figuram como partes.

A alusão em rol não taxativo a medidas típicas, embora não engesse o sistema de cautelares, funciona como norte tanto para quem pede a sua concessão quanto para quem dela é alvo, servindo ainda de guia para a decisão judicial⁵⁹⁹.

Tal desenho legal foi seguido pelo CPC/15⁶⁰⁰, que no art. 301 faz, em primeiro lugar, menção às figuras mais consagradas (quais sejam, o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens e o registro de protesto contra a alienação), para somente após abrir espaço para a possibilidade de imposição de qualquer outra medida apta a assegurar o direito colocado em risco.

⁵⁹⁸ O lapso temporal, aliás, teria de ser cinco dias, tal como estabelece o art. 306 do CPC.

⁵⁹⁹ PERROT, Roger (Les mesures provisoires en droit français. In: TRAZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile*: atti del colloquio internazionale. Milano: Giuffrè, 1985, p. 154-155) diz que “les mesures provisoires d’attente se développent sous le signe de la *diversité* et l’on s’épuiserait en vain à vouloir en dresser une liste exhaustive. Le loi ne les énumère pas. Sens doute trouve-t-on dans les textes des références à telle ou telle mesure provisoire”.

⁶⁰⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 600 - 706. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8, p. 306), ao aludir ao art. 676 do CPC de 1939, disse que “a enumeração do Código é exemplificativa; e não exhaustiva”.

Com esse modo de proceder, evita-se, na medida do necessário, decisões com conteúdo surpreendente. O método empregado faz com que o sistema brasileiro, de algum modo, se aproxime do italiano, já que este prevê, além das figuras dos sequestros (arts. 670 e 671 do CPC) e da denúncia de obra nova, a regra geral sobre provimentos de urgência (art. 700 do CPC).

Mesmo na França, onde se segue orientação diversa, sendo o *référé* inclusive apresentado como exemplo de modelo da atipicidade⁶⁰¹, adota-se técnica que não discrepa de forma significativa daquela do CPC/15. O texto legal (art. 385 do CPC) autoriza a imposição de medidas de conservação, sem especificá-las, quando fica evidenciada a sua imprescindibilidade para evitar dano iminente ou para fazer cessar problema manifestamente ilícito⁶⁰².

Ademais, se é o direito material que coordena a atuação da cautelar, não há como licitamente (tampouco por critério lógico) se pretender algo que dele destoe. Em outros termos, a norma de direito substancial serve como espécie de barreira e evita, como consequência, seja fixada providência que não o ampare⁶⁰³.

O CPP, no que toca às cautelares pessoais, estabelece, por exemplo, que a prisão preventiva será admitida nos crimes cuja pena máxima é superior a quatro anos (art. 313, I) e o imputado não ostente condenação anterior (art. 313, II). As previsões, embora sirvam (e por isso são importantes) para reforçar a ideia de que a acusação formulada em face de indivíduo primário (e de bons antecedentes) em razão da suposta prática de crimes não tão graves não dá ensejo à segregação da liberdade, não precisavam existir (e nada mudaria se não existissem). É o direito material que estipula o limite mencionado.

⁶⁰¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 604.

⁶⁰² O art. 835 do CPC francês estabelece que “Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite”.

⁶⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 153) diz que “sendo, pois, a pretensão de direito material à segurança elemento inerente ao fenômeno jurídico e, portanto, existente em maior ou menor grau em qualquer sistema, devemos, contudo, advertir em que ela não deve ser buscada no Direito Processual, como não o devem ser as demais pretensões de direito material. Não há de ser em código de processo que se hão de buscar as ações do comprador, ou do proprietário, ou do mandatário, ou quaisquer outras ações de direito material”.

Se em situações tais, como regra, a pena eventualmente imposta é cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, *c*, do CP), podendo até mesmo ocorrer a substituição por sanções restritivas de direitos (art. 44 do CP), nota-se que é a norma de direito substancial que cria a barreira.

No que toca às medidas assecuratórias, algo idêntico é notado. Por tal razão, além de não ser necessário, mostra-se pouco recomendável o detalhamento das condições autorizadoras. Basta a previsão contendo aquelas que são naturais da referida espécie de provimento (*fumus boni iuris e periculum in mora*), acrescida, como forma de auxílio aos operadores do direito, a exemplificação das figuras mais conhecidas.

9.3. PROPORCIONALIDADE E REFERIBILIDADE

Na doutrina⁶⁰⁴, não é incomum o registro de menções ao princípio da proporcionalidade⁶⁰⁵ e ao requisito da referibilidade. Há pontos de encontro entre ambos, assim como pontos de distanciamento. Por isso, são necessários alguns esclarecimentos.

Em poucas palavras, a proporcionalidade, aplicada especificamente ao tema que é o foco desse estudo, representa a impossibilidade de incidência de medida cautelar que seja mais severa que a providência que eventualmente ao final será imposta com caráter principal⁶⁰⁶. Reiterando-se o que ficou consignado no tópico anterior, cite-se como o exemplo mais significativo, e que guarda relação com o processo penal, a inviabilidade de imposição de prisão preventiva em face de quem, se for condenado criminalmente, não será recolhido ao cárcere.

⁶⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1136.

⁶⁰⁵ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. São Paulo, 2007. Tese de doutorado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, p. 73-74) defende que “além de típicas, como já vimos, é preciso que a medida cautelar patrimonial seja também proporcional, em razão das graves consequências advindas de sua tomada”. Acrescenta, após mencionar dispositivos nas legislações portuguesa e italiana a respeito deste ponto, que “a proporcionalidade não é regra explícita no ordenamento constitucional brasileiro, mas um princípio geral de direito, que norteia a hermenêutica da Constituição e a permeia, pois, todo o sistema”.

⁶⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26), ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, anota que “a doutrina constitucional tem procurado identificar o seu significado e conteúdo, apontando como seus *elementos* ou *subprincípios*: (a) a adequação – ou idoneidade; (b) a necessidade; (c) a proporcionalidade em sentido estrito”.

Por outro lado, a referibilidade exige que o fundamento para a imposição da cautelar seja vinculado à hipótese principal e baseado no direito substancial⁶⁰⁷. Ou seja, a medida precisa estar lastreada em fato concreto, objeto do processo, e que é amparado pelo direito e precisa ser protegido com urgência, pois colocado em risco em decorrência da conduta do demandado⁶⁰⁸.

Somente se pode falar em proporcionalidade e referibilidade em decorrência das previsões de direito material⁶⁰⁹. Quer de forma abstrata, quer na situação específica submetida à apreciação, o juiz terá de levar em conta para tomar a sua decisão aquilo que é ditado pela regra de direito substancial, tomando-a como parâmetro.

Se está previsto que o indivíduo deve perder todo o lucro obtido com o crime, o legislador, na regra de direito processual, e mais especificamente no âmbito cautelar, pois aqui é isso o que interessa, não tem como estabelecer a possibilidade de constrição de bens que superam o mencionado limite. Por outro lado, não pode limitar a medida a até determinado percentual daquilo que representa o enriquecimento ilícito ou estabelecer, criando de forma inovadora, qualquer outro critério não constante no direito substancial.

Da mesma forma, se o causador é obrigado a reparar o dano, e a indenização é calculada pela sua extensão, não teria cabimento eventual previsão que estipulasse a possibilidade de constrição, a título de medida cautelar, de bens que representassem economicamente algo além da dívida que nasce por força do ilícito. Semelhantemente, seria injustificada a regra que ditasse limite inferior ao prejuízo ou que estabelecesse que primeiro devem ser buscados bens de determinada espécie.

Em termos práticos, e levando-se em conta a existência de forma hipotética de um modelo processual ideal, não haveria como o julgador deferir medida que desrespeitasse o

⁶⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 62) diz que “a medida cautelar, se prestarmos atenção ao verbo assegurar, veremos que a referibilidade a uma situação a que se dá proteção, é inafastável”.

⁶⁰⁸ O exemplo citado é dado por BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1136), que afirma que “por referibilidade deve-se entender a característica da tutela cautelar consistente em *vinculá-la e conectá-la a uma determinada situação concreta de direito material*, em relação à qual o provimento cautelar terá finalidade de assegurar”. Como exemplo, apresenta a seguinte hipótese: “se um acusado responde a processo por roubo, e está ameaçando uma testemunha de outro processo a que também responde, pelo crime de calúnia, não se poderá decretada a prisão ou qualquer outra medida cautelar pessoal no primeiro processo, por conveniência da instrução criminal, visto que a ameaça foi realizada em relação à instrução de outro processo”.

⁶⁰⁹ WATANABE, Kazuo (*Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 104) pontua que “a referibilidade [...] é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota”.

limite citado, como também não seria lícita a decisão que indeferisse pedido de imposição de medida assecuratória que visasse exatamente resguardar o valor que futuramente fosse devido em razão do dano cuja expressão é apurada no processo.

Em todas as hipóteses mencionadas, seria constatado o desrespeito à proporcionalidade e à referibilidade. E isso evidencia que não é necessária a existência de previsões, de direito processual, que prevejam de forma detalhada os contornos das providências suscetíveis de imposição como forma de assecuração do direito ameaçado. O direito material, vale o reforço, impõe os limites. Por força da incidência do princípio mencionado, será possível dizer qual a extensão que terá a medida. Pela referibilidade, saber-se-á se ela guarda relação com o direito a ser protegido e com o objeto do processo.

Isso fica ainda mais claro quando se está a tratar de direitos de cunho patrimonial. A proporcionalidade, nestes casos, é calculada de forma matemática, ainda que não se possa, de antemão, no limiar do processo (ou do procedimento investigativo), saber exatamente o montante que será devido ao final a título de indenização, ou qual foi o lucro auferido com o ilícito. Em qualquer situação, será levado em consideração aquilo que até o momento é possível ser constatado.

A previsão de cautelar patrimonial inominada, além de não trazer risco e prejuízo a quem dela é alvo (e por ela é atingido), permite melhor manejo e adaptação à situação específica colocada em julgamento, pois dá margem a que se apreciem as peculiaridades do caso concreto. Se a medida postulada encontrar suporte no direito material e estiver focada na situação concreta apresentada, se constatará a referibilidade. No mais, estando de acordo com os limites previstos em lei substancial e se adequar àquilo que já foi constatado no processo, será proporcional.

O que precisa ser sobremaneira analisado, tratando-se de provimento de natureza cautelar, é o preenchimento do pressuposto e do requisito que são inerentes a tal espécie de tutela jurisdicional. Se o alegado direito é provável e há risco iminente, faz-se imprescindível a sua assecuração, o que se dá com a imposição de providência temporária, reversível e que não prejudique o julgamento final. No mais, será considerado o ato praticado (ou na iminência de ser praticado) pelo demandado, para se saber qual é a solução mais adequada (e em que medida).

O CPC/15, como visto, não seguiu o modelo da tipicidade. Nem por isso deixou-se de falar referibilidade, tampouco foi abolida a proporcionalidade. Não é, portanto, a previsão de direito processual e, como decorrência, a existência de medidas cautelares nominadas, que figuram como fonte dos mencionados preceitos.

9.4. PROPOSTA DE MUDANÇA

O direito processual serve para que se torne efetivo aquilo que está previsto pelo direito material. Como decorrência, dele não pode discrepar. A máxima efetividade e o ideal de justiça somente poderão ser alcançados se houver no ordenamento regras idôneas e aptas para que se consiga fazer valer na prática a promessa feita pelo legislador naquele outro ramo.

O processo é o meio adequado, colocado à disposição de quem integra determinada relação jurídica, para que se busque constatar a qual deles cabe a razão (e em que proporção). Para que isso se torne possível, é imprescindível o diálogo, o que no âmbito processual é traduzido em direito de defesa e contraditório.

Não é preciso ter experiência no campo do direito para saber que até o encerramento do processo, considerável tempo é consumido. Somente na esfera da imaginação se poderia cogitar a emissão de sentença instantânea que regulamentasse de maneira correta e adequada a situação vivenciada pelas partes⁶¹⁰. E mesmo nessa situação, somente se poderia falar em decisão justa se ela estivesse em consonância com a previsão encontrada no direito substancial.

Mas como se sabe, ainda que se busque solução célere, o trâmite do processo judicial consome tempo. Logo, é imprescindível a existência de mecanismos que garantam que o direito colocado em risco seja protegido. Tal objetivo é alcançado (ou ao menos é o que se pretende) com o emprego das cautelares.

Demonstrando-se a probabilidade daquilo que se alega existir e constatado o perigo iminente de dano, adota-se a providência adequada (temporária e reversível)⁶¹¹ para que se

⁶¹⁰ CALAMANDREI, Piero (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 20) pontua que “in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse sempre essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l’avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari”.

⁶¹¹ PERROT, Roger. Les mesures provisoires en droit français. In: TRAZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 155.

consiga, no futuro, entregar a quem tem razão exatamente aquilo que lhe é prometido (e, portanto, conferido) pelo legislador.

O que precisa ser assegurado é justamente o que a lei confere ao indivíduo. A atuação judicial, no âmbito cautelar, se faz com o propósito de conferir segurança. A decisão, em outros termos, não terá por fim a defesa e a proteção do próprio juiz ou do Poder Judiciário; visará conferir proteção ao direito (da parte) que se mostra provável. E para que se consiga efetivar ao final do processo aquilo que é buscado, não se pode, e já aqui por critério lógico, conceder em momento anterior medidas que divirjam ou destoem⁶¹².

Exemplificativamente, não cabe à lei (tampouco ao julgador) estabelecer que somente a constrição cautelar desse ou daquele bem específico é lícita. Se de forma derradeira (e principal) o que se busca impedir é o enriquecimento sem causa, a providência acautelatória não tem de distinguir as espécies de bens. O que precisa é reservá-los em número suficiente, para que seja possível, no futuro, a satisfação do crédito.

Somente se a parte autora demonstra interesse em bem específico, caberá a tarefa de encontrá-lo. Isso porque a pessoa que experimentou o prejuízo tem direito a receber a coisa que indevidamente lhe foi retirada (art. 1.210, *caput*, a art. 1.228, *caput*, ambos do CC). Na impossibilidade (ou não havendo intenção em reaver a coisa específica), será exigível a entrega do equivalente em pecúnia (art. 884, p.u., do CC).

Faz parte de uma ideia geral de justiça não aceitar que alguém enriqueça de forma ilícita. É por isso que todo o ganho econômico indevido tem de ser restituído àquele que experimentou prejuízo (art. 884, *caput*, do CC e art. 91, II, parte final, do CP), e na hipótese em que não se consegue identificar o lesado, ou se a vantagem é maior que o dano, efetiva-se o perdimento (art. 91, II, primeira parte, do CP).

Quando se busca, com o uso de medida cautelar, assegurar esses resultados, não cabe exigir a presença de requisitos não previstos na lei material. Se, após todo o trâmite da ação principal, onde se opera cognição plena e facultada-se a produção de inúmeras provas, não se cobra (sem nenhuma alternativa) o encontro do bem almejado e que representa o

⁶¹² CHIOVENDA, Giuseppe (*Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1923, p. 81) anota que “il fatto che il diritto sostanziale riconosca un’obbligazione richiede *soltanto* che la legge processuale dia modo di conseguire il bene corrispondente prescindendo dalla volontà dell’obbligato, in quanto ciò sia possibile”.

enriquecimento ilícito, não tem cabimento, em demanda baseada na urgência, cobrar a individualização e a comprovação daquilo que retrata especificamente o provento da infração.

Igualmente, se em razão de conduta voluntária levada a efeito causa-se dano e viola-se direito (art. 186 do CC), nascendo daí o dever de reparação (art. 927 do CC), a cautelar que objetiva resguardar o recebimento da indenização não pode cobrar algo além do que o simples encontro de bens suscetíveis de venda e que alcancem o valor devido a título de reparação, a qual é calculada pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do CC).

Não se pode pretender, por fim, que o lesado prefira ter seu direito resguardado com hipoteca legal. A garantia em comento é uma faculdade em prol do credor: não é obrigação, tampouco ônus. Se fica demonstrado que o devedor está a agir com intuito de frustrar o pagamento da dívida, surge o direito de se verem constritos cautelarmente tantos bens quantos bastem para assegurar futuramente o pagamento da dívida.

Para as finalidades mencionadas (e para outras), não precisa (e parece mesmo pouco recomendável) haver previsões legais detalhadas. A legislação processual penal brasileira, a exemplo do que ocorre atualmente no campo do processo civil, tem de ser modificada e nela inserida regra estabelecendo que a cautelar será deferida se houver demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano e que a medida poderá ser arresto, sequestro ou qualquer outra apta a garantir a segurança⁶¹³.

⁶¹³ TARUFFO, Michele (Il procedimento cautelare in generale. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. 2, p. 14), diz que “non è possibile parlare di una protezione giudiziaria <adeguata> ed <effettiva>, secondo i canoni fondamentali della giustizia costituzionale e internazionale, laddove non esistano *mezzi flessibili di tutela*, capaci di adattarsi alle variabili esigenze di giustizia nel caso concreto”.

CONCLUSÃO

Das variadas espécies de tutela sumária, optou-se por discorrer sobre uma em específico: a cautelar. Mais do que isso, dentro da divisão criada pela doutrina tradicional quanto à mencionada espécie de provimento, a atenção se voltou às medidas de cunho assecuratório. Ostentam tal natureza o sequestro e o arresto, e ambos estão disciplinados no CPP. Daí, então, a justificativa da escolha.

No início do trabalho, como forma de apresentação do tema, foram analisadas as características que a mencionada corrente de pensamento enumera e que diz ser comum a todas as espécies de provimento cautelar. Por conta disso, apesar de o foco principal ser as assecuratórias, foi necessário não deixar de lado nenhuma das outras medidas indicadas como possuidoras de natureza cautelar, a saber, as que promovem a produção antecipada de provas, as antecipatórias do provimento principal e as que figuram como cauções.

Tomando-se por base os elementos que são indicados como comuns a todos os provimentos citados, analisou-se cada um destes. Ficou constatado que há certo descompasso entre a classificação e as características, e concluiu-se que somente as assecuratórias são verdadeiramente medidas de natureza cautelar. Outrossim, observou-se que as cauções são igualmente provimentos assecuratórios, e não espécie diversa.

Dando seguimento ao assunto, foram tecidas considerações críticas à teoria criada por Calamandrei, a qual é seguida por vários outros doutrinadores, muitos deles brasileiros. Defendeu-se o chamado direito substancial de cautela, e para demonstrar a procedência de tal asserção se fez necessária mais uma vez a análise dos fundamentos dados por aqueles que seguem o pensamento dominante.

Pontuou-se que inexistente ligação (e vinculação) do direito material de cautela com a teoria que se adota a respeito da ação. Ficou evidenciado que há autores que enxergam a ação como direito concreto, como também existem estudiosos que a veem como direito abstrato, e ambos comungam do mesmo entendimento: negam a existência de previsões de cunho assecuratório em regras de direito substancial.

Em tópico específico, consignou-se a diferença que há entre o objeto da ação chamada principal e aquele que está presente na cautelar. Mais especificamente, asseverou-se que o

mérito de cada qual das demandas é único e o da última mencionada consiste na necessidade de se conceder o provimento de segurança.

Contrariando a orientação ainda hoje prevalecente, discordou-se da ideia de que a aplicação de medida cautelar retrata o exercício do poder de polícia. Pontuou-se que o juiz, ao deferir o provimento, não o faz com o propósito de garantir a autoridade do Estado e a dignidade da Corte. Diversamente, sustentou-se que o objetivo é assegurar o direito da parte postulante e que isso se justifica em razão de não se poder afastar da apreciação do Judiciário qualquer ameaça a direito.

Enfim, sobre esse ponto, concluiu-se que as garantias previstas na Constituição amparam a teoria que defende a existência do chamado direito substancial de segurança e observou-se que nos Código de Processo (civil e penal) são encontradas previsões que, na verdade, têm natureza de direito substancial. São normas que, no dizer de Pontes de Miranda, foram heterotopicamente inseridas nos citados diplomas.

Na sequência, discutiu-se a existência (ou melhor, a relevância) do debate sobre a lide. Ponderou-se que a teoria de Carnelutti não há como ser integralmente aceita, ao menos no que toca ao processo criminal. Ficou demonstrado que, diferentemente do que defendeu mencionado autor, não há (ou não interessa) em referida espécie de processo o conflito entre lesado e acusado, pois além de nem sempre o delito ocasionar dano patrimonial (fenômeno que não se confunde com a lesão a interesse juridicamente protegido), quando este se verifica, ele guarda relação com outro ramo do direito.

Mais do que isso, ficou assentado que é indiferente a existência de conflito (e discordância) entre aqueles que integram os polos da relação jurídica – acusador e réu. No processo penal, compete ao julgador analisar a situação que lhe é apresentada e verificar, ainda que exista consenso entre as partes, se a proposta formulada por um e aceita pelo outro tem como ser acolhida e, então, homologada para que possa surtir efeitos.

Diante da adoção da concepção citada, foi possível constatar que as cautelares reais não se subordinam (ou ao menos não deveriam se subordinar), como regra, ao que for decidido no processo criminal. A exceção diz respeito aos casos em que as decisões têm caráter vinculativo (ex.: quando fica provado que o fato não existiu). Assim, não havendo identidade de lide, pois no processo criminal ela não se faz presente, na demanda onde se busca a imposição de medida

assecuratória nota-se, como consequência, a presença de mérito próprio, o qual guarda relação de proximidade com aquele constante da demanda de natureza extrapenal.

Quando a atenção se voltou às medidas previstas no CPP, descobriu-se que ao sequestro se aplica o chamado efeito expansivo. Assim, embora a sua função precípua seja a constrição de bens para assegurar o futuro perdimento, pode a medida beneficiar o lesado, pois a coisa atingida em decorrência da incidência do provimento judicial tem como ser utilizada para satisfazer o crédito daquele que sofreu dano em virtude do cometimento do ilícito, e pode ainda servir para assegurar o pagamento da pena pecuniária, custas e demais despesas processuais.

Discorreu-se sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Entendeu-se que, enquanto o primeiro figura como pressuposto de qualquer medida cautelar, o outro é colocado como requisito exigido para que seja possível o deferimento. Diante da teoria adotada, foi possível sustentar que a lei pode presumir a presença do risco de dano, como igualmente pode tê-lo como dispensável. É o que faz a legislação processual civil francesa, que não exige para o deferimento do *référé* a presença do perigo.

Em razão de o CPP prever medidas típicas e para cada qual delas traçar regramento próprio, se fez necessária a abordagem isolada de cada uma das espécies. Pontuou-se no que consistem as condições exigidas para deferimento do sequestro e do arresto, e asseverou-se que a especialização e o registro de hipoteca não têm natureza cautelar.

Adotada a concepção de que os provimentos assecuratórios são manejados por intermédio de ação, analisou-se a questão referente às suas condições. Em tal tópico, sustentou-se que não se há de confundir as condições naturais exigíveis para imposição de provimento cautelar com as condições da ação. Estas, independentemente da espécie de provimento, são invariáveis e consistem na legitimidade *ad causam* e no interesse de agir.

Seguindo a análise dos dispositivos constantes do CPP, discorreu-se sobre a legitimidade ativa para imposição do sequestro. Defendeu-se a ideia de que a autoridade policial não pode representar pela imposição da medida, a qual, igualmente, não tem como ser deferida de ofício pelo juiz. Ou seja, considerou-se que o julgador tem de ser provocado e que isso pode ser feito pelo Ministério Público, pelo ofendido e pelo lesado.

Restou consignado que o pedido de registro de hipoteca e o de arresto têm de ser deduzidos pelo lesado (ou seus herdeiros), não competindo ao órgão acusador a iniciativa

quando há interesse fazendário em jogo, bem como na hipótese em que se constata a hipossuficiência econômica daquele que experimentou o dano decorrente do crime.

No que toca à legitimidade passiva, defendeu-se a ideia de que as medidas assecuratórias podem ser impostas em face daqueles que infringiram a lei penal. Observou-se, ademais, que o sequestro tem como atingir os bens que foram transferidos para terceiros e que não precisa haver indiciamento ou qualquer outra providência para que seja imposta a medida contra quem pesam elementos que apontam a autoria da prática de ilícito e a conseqüente obtenção de lucro.

Quanto ao arresto e ao registro de hipoteca, somente podem integrar o polo passivo aqueles que infringiram a lei (o que exclui a figura do responsável civil), sendo irrelevante para tais fins a divisão operada pelo CP a respeito da autoria e participação. Tanto quem pratica as elementares do tipo quanto quem concorre para isso figuram como obrigados solidários.

Realizado o estudo teórico da matéria, a atenção se voltou ao aspecto prático. Foram tecidas considerações a respeito daquilo que deve conter na petição em que se postula a concessão de qualquer das medidas assecuratórias. No tocante ao sequestro, observou-se que cabe ao demandante tanto indicar os bens que, em razão dos elementos colhidos, representam o lucro ilícito, quanto esclarecer quem figura como titular do domínio e se é a mesma pessoa ou terceiro quem exerce a posse.

Ainda sobre a medida mencionada, ficou consignado que o perigo da demora resta evidenciado quando se demonstra que o indivíduo apontado como autor da infração converteu o produto direto em indireto. Ainda, anotou-se que, apesar do silêncio da lei, é necessária a citação de quem figura no polo passivo, pois assim se permite o exercício do direito de defesa.

Em razão da alteração sofrida pelo CPP em 2012, discorreu-se sobre a possibilidade de venda antecipada de bens sequestrados. A lei autoriza a prática do ato em duas situações: quando há depreciação do valor ou elevado custo de manutenção. Defendeu-se a ideia de que cabe ao juiz agir com redobrada prudência para não ocasionar prejuízos e dissabores desnecessários, sobretudo porque a lei permite que, em segundo leilão, a arrematação ocorra por valor até 80% menor que o da avaliação.

No tocante ao levantamento do sequestro, sustentou-se que não existe ligação absoluta entre condenação e perdimento de um lado, e absolvição e levantamento do outro. É possível que o indivíduo seja reconhecido culpado e tenha restituído aquilo que foi sequestrado.

Igualmente viável de ocorrer é a hipótese em que, proferida decisão absolutória, se opere (ainda que eventualmente em outra via) o perdimento.

Todas as hipóteses previstas sobre o levantamento foram analisadas, e ponderou-se que o postulante da medida não pode ser prejudicado se a responsabilidade pela demora na conclusão das investigações e propositura da ação penal não pode lhe ser imputada. Outrossim, defendeu-se que somente a decisão definitiva de caráter vinculativo redundará na extinção do sequestro.

No que toca à hipoteca, frisou-se que cabe ao interessado no registro da garantia a busca das provas que demonstram a titularidade do bem. Ainda, que lhe compete estimar o preço de mercado do imóvel e indicar o valor devido a título de perdas e danos. Em ambas as hipóteses, o demandante tem de se basear em provas. O demandado, ao ser citado, pode se defender insurgindo-se não apenas quanto à avaliação dos bens, como também lhe é lícito atacar o valor montante a título de indenização.

Ainda em relação à garantia real, abordou-se a questão do levantamento. Em particular, isto é, diferentemente do que ocorre em relação ao sequestro, sustentou-se que, nos casos em que se reconhece a atipicidade e quando se faz presente causa de exclusão de crime, o registro perde efeito. Diversa é a solução a ser dada quando se está diante de hipótese de exclusão de pena e quando se declara extinta a punibilidade.

Em relação ao arresto, ponderou-se que compete ao lesado mencionar na petição inicial os bens que pretende ver constritos, indicando-lhes o valor, o qual tem de ser próximo do montante que é estimado e pretendido a título de perdas e danos. Na mesma peça, caberá ao demandante demonstrar a presença das condições naturais da medida cautelar. Mais especificamente, em relação ao perigo da demora, terá de apresentar elementos que evidenciem que a providência é necessária para que não reste frustrado o registro da hipoteca.

Quanto ao arresto subsidiário, defendeu-se que o interessado em seu deferimento pode desde logo demonstrar a insuficiência de imóveis e, em razão da dificuldade em se provar fato negativo, cabe, desde que evidenciada a plausibilidade, aceitar a eventual afirmação de inexistência, no patrimônio do réu, de bens de raiz.

Dedicou-se um capítulo para discorrer sobre os meios de defesa. Quanto ao sequestro, em primeiro lugar, tratou-se dos embargos que podem ser oferecidos pelo imputado. Foi

destacado que se está diante de ação, e não de contestação, e que o procedimento a ser seguido é o comum, previsto no CPC. Além disso, defendeu-se a possibilidade de o embargante alegar todas as matérias que entender pertinente, e não apenas a possibilidade de sustentar que o bem não foi adquirido com os proventos do ilícito.

Quanto ao terceiro, sustentou-se que os embargos seguem o procedimento específico previsto no CPC, independentemente da alegação a ser formulada: de adquirente de boa-fé ou de não relação com os fatos. Nesta última qualidade, ou seja, sob tal fundamento, pode o cônjuge do imputado defender, por exemplo, o seu direito sobre o bem sequestrado. Quanto à outra situação, pontuou-se que o direito do terceiro prevalece ao do lesado, pois a coisa é resguardada a permanência com a coisa mesmo sendo constatado que o bem, antes de ser alienado, foi obtido pelo imputado com lucro ilícito.

A partir do penúltimo capítulo, a atenção se voltou àquilo que é a proposta inovadora deste trabalho. Inicialmente, e para apresentação do tema, discorreu-se sobre a reforma do CP ocorrida em 2012, que introduziu a cautelar inominada, medida que permite a constrição de bens não especificados com a finalidade de assegurar o perdimento e impedir que o infrator obtenha lucro com sua conduta.

Pontuou-se que há certa tendência (no Brasil e no exterior) em se adotar essa sistemática, ou seja, de ausência de individualização das medidas cautelares, pois assim se permite que de melhor maneira seja alcançado aquilo que é previsto na lei de direito material. Tal movimento é sentido em nosso país nos últimos anos com a promulgação do CPC/15 e com as modificações na legislação penal, a exemplo da já citada reforma do CP e da alteração da lei sobre crimes de lavagem e ocultação de bens.

Ficou demonstrado que o regramento atual, constante do CPP, faz com que o direito processual se sobreponha ao direito material, impedindo, por conseguinte, que este seja aplicado tal como deveria ser. A exigência de cumprimento de requisitos previstos no aludido diploma (e que não encontram paralelo na outra norma) redundou na criação de obstáculos para a incidência da regra de natureza diversa, invertendo-se a lógica do sistema. O instrumento de aplicação da norma substantiva se sobrepõe, inviabilizando-a.

Analysaram-se as previsões constantes do Projeto de CPP em trâmite no Congresso Nacional. Todas as medidas ali disciplinadas foram abordadas, e ao final foi possível notar que

o modelo que se está tentando implementar é ainda pior que o atual. Ignora-se a mudança que ocorreu na sociedade, principalmente as novas formas de criminalidade e os mecanismos para tanto utilizados pelos infratores, e adota-se técnica legislativa de qualidade duvidosa. Apenas para ficar em um exemplo, o Projeto insiste na ideia de hipoteca de bens, e o procedimento para a especialização da garantia passa a ser previsto como espécie de cautelar.

Observou-se que as providências de cunho assecuratório (principalmente as medidas cautelares, mas não só), dada a natureza extrapenal que possuem, precisam ter nos Códigos de processo (seja civil, seja penal) regramento parecido. Concluiu-se que não se justifica, para alcançar o mesmo objetivo, a cobrança de condições diversas pelo só fato de o pedido ser deduzido em um ou outro juízo.

Com base nisso, e tomando-se por parâmetro a disciplina constante do CPC atual, a qual atende satisfatoriamente aquilo que é esperado por quem espera seja implementado provimento de urgência, defendeu-se a criação, no âmbito do processo penal, de regramento assemelhado, em que apenas de maneira exemplificativa e com caráter ilustrativo são mencionadas as medidas cautelares de uso mais comum.

Defendeu-se, enfim, a ausência de previsões legislativas detalhadas, cheias de minúcias. Sustentou-se que melhor seria a adoção da técnica empregada no citado diploma e que já rendeu bons frutos desde o seu emprego mais acentuado, no CC atual. Trata-se, em suma, da ideia de que é possível o dispositivo legal valer-se de expressões vagas, ou seja, termos jurídicos indeterminados, os quais servem para traçar apenas as linhas gerais a respeito da matéria.

Mais especificamente, em se tratando de cautelares, além da cobrança das condições elementares e comuns a todos os provimentos de tal natureza, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, frisou-se que precisam estar previstas somente outras regras básicas. No caso, seria indispensável estabelecer que a medida cautelar tem de ser postulada pelo interessado, restando, por conseguinte, obstada a atuação de ofício pelo juiz, e que compete ao legislador estruturar o procedimento para que se maneje tal espécie de provimento, atentando-se para a sua característica primordial, que é a celeridade, sem que isso comprometa o direito de defesa.

De forma derradeira, anotou-se que a atipicidade é mitigada justamente com a alusão, de maneira exemplificativa, a modelos de provimentos que há tempos são utilizados (como o

arresto e o sequestro), o que redundaria no surgimento de uma concepção geral a respeito daquilo que está autorizado a ser deferido. Como consequência, praticamente desaparece a possibilidade de criação de provimento que faça com que o demandado seja surpreendido a ponto de não saber o que se trata.

Observando-se o princípio da proporcionalidade e levando-se em conta que a medida pretendida tem de encontrar apoio no direito material que se pretende proteger, com o que se fala em referibilidade, chega-se à conclusão de que é melhor abandonar a sistemática hoje presente na legislação processual penal e adotar o modelo seguido pelo CPC. Com isso, o sistema, como um todo, torna-se mais harmônico e simples e permite que se alcance com mais facilidade o ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1962.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, v. 2.
- ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 13, parte 1, p. 18-44 1936.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 2, t. 1.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- AMODIO, Ennio. *Le tutele patrimoniali nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1971.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Tradução de Juan del Rosal e Ángel Torio. Buenos Aires: Uteha, 1960.
- ARGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991.
- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Roma: Cedam, 2016.
- ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1982.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1956.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v. 3.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1929.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero do Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1^a parte, p. 3-22, 1928.

CALAMANDREI, Piero. Il processo inquisitorio e diritto civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 415-426.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: Cedam, 1940, v. 4, p. 81-101.

CALAMANDREI, Piero. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 145-176.

CANDIAN, Alberto. *Il sequestro conservativo penale*. Padova: Cedam, 1955.

CARNELUTTI, Francesco. Appunti sul sequestro conservativo penale. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 7, 2^a parte, p. 263-274, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*. Milano: Cedam, 1929, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, p. 23-36, 1928.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, p. 99-105, 1928.

CARNELUTTI, Francesco. Natura giuridica dell'ipoteca. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 16, 1ª parte, p. 3-21, 1939.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile: funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. 1.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHILIBERTI, Alfonso. *Azione civile e nuovo processo penale*. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1923.

CICU, Antonio. *El derecho de familia*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947.

CONIGLIO, Antonio. *Il sequestro giudiziario e conservativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1949.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro (Código de 1939)*. Rio de Janeiro: José Konfino: 1947, v. 4.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Direito das coisas (Arts. 1.390 a 1.510). In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004, v. 13.

DE MARISCO, Alfredo. *Diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1966.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DIANA, Agostino. *Le misure conservativa interinali*. Torino: Fratelli Bocca, 1909.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 2.

DINNACI, Ugo. *Contributo allo studio del sequestro conservativo nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1972.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra; MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: M. Pareja, 1974.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado: comentários aos arts. 63 – 184*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 2.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal: Arts. 1 a 250*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. 1.

FAZZALARI, Elio. Profili della cautela. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 46, 2ª serie, 1991.

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

FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

GAROFALO, Raffaele. *A reparação às victimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1899.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. *In: PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 908-951.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 15-51

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREVI, Vittorio; CERESA-GASTALDO, Massimo. Misure cautelari. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 9. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2019. p. 385-481.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil: parte especial*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, v. 2.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 14. ed. Paris: LexisNexis, 2021.

GUINCHARD, Serge; CHANAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 32. ed. Paris: Dalloz, 2014.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3.

INVREA, Francesco. Interesse e azione. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 5, 1ª parte, p. 320-339, 1928.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1.

LAVARINI, Barbara. *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro: arts. 1 a 200*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1956.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1989, v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 9, 1ª parte, p. 248-254, 1951,.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510 – Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 1126-1610.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1951, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 69). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 381 ao 484). In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 7.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 4.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Arts. 1.419 a 1.510. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1780-1879.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1.º - 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 600 - 706*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 612-735*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 10.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do arresto ou embargo*. São Paulo: Saraiva, 1929.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 20.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 22.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral: bens; fatos jurídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 229-237.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 889-1577.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 813 a 889*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 7, 1ª parte, 1930, p. 63-74.

PERROT, Roger. Les mesures provisoires en droit français. In: TRAZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 149-179.

PASSOS, J. J. Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 796 a 812. In: BERMUDEZ, Sergio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. 10, t. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atualizado conforme o Código Civil de 2002 por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, v. 2.

PINTO, António Augusto Tolda. *A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

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

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 43, 2ª serie, p. 16-34, 1988.

PISANI, Andrea Proto. La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generali. In: PISANI, Andrea Proto. *Il foro italiano: studi sulla riforma del processo civile*. Roma: Foro italiano, 1991.

- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.
- POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil: derecho de cosas*. Barcelona: Bosch, 1953, t. 3.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- RECHIZZI, Gabriele Crespi; SACCO, Rodolfo. La invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico. *Rivista di diritto civile*, Padova, v. 1, p. 173-242, 1979.
- REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1939
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948, v. 1.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile: studi*. Milano: Giuffrè, 1962.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1977, v. 5.
- ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil (arts. 796 a 889)*. Rio de Janeiro: Aide, 1981, v. 8.
- ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 10.
- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 2.
- SCAGLIONI, Alfredo. *Il sequestro nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1969.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 674 ao 718). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 10.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796 a 889: do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. 11.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 3.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVESTRE, Raquel Cristina Rezende. *Perda de bens: efeito da sentença criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

SOARES, Fernando Luso. *O processo penal como jurisdição voluntária: uma introdução crítica ao estudo do processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

STEFANI, G; LEVASSEUR, G.; BOULOC, B. *Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Il procedimento cautelare in generale. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. 2, p. 13-45.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Leud, 1990.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2020.

- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º a 153). In: BERMUDEDES, Sergio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal: (Arts. 24 a 154)*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, t. 2.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- VERDE, Giovanni. Il processo cautelare (Osservazioni sparse sui Codici di Procedura in Italia e in Brasile). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 35-50, set. 1988.
- VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 824 ao 925). In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 14.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile: introduzione e parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1.