

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 As medidas cautelares reais no Processo Penal brasileiro

Eloisa de Sousa Arruda

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Chefe do Departamento de Direito Penal, Processual Penal e Medicina Legal da PUC-SP. Participou do Tribunal Penal instituído para processo e julgamento dos crimes contra humanidade na Administração Transitória da ONU no Timor Leste (UNTAET).

A dinâmica do processo, por vezes, em face do próprio normal desenrolar de seus atos, pode resultar na inocuidade da decisão definitiva. Assim, apesar de obtida a sentença que, a princípio, poderia servir à satisfação de interesses, como o da vítima na reparação do dano *ex delicto*, não têm como ser atendidos, em face de circunstâncias ocorridas no curso da ação penal (por exemplo, a total dilapidação, pelo réu, de seu patrimônio).

Por isso mesmo, na disciplina da aplicação do direito material, muitas vezes o legislador vê-se compelido a admitir providências cautelares, instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, com a finalidade de assegurar os meios para que esse provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.¹ A mencionada antecipação é permitida pelo legislador, por vezes com sacrifício de valores considerados essenciais à realização da justiça, pois, sem a cautela, ter-se-ia, no dizer de Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto.²

Não encerram as medidas cautelares um fim em si mesmas. Buscam tão-somente assegurar a execução das definitivas. Nisso – salienta Tornaghi – consiste sua instrumentalidade. E acrescenta: destina-se a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demora da providência definitiva.³

Essa urgência resulta do perigo na demora em concretizar-se a prestação jurisdicional e é sintetizada pela locução latina: *periculum in mora*. Tal perigo, todavia, não pode ser apenas genérico, resultante do normal desenvolvimento dos atos do processo, sendo necessário que se manifeste mediante concretos e efetivos elementos dos quais se possa averiguar, de forma razoável, a probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo. Importante pois que se examine o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela.⁴

Outro pressuposto para a imposição da medida cautelar é o chamado *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito, ou seja, a probabilidade de resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar.

SEQÜESTRO

Podemos definir seqüestro como sendo a medida precautória penal cabível para a retenção dos bens imóveis e móveis, adquiridos pelo indiciado ou réu com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro, tendo em mira a reparação do dano ao ofendido, o custeio das despesas processuais e o pagamento das penas pecuniárias (arts. 125, 132 e 140 do C.P.P.).

Atendendo ao rigor técnico, o termo seqüestro deveria ser reservado para designar a retenção de coisa litigiosa, tendo como objetivo a sua incolumidade, até que se decida a causa principal, por terceiro estranho ao litígio (chamado de sequestratário, ou

seqüestre). A figura que mais se aproxima da prevista no Código de Processo Penal é, na verdade, a do arresto.

A medida poderá ser determinada depois de já iniciada a ação penal ou ainda na fase investigatória diante da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens imóveis ou móveis do indiciado ou réu, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Qualquer que seja o momento, o seqüestro só poderá ser ordenado pelo Juiz, não se admitindo que outra autoridade determine a constrição patrimonial ora sob exame.

O pedido para que se concretize a precautória pode partir do próprio ofendido, do Ministério Público ou da autoridade policial.

O rito a ser adotado para procedimento do seqüestro não é estabelecido pela lei processual penal. Assim, a doutrina tem entendido que se obedecerá, *mutatis mutandis*, ao prescrito na lei processual civil, para o cumprimento da penhora (arts 659 a 670 do C.P.C.).⁵

O seqüestro poderá ser embargado pelo acusado, por terceiro e pelo terceiro de boa fé (arts. 129 e 130 do C.P.P.). Além desses, a mulher do proprietário ou possuidor pode opor embargos de terceiro para ressaltar sua meação (art. 1046 do C.P.C.).

O art. 131 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses que autorizam o levantamento do seqüestro: a) "Se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência" (inciso I).

Mas, levantado o seqüestro pelo retardamento da ação penal, após o início desta, inexistem óbices ao pedido de renovação da medida, se necessário.

b) "Se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, "b", segunda parte, do Código Penal". (inciso II).

Nessa situação, ao terceiro é assegurada a possibilidade de levantar o seqüestro desde que ofereça caução para resguardar interesses da União, do lesado e do terceiro de boa-fé, em relação aos bens adquiridos pelo agente como proveito do crime.

A caução não está prevista no Código de Processo Penal, assim, para sua aplicação deve-se valer das regras previstas no Código de Processo Civil.

Hélio Tornaghi e Magalhães Noronha, porém, defendem a idéia de que a caução deve, por analogia, respeitar o disposto no artigo 330 do Código de Processo Penal.⁶

c) "se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado" (inciso III).

O campo de atuação dessa medida cautelar é restrito à aplicação do art. 91, I e II, "b" do Código Penal. Com a absolvição do réu, ou extinção de sua punibilidade, ela perde seu objetivo, devendo os interessados discutir a matéria no âmbito cível.

Da decisão que autoriza ou não o levantamento do seqüestro cabe apelação, nos moldes do artigo 593, II do Código de Processo Penal. Porém há decisões que admitem mandado de segurança.⁷

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o juiz, independentemente de provocação, ou a requerimento do interessado, deve determinar a avaliação e venda dos bens seqüestrados (art. 133 do C.P.P.).

HIPOTECA

A hipoteca é outra medida assecuratória prevista pelo legislador para resguardar a reparação do dano *ex delicto*, e vem estabelecida no artigo 134 e seguintes do Código de Processo Penal.

No âmbito civil, é um direito real que recai sobre um imóvel de outrem visando garantir o cumprimento da obrigação sem contudo transferi-lo para o patrimônio do credor.

Na esfera processual penal, a hipoteca tem o caráter de garantia reparatória da ilicitude penal como também visa ao pagamento da pena pecuniária e das despesas processuais.

Só pode ser pleiteada após o início de ação penal devidamente instaurada com o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, ao contrário do seqüestro, em face do disposto nos arts. 127 e 134 do Código de Processo Penal.

O artigo 134 ao estabelecer que "a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria", apresenta duas impropriedades.

A primeira refere-se ao emprego do conceito de indiciado (agente da prática criminosa no âmbito do inquérito policial), sendo que essa medida somente pode ser decretada no transcorrer do processo.

A outra, como o artigo refere-se à hipoteca legal, não há admitir a expressão "requerimento de hipoteca legal", mas requerimento para "registro" e "especialização" sobre os bens em que recai, consoante dispõem os arts. 1492 e 1497 do Código Civil.

A hipoteca subordina-se às condições de certeza da infração e indícios suficientes de autoria.

O pedido de especialização da hipoteca será formulado pelo ofendido (art. 134 do C.P.P.), pela parte (art. 135 do C.P.P.), pelo representante legal da vítima ou seus herdeiros e pelo Ministério Público (art. 1489, III, 1492, parágrafo único e 1497§ 1º do C.C.).

A hipoteca será cancelada se o réu for absolvido ou extinta a punibilidade (art. 141 do C.P.P.).

Da decisão que manda inscrever ou não a hipoteca, cabe recurso de apelação, por parte das pessoas enumeradas nos arts.

577 e 598 do C.P.P., excluído, assim, o terceiro prejudicado com a inscrição.

Atualmente, a especialização de hipoteca legal está regulada no Código de Processo Civil nos arts. 1205 a 1210.

SEQÜESTRO PRÉVIO

O art. 136 do C.P.P. instituiu a figura do seqüestro prévio, cuja natureza é meramente cautelar. Dessa forma, havendo demora para a inscrição da hipoteca legal, o juiz pode, liminarmente, conceder o "seqüestro provisório", que pode atingir qualquer bem imóvel do acusado.

O seqüestro provisório não se confunde com o seqüestro previsto no art. 125, que abrange somente os bens adquiridos com proventos ou proveitos do crime, o qual já analisamos.

O seqüestro provisório será revogado se não for promovido o processo de especialização e inscrição da hipoteca legal, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 136, 2ª parte, do C.P.P.). Não há impedimento para que o seqüestro seja apresentado conjuntamente com o pedido de inscrição ou mesmo após a apresentação deste.

O art. 137 do Código de Processo Penal estabelece por derradeiro a figura do seqüestro de bens móveis. Para a concessão dessa medida é necessário que: a) o acusado não possua bens imóveis suficientes para garantir sua responsabilidade; b) os bens móveis que forem arrestados para completar a garantia sejam sujeitos à penhora, uma vez que os impenhoráveis, nos termos do art. 649, do Código de Processo Civil, não estão sujeitos a essa medida.

Apresenta esse artigo um erro, pois, conforme dispõe o artigo 1489 do Código Civil, só existe hipoteca legal de bem imóvel; os bens móveis são sujeitos à hipoteca convencional, ou judicial. Somente excepcionalmente ou por determinação legal os bens móveis, como aviões e navios ficam sujeitos à hipoteca legal.

Essa medida visa atingir qualquer bem móvel do acusado, adquirido ou não com o produto do crime. Pode ser pleiteada pela parte ou pelo Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 142 do C.P.P.

O seqüestro será levantado se o acusado for absolvido ou tiver extinta sua punibilidade (art. 141).

Acrescente-se que o arresto assim como a penhora retiram os bens móveis do poder do acusado, mas o legislador, visando resguardar a manutenção do réu e sua família, possibilitou que as rendas dos bens móveis (frutos e rendimentos) lhe sejam entregues, evitando-se, dessa forma, que o seqüestro definitivo seja mais desvantajoso que a hipoteca legal (art. 137 § 2º do C.P.P.).

Os bens seqüestrados são entregues a terceiro estranho à lide, que ficará responsável pelo depósito e administração dos objetos, segundo as regras processuais civis (art. 139 do C.P.P.).

Notas:

¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, p. 53.

² CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, p. 19.

³ TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de Processo Penal, vol. 3, p. 17.

⁴ idem, p. 42

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit., v. 3, p. 32; E. MAGALHÃES NORONHA, Curso de direito processual penal, p. 75; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. 2, p. 378.; FABRINI MIRABETE, Júlio. Processo Penal, p. 236.

⁶ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal, v.1, p. 222; MAGALHÃES NORONHA, E. Curso de direito processual penal, p. 75.

⁷ SOUZA, José Fernando Vidal de. op cit., p. 67

Bibliografia:

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, CEDAM, 1936.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro anotado. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, vol. II.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, São paulo, Saraiva, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo, Editora Atlas, 1994

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 2.a ed., São Paulo, Editora Atlas, 1993

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 21. ed./ atual. por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1992. 498 p.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1956, vol. I, Tomo 20.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Curso de processo penal. 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 1. 517 p.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Instituições de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, vol. 3, 1978.