

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUSTAVO KOJI MAEDA

**MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES DE
IMPOSIÇÃO SOBRE O PATRIMÔNIO DE PESSOAS JURÍDICAS**

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUSTAVO KOJI MAEDA

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIIS: fundamentos, critérios e limites da imposição
sobre o patrimônio de pessoas jurídicas

Porto Alegre

2022

GUSTAVO KOJI MAEDA

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS: Fundamentos, critérios e limites da imposição
sobre o patrimônio de pessoas jurídicas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito à obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais. Área de concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo

Porto Alegre

2022

Ficha Catalográfica

M184m Maeda, Gustavo Koji

Medidas Assecuratórias Penais : Fundamentos, critérios e limites da imposição sobre o patrimônio de pessoas jurídicas / Gustavo Koji Maeda. – 2022.

129.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo.

1. Medidas assecuratórias. 2. Fundamentos e critérios. 3. Responsabilidade das pessoas jurídicas. 4. Legalidade. I. Ruivo, Marcelo Almeida. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Loiva Duarte Novak CRB-10/2079

GUSTAVO KOJI MAEDA

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS: Fundamentos, critérios e limites da imposição
sobre o patrimônio de pessoas jurídicas

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de
Mestre em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul/ PUCRS

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo
Orientador

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner
PPGCCRIM/PUCRS

Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi
PPGD/UFPR

*“Cada uno da lo que recibe
Y luego recibe lo que da
Nada es más simple
No hay otra norma
Nada se pierde
Todo se transforma”
(Jorge Drexler)*

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de manifestar o meu sincero agradecimento às tantas pessoas especiais que fizeram parte da minha caminhada ao longo desses dois anos no curso de mestrado.

Inicialmente, gostaria de agradecer ao Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo, por ter aceitado a missão de ser meu orientador e pelas constantes provocações acadêmicas. Para muito além da pesquisa, foi um amigo, conselheiro e soube corrigir a rota quando o caminho pareceu ter saído do rumo. Muito obrigado pelas incansáveis conversas, não só sobre o tema, e por me fazer compreender que a experiência vivida vai muito além da cientificidade.

Agradeço muitíssimo ao Prof. Dr. Nereu José Giacomolli e ao Prof. Dr. Gustavo Henrique Badaró pelas grandiosas colaborações críticas realizadas na qualificação do projeto de pesquisa desta dissertação.

Registro o meu agradecimento a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais que tanto se dedicaram para cumprir, com excelência, o desafio de exercer a docência de forma completamente virtual e remota. O aprendizado que tive ao longo do curso foi fundamental, não só para o desenvolvimento desta pesquisa, mas também para a compreensão sobre o mundo.

De igual modo, agradeço aos muitos professores que tanto contribuíram para a minha formação. Em especial aos professores Marcos Eberhardt e Felipe Faoro Bertoni, incansáveis em oferecer oportunidades e em se colocarem à disposição para contribuir acadêmica e profissionalmente. Muito obrigado, meus amigos.

Agradeço aos queridos colegas de curso que igualmente entregaram tempo e dedicação ao estudo das Ciências Criminais. Felipe Giacomolli, Carolina Mendes, Emili Mezzomo, Matias Stecker e Augusto Schlee, vocês foram os responsáveis por tornar a tarefa muito mais fácil e agradável.

Otávio Domit, Matheus Neres, Bruno Rostro, Rodrigo Lima e Franciele Bertol, meus grandes amigos de vida e de caminhada, vocês são fontes de inspiração. A parceria estabelecida encoraja voos cada vez mais altos. Poder contar com vocês independentemente do momento, é um alento para o coração. Sintam-se verdadeiramente agradecidos por tudo e por tanto.

Meu sincero agradecimento aos colegas da fantástica equipe do Alexandre Wunderlich Advogados. Renata Saraiva, Marcelo Araujo, Fernando Nerung, Gabriel Escobar, João Pedro, Letícia Lima, Nelly Alves e Nivete. Muito obrigado pelo suporte.

Com especial carinho, gostaria de agradecer ao Alexandre Wunderlich, à Camile Lima e à Amanda Marques. Vocês formaram um pilar de sustentação profissional e emocional para o bom andamento do meu desenvolvimento acadêmico. Obrigado por tudo.

Luiza Martins (menina Luiza) e Cristiane Petró (Cristina), nem sei como agradecer. Os tantos perrengues acadêmicos compartilhados e os momentos de angústia e de incerteza que bateram à porta, sempre, foram embora graças ao coração de vocês, que gentilmente compartilharam uma garrafa de vinho e foram pacientes e carinhosas ao me ouvir. Simplesmente obrigado.

À Maria Eduarda Amaral, minha grande fonte de inspiração. Aprendemos que nem sempre a vida oferece o caminho mais fácil e bonito, mas que juntos chegaremos mais longe. Esta pesquisa não seria possível sem o teu apoio, disponibilidade, ajuda incansável, compartilhamento das reflexões e cobrança para “botar no papel” o que tanto conversamos. Contigo muito aprendi sobre a academia e, muito mais, sobre a vida. Com amor, o meu agradecimento e dedicação.

Aos meus amados pais Ricardo e Alda Maeda, irmão Guilherme e à (tia) Leny, saibam que nada disso seria possível sem a ajuda de vocês. Vocês são o porto seguro, a confiança necessária para seguir em frente e a vontade de compartilhar conquistas, por saber cada uma delas pertence a todos nós. O tamanho da minha gratidão jamais poderá ser expressada em palavras, simplesmente porque não existe vocábulo possível que a represente. Amo vocês.

RESUMO

A presente dissertação propõe a compreensão dos fundamentos, limites e critérios de imposição das medidas assecuratórias e se insere na linha de pesquisa denominada sistemas jurídico-penais contemporâneos, pertencente à área de concentração Sistema Penal e Violência do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). O problema central da pesquisa é se a pessoa jurídica, quando não é parte da relação processual, pode sofrer medidas assecuratórias direcionadas contra o seu patrimônio. A resolução do problema de pesquisa suscita, inicialmente, a hipótese de que somente a medida de sequestro pode recair sobre os bens da pessoa jurídica, tendo em vista que as demais medidas assecuratórias se destinam à reparação do dano e ao pagamento de multa e custas, inerentes à pessoa do condenado. O objetivo geral destina-se à compreensão dos fundamentos, limites e critérios de imposição das medidas cautelares patrimoniais, no seu amplo sentido. Os objetivos específicos são (1) a compreensão do fenômeno das medidas cautelares no processo penal; (2) a análise da disciplina legal do ordenamento processual penal brasileiro para a imposição de medidas assecuratórias; e (3) o reconhecimento de vetores delimitadores da imposição de medidas assecuratórias em desfavor de pessoas jurídicas que não integrem diretamente a relação processual penal. Para isso, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica e estudo documental qualitativo. A presente pesquisa é desenvolvida com o intuito de buscar a compreensão do fenômeno da cautelaridade nas medidas assecuratórias penais e dos fundamentos, critérios e limites de imposição de medidas assecuratórias contra pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Medidas assecuratórias. Fundamentos e critérios. Responsabilidade das pessoas jurídicas. Legalidade.

ABSTRACT

The present research seeks to understand the foundations, limits and criteria for imposing precautionary measures. It is part of the line of research named Contemporary Criminal-Legal Systems, belonging to the Penal System and Violence's concentration area of the Master's Degree Program in Criminal Sciences of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul - PUCRS. The main problem of this research is whether legal entities, when they are not part of the procedural relationship, can be subject to precautionary measures directed against their assets. As a research hypothesis, it is assumed that only the sequestration measure can fall on the legal entity's assets, considering that the other precautionary measures are intended for the reparation of the damage and the payment of fines and costs, inherent to the convicted person. The general objective is to understand the foundations, criteria, and limits of precautionary measures of property. The specific objectives are (1) to understand the phenomenon of precautionary measures in criminal proceedings; (2) to analyze the legal discipline of the Brazilian criminal procedure system for the imposition of precautionary measures; and (3) to recognize the factors that limit the imposition of precautionary measures against legal entities that are not directly part of the criminal procedure relation. To do so, the hypothetical-deductive method is used, using the bibliographical review technique and a qualitative documentary study. This research is developed in order to understand the phenomenon of precautionary measures in criminal protection measures and the basis, criteria and limits for the imposition of protective measures against legal entities.

Keywords: Criminal procedure. Precautionary Measures. Legality. Corporate criminality.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

BNMP – Banco de Monitoramento de Prisões

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CGI – Comissão Geral de Investigação

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNPG – Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Des. – Desembargador

DL – Decreto-Lei

EC – Emenda Constitucional

IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Min. – Ministro

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
PRIMEIRO CAPÍTULO: A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA CAUTELARIDADE.....	19
1 O TEMPO DO DIREITO: A VELOCIDADE E A URGÊNCIA	19
2 O AUTORITARISMO AINDA PRESENTE NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO	21
3 CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA E CONTRA A ECONOMIA POPULAR.....	24
4 MEDIDAS CAUTELARES PARA ASSEGURAR PRESSUPOSTOS PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA	27
5 NOTAS HISTÓRICAS E PERSPECTIVAS DE MUDANÇA LEGISLATIVA DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO PROCESSO PENAL.....	29
5.1 PROJETO DE REFORMA LEGISLATIVA DO CPP	34
6 TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL	36
6.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA (CAUTELAR E ANTECIPADA).....	38
6.1.1 Especificidades da tutela cautelar.....	39
6.1.2 Especificidades da tutela antecipada de urgência.....	45
7 A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL.....	47
7.1 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO CIVIL.....	48
7.2 ATUAÇÃO DE OFÍCIO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	49
7.3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	51
SEGUNDO CAPÍTULO: MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS	53
1 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS	53
1.1 FUMUS BONI IURIS E FUMUS COMISSI DELICTI.....	55
1.2 PERICULUM IN MORA.....	57
2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CAUTELARIDADE.....	59
3 MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	62
3.1 PODER GERAL DE CAUTELA E LEGALIDADE.....	66

4 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM ESPÉCIE.....	68
4.1 A BUSCA E A APREENSÃO	68
4.2 SEQUESTRO	71
4.2.1 Sequestro clássico.....	72
4.2.2 Sequestro subsidiário.....	76
4.2.3 O perdimento definitivo e provisório de bens	77
4.3 ESPECIALIZAÇÃO E REGISTRO DA HIPOTECA LEGAL	79
4.4 ARRESTO PRÉVIO À ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL E ARRESTO SUBSIDIÁRIO DE BENS MÓVEIS	81
5 RESTITUIÇÃO DOS BENS E ALIENAÇÃO ANTECIPADA.....	82
6 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO	86
7 DECRETO-LEI N. 3.240/1941	90
TERCEIRO CAPÍTULO: FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS	93
1 PANORAMA INICIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DO ENTE COLETIVO	93
1.1 LIMITES CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIO.....	95
1.2 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS NOS CRIMES AMBIENTAIS.....	98
2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA E CONTRA A ECONOMIA POPULAR	100
2.1 FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES	102
2.1.1 Impossibilidade de imposição de medida assecuratória como forma de reparação de dano	103
2.1.2 Possibilidade de imposição da medida de sequestro clássico contra bens em posse ou propriedade de pessoas jurídicas	105
2.1.3 Critérios para a imposição da medida de sequestro subsidiário contra bens ou em posse ou propriedade de pessoas jurídicas.....	108
3 OS LIMITES DA SOLIDARIEDADE NAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DO PROCESSO PENAL	112

<i>3.1 IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DOS EFEITOS DA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA NAS MEDIDAS DE SEQUESTRO</i>	<i>115</i>
<i>3.2 CRITÉRIOS DE IMPOSIÇÃO DOS EFEITOS DA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA NAS MEDIDAS DE ARRESTO.....</i>	<i>116</i>
CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem origem na inquietação motivada pela imprecisão técnica de aplicação das medidas assecuratórias em processo penal, com inserção na linha de pesquisa denominada sistemas jurídico-penais contemporâneos, pertencente à área de concentração Sistema Penal e Violência do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Antes mesmo do ingresso no curso, o estudo das medidas cautelares patrimoniais já despertava interesse deste pesquisador, sobretudo, com o foco primário voltado a *práxis* forense.

Sucedeu, dessa forma, a procura por materiais capazes de elucidar o tema a ponto de compreender se as razões de decidir utilizadas pelos magistrados encontravam fundamentação correta e adequada nos casos penais. O que se verificou, no entanto, foi a escassez doutrinária que enfrentasse a matéria com atenção específica às medidas cautelares patrimoniais.

A partir de então, objetivou-se o ingresso no mestrado em Ciências Criminais com o fito de aprofundar o estudo sobre medidas cautelares patrimoniais do processo penal, notadamente a partir do diagnóstico de que, aparentemente, as suas categorias ainda eram confundidas com as estruturadas no âmbito do processo civil. Após a experiência vivenciada no programa, percebeu-se que as nuances que orbitam as orientações sobre as medidas de urgência no processo penal vão muito além da estrutura cautelar, uma vez que remontam problemas estruturais ideológicos fundantes do Código de Processo Penal (CPP), os quais facilitam o desrespeito às premissas constitucionais.

Soma-se a isso o fato de que a legislação penal definiu com maior clareza as diferentes espécies de medida assecuratória tardiamente, provocando uma ainda presente confusão em relação ao propósito de cada uma delas. Por sua vez, a escolha do recorte em relação às pessoas jurídicas se originou do protagonismo das medidas, principalmente experimentado após a deflagração de grandes operações de investigação criminal no cenário brasileiro.

O contexto das organizações empresariais, ou de atividades profissionais com divisão de tarefas, estrutura hierárquica organizada, normalmente exige uma pluralidade de agentes envolvidos nos processos de trabalho. A setorização do acesso às informações e, por

consequente, os distintos níveis de contribuição para eventuais práticas ilícitas, prejudica a aferição dos responsáveis penalmente pela conduta.

Diante desse espectro, verificou-se que as medidas assecuratórias foram utilizadas de forma descomedida, constringendo o patrimônio de pessoas físicas e jurídicas. Possivelmente, o exagero nas suas decretações se relaciona com o fato de que, nos chamados crimes empresariais, a dificuldade em estabelecer os limites da autoria e da participação seja latente.

O problema central da pesquisa decorre da dúvida acerca do fato de que a pessoa jurídica, a qual não integra a relação processual como parte, pode ter as medidas assecuratórias direcionadas contra o seu patrimônio. Suscita-se, preliminarmente, a hipótese de que somente a medida assecuratória de sequestro pode recair sobre os bens da pessoa jurídica, tendo em vista que as demais espécies se destinam à reparação do dano e ao pagamento de multa e custas, inerentes à pessoa do condenado.

Nesse contexto, como objetivo geral tem-se a compreensão dos fundamentos, dos critérios e dos limites das medidas cautelares patrimoniais, no seu amplo sentido. Os objetivos específicos são (1) a compreensão do fenômeno das medidas cautelares no processo penal; (2) a análise da sistemática legal estabelecida pelo direito processual penal brasileiro para a imposição de medidas assecuratórias; (3) o estabelecimento de vetores que possam ser utilizados como limites à imposição de medidas assecuratórias em desfavor de pessoas jurídicas que não integram diretamente a relação processual penal.

Para alcançar os objetivos, se utiliza do método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica e estudo documental qualitativo. A pesquisa é dividida em três capítulos, no intuito de buscar a compreensão, respectivamente, do fenômeno da cautelaridade; das medidas assecuratórias penais; dos fundamentos, critérios e limites das medidas assecuratórias contra pessoas jurídicas.

No primeiro capítulo, inicialmente, é realizada uma abordagem sobre o tempo do direito e da indissociável relação estabelecida entre ambos. Em seguida, propõe-se uma análise do autoritarismo enraizado no CPP, o qual condiciona a efetiva democratização do processo penal à superação do obstáculo cultural estabelecido quando da criação da legislação.

De igual forma, neste capítulo, após a contextualização dos crimes contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular, serão expostos os motivos legitimadores das medidas cautelares servirem como ferramenta para a realização dos pressupostos da justiça, bem como se desenvolve o estudo da tutela provisória no processo civil, tendo em vista que o instituto é previsto no CPC e guarda relação, mas não vinculação, no processo penal. Para além disso, como forma de contextualização do objeto de estudo do capítulo seguinte, pontuam-se as alterações legislativas e a atual proposta de reforma do CPP.

No segundo capítulo, é realizado o estudo das medidas assecuratórias penais, iniciando pelos pressupostos, requisitos e características, para alicerçar a diferenciação conceitual das diferentes espécies de medida cautelar patrimonial e fundamentar as suas particularidades e, ainda, sobre o dever de motivação e fundamentação da decisão judicial, inerente a todas as medidas cautelares. Continuamente, por guardarem relação estreita com os objetivos específicos da pesquisa, destacam-se os procedimentos de imposição das medidas assecuratórias previstos na lei de lavagem de dinheiro e no DL 3.240/1941.

O terceiro capítulo inicia com a imprescindível compreensão da extensão da responsabilidade penal do ente coletivo no Brasil, para que, em seguida, seja planejado o espectro de incidência das medidas assecuratórias em desfavor de empresas nos crimes ambientais, tendo em vista que legislação especial permite a sua colocação no polo passivo da ação. Por sua vez, as medidas cautelares reais contra pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular são objeto de aprofundado estudo, principalmente para determinar quais espécies são cabíveis e as possibilidades de implementação.

Ainda no último capítulo, são invocadas premissas originárias do direito civil para compreensão dos limites da solidariedade nas medidas assecuratórias. O tópico objetiva a estabilização dos critérios autorizadores dos postulados da obrigação civil como meio para estabelecer as hipóteses de cabimento de aplicação do caráter solidário entre pessoas físicas e jurídicas nas medidas de urgência.

A busca pela interdisciplinaridade é influência do aprendizado oferecido por todas as disciplinas cursadas no mestrado em ciências criminais. Feitos esses esclarecimentos, importante, desde logo, referir que a pretensão estabelecida com o desenvolvimento desta dissertação não é esgotar o debate sobre a cautelaridade no processo penal, mas fomentar, a

partir do ponto de vista escolhido, o enfrentamento da problemática que pode ser visualizada na prática jurídica e que reclama atenção.

PRIMEIRO CAPÍTULO: A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA CAUTELARIDADE

1 O TEMPO DO DIREITO: A VELOCIDADE E A URGÊNCIA

É dado que o processo judicial se desenvolve de maneira cautelosa que demanda tempo para concretizar os atos processuais, revelando uma íntima relação entre o tempo e a pena.¹ É notório que a inequívoca e insuperável conexão entre o tempo e o direito vai muito além dos prazos processuais.

Em realidade, a temporalidade do direito trata-se de fenômeno cujo conhecimento é imprescindível para a estabilização dos pressupostos da justiça. Segundo François Ost, três teses centrais alicerçam a indivisibilidade entre o fenômeno processual e a perenidade temporal.

A primeira tese diz respeito ao fato de que o tempo, antes de ser um fenômeno físico, é uma instituição social e uma experiência psíquica. Isso significa que o tempo é, simultaneamente, uma construção social que reflete a questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico².

A segunda tese leva em consideração o fato de que a principal função do direito é contribuir para a instituição social, uma vez que se trata de um discurso performático, como um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade. É dizer, o tempo atua como ferramenta a serviço da sociedade³.

A terceira tese é a conjugação das teses anteriores. Se por um lado o direito é capaz de temporalizar e, por outro, o tempo proporciona as fundamentais referências jurídicas, tanto o direito, como o tempo atuam por si e entre si.

Longe de se resumir ao compasso formal de um desenrolar cronológico, o tempo é uma das principais ferramentas da capacidade instituinte do direito, isto é, o tempo pode conferir existência à lei e a condição de seu poder.⁴ Por sua vez, o tempo do processo,

¹ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

² OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 14-15.

³ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 15.

⁴ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 15.

separado da vida real, mobiliza um tempo próprio que não se limita a repetir o passado, mas, em realidade, ao redizê-lo, o regenera.

Por este motivo, não basta ao tempo futuro romper radicalmente com o passado para orientar duravelmente o futuro⁵. Para ser produtor de futuro e não se consumir no instante, o tempo social deveria, de modo simultâneo, declinar-se de modo inédito e inscrever-se numa perspectiva finalizada, rompendo com o adquirido e, sincronamente, mobilizando a duração para se distanciar da concepção emergencial da sociedade do risco.

Tem-se, pois, que o elo entre a lei e o tempo do futuro (expectativa) é absolutamente central ao processo judicial. Nas palavras de François Ost, este seria o desafio dos juristas: “pensar em vias de abertura do futuro em formas duráveis; romper com o passado, apoiando-se ao mesmo tempo nele, libertar as forças instituintes nas próprias formas do instituído”⁶.

Todavia, radicalmente acelerado, o tempo é reconduzido do longo para o curto prazo e ao imediato. Por vezes, a sociedade contemporânea clama por um tempo simultâneo e fora dos seus próprios eixos, onde nele todos os tempos se embaralham e as continuidades tornam-se aleatórias. O imperativo da flexibilidade substitui a previsibilidade nas sociedades do tempo real, a pressão midiática se revela determinante, a cultura da urgência alimenta uma cultura da impaciência e gera um compromisso com o eterno provisório. É a era do efêmero, vivida em uma temporalidade interminável onde “o direito se põe a correr”⁷: a urgência se impõe como tempo normal e a exceção se torna a regra, causando um estado de necessidade de mitigação de formas, aceleração de prazos e desrespeito aos processos⁸.

O Processo Penal é procedimento que demanda o devido tempo de resolução e, simultaneamente, em razão de ser o instrumento para privação de liberdades individuais, igualmente, serve como ferramenta para privação do tempo. A tutela judicial de urgência é lugar privilegiado para o estudo do fenômeno, pois, ao passo que flexibiliza a releitura do tempo natural do devido processo, não pode ignorar as garantias individuais constitucionalmente protegidas⁹.

⁵ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 224.

⁶ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 227.

⁷ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 350.

⁸ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 350.

⁹ Nesse sentido: “a lei de processo penal é resultante da composição entre a segurança e a justiça. É preciso manter a ordem a qualquer custo; mas convém que isso ocorra com o máximo respeito pela justiça. A lei penal procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas os atos que ela reputa ilícitos. A lei processual protege

2 O AUTORITARISMO AINDA PRESENTE NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Para além da questão processual sofrer influência da sociedade pela ânsia da urgência, da sumariedade e do instante, a ritualística processual penal também está umbilicalmente atrelada a uma opção política. Em um sistema processual penal de origem inquisitorial, o que se pretendeu com a promulgação da CF de 1988 foi reavivar a força para reinventar o sentido do passado e possibilitar sua reconstrução a partir do modelo democrático.

Nesse sentido, é sabido que o direito pode ser uma ferramenta de transformação, mas é incapaz de fazê-lo, se operado em apartado das demais ideologias fundantes do pensamento brasileiro. Assim sendo, o risco que se corre na busca ideológica pela prevalência do pensamento democrático constitucional é o de esquecer o viés autoritário que permeou a fundação da legislação processual.

As revoluções e a história conceberam que o regime político de uma nação e todo o seu direito poderiam decorrer de um texto constituinte fundamental¹⁰. Assim sendo, a Constituição de um Estado democrático de direito que deveria ser a forma de expressão do espírito garantista e da projeção durável no tempo, como instrumento jurídico de ligação do futuro, aparentemente, não é suficientemente autônoma para cumprir com a sua missão¹¹.

Nesse sentido, Jacinto Coutinho afirma que no Brasil “há uma tentativa de fazer prevalecer o imaginário contra a cultura democrática”¹². A afirmação feita pelo autor é arrazoada, tendo em vista que mesmo após trinta anos de vigência da CF, comumente se verifica, por exemplo, a reprodução de opiniões do senso popular pelo Poder Judiciário.

Especificamente em relação ao CPP (datado de 1941), a situação parece ainda mais grave desde o ponto vista fundante, uma vez que, em sua matriz, se encontra um

os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977, p. 75.

¹⁰ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 265.

¹¹ OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 266.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 11, n. 14, p. 145–152, jul./dez. 2013.

posicionamento eminentemente inquisitório¹³. A memória e a tradição, constituídas a partir da ambientação cultural, ideológica e política do Século XX, delineiam o perfil ideológico que predominou à época de formação do CPP brasileiro¹⁴.

Fundido no auge do autoritarismo da Era Vargas, com forte influência no CPP italiano de 1930 (Código Rocco) e concebido sob a égide do governo totalitário de Mussolini, o CPP brasileiro introduziu a ideia de neutralização do acusado, tornando-o verdadeiro inimigo do Estado, conforme acentuavam os ideais fascistas de abolição de garantias e direitos fundamentais em nome da segurança nacional e defesa social¹⁵. Como explica Gloeckner, sem assumir uma versão universalizante do autoritarismo, tendo em vista a possibilidade de se trabalhar com versões distintas de um mesmo fenômeno, o discurso processual pós-acusatório (posterior à Constituição Federal de 1988) é permeável às mesmas categorias que circunscreviam o discurso processual fascista italiano¹⁶.

A Constituição “Democrática” de 1988 estabeleceu diversos direitos individuais e garantias processuais que foram recebidas no processo penal como integrantes de um sistema acusatório. Assim sendo, a promulgação da CF pretendeu encerrar os resquícios inquisitórios ainda presentes na legislação brasileira, no entanto, em virtude de sua fundação guardar relação com as bases de processo penal fascista italiano, foi incapaz de servir como uma nova perspectiva democratizante.

Neste diapasão, doutrinas tradicionais que interagem com a jurisprudência (num círculo vicioso) acabam por despejar e esparramar conclusões no sentido da consolidação e concretização do sistema acusatório no Brasil. Gloeckner diagnostica o fenômeno e afirma que diante de todos os direitos e garantias reconhecidos pela CF, a retórica de um sistema acusatório, no qual a separação de funções seria o elemento determinante, em consonância com o conjunto de princípios constitucionais positivados, se encarregaria de definir a sorte

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 11, n. 14, p. 145–152, jul./dez., 2013.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 87.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

¹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 140.

dos debates, considerando ultrapassadas, as críticas sobre as práticas e formas punitivas¹⁷.

Em virtude de a CF ter instituído o sistema acusatório, eventuais questões em aberto sobre a intersecção do sistema processual e o político restariam obsoletas. No entanto, a partir da consolidação do regime democrático e da receptividade das normas infraconstitucionais, quaisquer críticas sobre a manutenção de traços do sistema inquisitorial, passaram a ser consideradas discussões meramente acadêmicas e desprezadas de efeitos práticos.¹⁸

Conforme diagnosticado, a forte influência inquisitorial na formação do CPP brasileiro, o qual vem seguidamente sendo objeto de reformas, mesmo perante os diplomas internacionais ratificados ou após a atual CF, não afastou as enraizadas marcas autoritárias de sua formação, tanto no que diz respeito à normatividade ordinária, quanto na reprodução e ratificação na jurisprudência, na doutrina e no próprio ensino jurídico¹⁹.

De frisar que “a herança da processualística desenvolvida pelos artífices do tecnicismo a serviço do fascismo” não se limita ao conteúdo absorvido pelo texto do diploma processual penal, mas define “o modo como nossos doutrinadores, legisladores, magistrados, promotores e advogados compreendem o processo e sua instrumentalidade”.²⁰ Por detrás de qualquer lei penal, a qual se aspira como mudança, há uma “racionalidade processual penal tecnicista-fascista, sedimentada na distorção de paradigmas jurídicos liberais e da utilização de discursos técnicos e cientificistas de origem positivista e consequente reatualização de velhos paradigmas inquisitórios”²¹, que resistem à ordem constitucional como ruptura.

Portanto, a democratização da cultura jurídica ainda é um obstáculo a ser superado. Com efeito, comumente, as atuais legislações processuais penais e as sucessivas reformas

¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 84-95.

¹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 84-95.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

²⁰ AMARAL, Augusto Jobim do; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online], Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 11, n. 26, p. 141-162, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>. Acesso em: 06 dez. 2020.

²¹ AMARAL, Augusto Jobim do; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online], Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 11, n. 26, p. 141-162, jan./jun., 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>. Acesso em: 06 dez. 2020.

legislativas não foram capazes de formar novos instrumentos que deslegitimem o caráter autoritário do processo penal.

3 CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA E CONTRA A ECONOMIA POPULAR

O objeto de investigação deste trabalho está inserido no contexto da expansão do direito penal econômico²², notadamente no que diz respeito aos desafios decorrentes do desenvolvimento da sociedade e que repercutem no direito processual penal²³. O direito penal econômico deve ser compreendido a partir dos crimes que integram essa categoria, cujo enquadramento nesta seara depende da identificação, cumulativa ou não, das características reconhecidamente atribuídas a estes delitos²⁴.

Não há um conceito do significado de direito penal econômico e nem quais as infrações penais estão sob sua abrangência. Porém, a CF expressamente dispõe sobre princípios que regem a ordem econômica (artigo 170 da CF²⁵).

Fato é que, cada vez mais, o legislador se ocupa de alargar as previsões legais que contribuem para o aumento da chamada criminalidade econômica, como se percebe, por exemplo, a Lei n. 14.133/2021, a qual introduziu os tipos penais da Lei de Licitações no CP. Historicamente, constam referências em legislações esparsas, como, por exemplo, a que

²² Sobre a expansão do direito penal em decorrência de novos interesses e bens jurídicos a serem tutelados: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²³ SILVA SÁNCHEZ discorre sobre as características do direito penal econômico que desafiam as categorias tradicionais do sistema de imputação de responsabilidade da teoria do delito, destacando algumas tensões causadas por esse cenário de novos paradigmas. Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y derecho penal económico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 99, p. 327-356, 2012.

²⁴ Segundo CAVALI, o direito penal econômico deve ser pensado como uma categoria tipológica, cuja identificação dos crimes por ela abrangidos ocorra através de uma graduação das características comumente identificadas na criminalidade econômica. (CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 77).

²⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

define os crimes contra a ordem tributária, ordem econômica e contra as relações de consumo (Lei n. 8.137/90), a que define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis (Lei n. 8.176/91), a que disciplina o mercado de capitais (Lei n. 4.728/1965), a que define os crimes de sonegação fiscal (Lei n. 4.729/1965) e o decreto que disciplina o comércio clandestino de açúcar e álcool (Decreto-Lei n. 16/1966).

A apresentação dos marcos que delimitam esta categoria jurídica é relevante para contextualizar o cenário sob o qual as medidas assecuratórias em desfavor de pessoas jurídicas estão inseridas. Na doutrina é comum a utilização de alguns parâmetros para nortear a busca pela sua definição, sendo um dos critérios mais recorrentes o do bem jurídico tutelado pelos delitos desta ordem.

Pode-se dizer que integrariam a criminalidade econômica os delitos contra a capacidade financeira do Estado, os delitos que protegem as partes vulneráveis em relações econômicas e aqueles que amparam as instituições básicas da economia.²⁶ A título meramente exemplificativo: crimes tributários, crimes contra a ordem de consumo, crimes contra a livre concorrência, crimes contra o mercado de capitais, contra o sistema financeiro nacional e, ainda, a lavagem de dinheiro²⁷ - não obstante a permanente discussão sobre o seu objeto de tutela²⁸.

Contudo, o reconhecimento da titularidade do bem jurídico aparenta ser insuficiente se utilizado de forma isolada, uma vez que existem tipos penais cujo âmbito de proteção não necessariamente contempla bens jurídicos guardem relação direta com a ordem econômica, mas que ainda assim integram a categoria em razão de seus reflexos na atividade econômica,

²⁶ MATA BARRANCO, Norberto J. de la; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 47.

²⁷ MATA BARRANCO, Norberto J. de la; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 48.

²⁸ Há distintas concepções quanto à configuração do bem jurídico no crime de lavagem de dinheiro, que varia entre a ordem socioeconômica, a administração da justiça, o patrimônio e o bem jurídico do crime antecedente. Nesse sentido, BADARÓ e BOTTINI, por exemplo, compreendem que o objeto de tutela é a administração da justiça. (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85). Por outro lado, TAVARES e MARTINS adotam o posicionamento de que o bem jurídico protegido é o mesmo do delito antecedente. (TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p. 66).

como é o caso, por exemplo, do crime de lavagem de dinheiro, a depender do posicionamento quanto ao bem jurídico tutelado.

Portanto, para definição quanto a subsunção de determinado delito aos crimes econômicos, é necessário realizar um enquadramento tipológico. Conforme sustenta Cavali, não basta que determinado delito esteja inserido em alguma legislação específica para que seja reconhecidamente pertencente ao direito penal econômico²⁹.

O entendimento de caráter amplo é sintetizado por Estellita, quando afirma que na abrangência do direito penal econômico “encontram-se as práticas delitivas conectadas de alguma forma ao exercício da atividade econômica”³⁰. Este posicionamento parece bastante para o objeto da pesquisa que seguirá.

Em razão das suas diferentes características e da complexidade das práticas ilícitas que abrange, a criminalidade empresarial revela dificuldades, intrínsecas à sua natureza, desde o âmbito da investigação criminal, com reflexo posterior no processamento.³¹ A persecução desses fatos pode enfrentar diversas barreiras, como o difícil acesso à informação nos ambientes das práticas delitivas, a utilização de mecanismos tecnológicos para as práticas ilícitas, a compreensão dos esquemas e de seu funcionamento, a existência de uma pluralidade de agentes envolvidos e a distância entre as condutas e o resultado ilícito.

A este respeito, assevera a doutrina ser inquestionável que, com o desenvolvimento do direito penal econômico,³² os crimes de natureza financeira, os quais se percebe a correlação entre os entes jurídicos e as pessoas naturais incumbidas de sua gestão, estão cada vez mais em evidência.³³ Silva Sánchez elenca as transformações sociais que influenciaram e contribuíram para este fenômeno: o surgimento de novos interesses, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a

²⁹ CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 77.

³⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 34.

³¹ COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p.52.

³² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 72.

³³ Ver ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Buenos Aires: Editorial de Buenos Aires, 2015, p. 1-74.

configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito e o descrédito de outras instâncias de proteção.³⁴

Os crimes empresariais podem impactar alguns pontos das medidas assecuratórias nas hipóteses em que a pessoa jurídica não figura como investigadas ou acusadas. Este é um campo de estudo privilegiado para a compreensão dos limites de incidência das medidas assecuratórias de natureza penal.

4 MEDIDAS CAUTELARES PARA ASSEGURAR PRESSUPOSTOS PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Como sabido, o processo judicial exige uma sucessão de atos que demanda tempo. É fundamental, para que o devido processo legal se desenvolva, a possibilidade do réu se defender, que as provas sejam constituídas a partir do contraditório, que a análise cognitiva a ser realizada pelo juiz seja exaustiva e aprofundada, que as partes possam impugnar a sentença judicial através de recursos etc.

Todavia, transcurso de tempo entre a hipótese de incidência do direito material e o trânsito em julgado pode acabar tornando inócuo o provimento judicial, seja pela superveniência de fatos relacionados ou não com a conduta das partes que promovam o perecimento do direito perseguido. Isso, à toda evidência, não é desejável que ocorra antes de adquirida a confirmação judicial da pretensão da parte.

Assim sendo, é inequívoco que a morosidade processual gera efeitos colaterais indesejáveis sobre toda a coletividade. Por exemplo, o desestímulo das pessoas em cumprirem a lei, na medida em que não veem a solução e a consequente punição de quem infringiu a norma; o favorecimento dos economicamente mais poderosos, uma vez que poderão suportar os custos e a demora de um processo judicial; consequentemente, acarreta no desprestígio do próprio Poder Judiciário.³⁵

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-34.

³⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. (coord.) *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67.

São apontadas três dimensões da nocividade do decurso de tempo no processo por Cândido Rangel Dinamarco³⁶: a primeira hipótese é quando o provimento é emitido quando o mal já estaria consumado e nada mais pode ser feito; a segunda se relaciona à tutela concedida após longa espera e injusto sacrifício; a terceira diz respeito ao tempo de tramitação de um processo, o qual pode acarretar na indisposição de meios externos úteis para assegurar o seu resultado útil.

É neste contexto que surge o provimento cautelar que, através da adoção de medidas urgentes e provisórias, visa garantir, de forma antecipada, a utilidade da futura decisão definitiva³⁷. A tutela cautelar, portanto, terá uma relação umbilical com aquilo que se busca no mérito do processo judicial, ou seja, deve ser adequada para assegurar o resultado útil do efeito jurídico debatido como questão principal.³⁸

A possibilidade de antecipação da tutela diz respeito ao dever do Poder Judiciário em atuar sempre que um direito seja violado ou esteja sob ameaça (artigo 5º, XXXV, da CF³⁹). Caso contrário, segundo Calamandrei, seria o equivalente a fabricação de um remédio deveras elaborado para um doente já morto⁴⁰.

Não se descuida do princípio basilar e reitor do processo penal da presunção de inocência⁴¹ (artigo 5º, LVII, da CF⁴²). Todavia, para fins de garantir a não frustração de efeitos de eventual sentença penal condenatória futura, admite-se, excepcionalmente, a aplicação de medidas cautelares, pessoais ou patrimoniais.

É neste contexto que a tutela cautelar de natureza patrimonial penal se insere no ordenamento jurídico. Destarte, servem como garantia de futura satisfação dos comandos judiciais proferidos em sentenças condenatórias que incluam a restituição de coisas, a reparação do dano, a indenização dos prejuízos causados, pagamento da multa, das custas processuais bem como ao perdimento de bens como efeito da condenação.⁴³

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

³⁷ FERNANDES, OG. (coord.) *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.16.

³⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 97.

³⁹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: Cedam, 1936, p. 19.

⁴¹ Como assinala Aury Lopes Jr, a presunção de inocência deve incidir nas suas três dimensões: norma (dever) de tratamento, norma probatória e norma de julgamento (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 110-111).

⁴² Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴³ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 496.

Tais providências, independentemente de sua natureza, devem sempre ser consideradas excepcionais, tendo em vista que mitigam as formalidades dos atos inerentes ao devido processo, como, por exemplo, o contraditório, a coleta de provas, o juízo cognitivo exauriente etc. Nessa toada, ainda que a urgência pelo risco de perda ou difícil reparação e da grande probabilidade de que o pedido seja deferido, não é legítimo o seu cabimento sem que haja a necessidade de uma tutela urgente frente ao caso em concreto.

De frisar, no entanto, que diferentemente do processo civil, o processo penal não comporta uma categoria de ação cautelar⁴⁴, havendo, tão somente, ações cognitivas e executivas⁴⁵. O registro se mostra importante, tendo em vista a existência de uma histórica confusão entre as categorias das distintas esferas jurídicas.

O fenômeno das técnicas antecipatórias de tutela, de suas características e de seus requisitos com estudo mais desenvolvido no processo civil, serve como ponto de partida para a compreensão do fenômeno processual penal, mas não podem ser meramente reproduzidas e adotadas pelo juízo criminal. Ainda que visem a proteção de bens jurídicos distintos, a existência de risco e de perigo de perda da efetividade da tutela jurisdicional deve estar presente em ambas as esferas, tendo em vista que a tutela sumária atua como forma de garantir a “sobrevida de um direito”⁴⁶.

5 NOTAS HISTÓRICAS E PERSPECTIVAS DE MUDANÇA LEGISLATIVA DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO PROCESSO PENAL

No Brasil, a legislação processual penal passou por diversas alterações supervenientes desde o início da vigência do CPP atual, que modificaram ou incluíram disposições ao texto originário⁴⁷. Destacam-se os diversos projetos de reforma total do CPP⁴⁸: a Comissão Hélio Tornaghi em 1963; o Anteprojeto Frederico Marques de 1970 que,

⁴⁴ Em sentido contrário, pela existência do processo penal cautelar: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 4.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 909.

⁴⁶ GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 97.

⁴⁷ Para o devido aprofundamento na matéria, ver: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.

⁴⁸ Sobre as alterações legislativas de natureza processual penal, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

posteriormente, foi transformado no Projeto de Lei (PL) n. 633/1975 na Câmara dos Deputados; o Anteprojeto Rogério Lauria Tucci em 1981 e transformado no PL 1.655/1983 na Câmara dos Deputados; a Comissão Sálvio de Figueiredo Teixeira que, em 1994, foi subdividido em dezesseis anteprojetos distintos; a Comissão Ada Pellegrini Grinover em 1999.⁴⁹

Por sua vez, a prisão como meio processual apto a garantir a eficácia do processo, aparentemente, extrapolou o seu objetivo inicial.⁵⁰ Com efeito, a situação parece ter sido agravada ao se observar a utilização das medidas cautelares diversas para casos nos quais sequer seria legal a restrição da liberdade, havendo, assim, um incremento do controle penal⁵¹.

Com efeito, a Lei n. 12.403/2011 previu um rol de medidas cautelares alternativas, fortalecendo a excepcionalidade da prisão preventiva como resposta penal. O tempo transcorrido desde então, no entanto, não foi capaz de mitigar erros sobre o alargamento de sua decretação de forma incoerente com a lógica processual penal.⁵²

Diversas pesquisas⁵³ mostram que a reforma legal que impôs medidas cautelares alternativas como forma de diminuir o uso da prisão não surtiu o efeito desejado, dado que não foi capaz de evitar o encarceramento massivo da população. Nesse sentido, de acordo com Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil tem 914.186 pessoas privadas de liberdade, sendo 411.639 presos provisórios⁵⁴.

⁴⁹ Vide: FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003.

⁵⁰ CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal*. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

⁵¹ ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim. do. *Cultura da Punição: A ostentação do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017, p. 18-30.

⁵² Por todos: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 913-932.

⁵³ Relatórios do projeto SOS Liberdade, realizado pelo IDDD em 2014, e da pesquisa “O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo”, do Instituto Sou da Paz, de julho de 2014; Também pelo IDDD, a pesquisa “Liberdade em foco: Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo”, disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>, Acesso em: 10 out. 2021. e, por fim, o estudo “A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil”, realizado pelo DEPEN, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁵⁴ Banco de Monitoramento de Prisões. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 22 set. 2021.

Cumpra-se notar que no âmbito das medidas cautelares pessoais, a Lei n. 13.964/2019 introduziu uma série de postulados, os quais, os seus significados, em grande parte, são perfeitamente aproveitáveis para o estudo da cautelaridade patrimonial. Nesse⁵⁵ sentido, destaca-se o reforço pela estrutura acusatória do processo penal (artigo 3º-A do CPP⁵⁶), ao passo que a possibilidade de o magistrado decretar medidas cautelares de ofício foi excluída (artigo 282, §1º, do CPP⁵⁷).

O princípio do contraditório também recebeu endosso⁵⁸, posto que a norma positivou a regra de que o jurisdicionado poderá se manifestar antes de o magistrado proferir decisão, nos casos que não demandem urgência ou coloquem em risco a eficácia da medida (artigo 282, §3º, do CPP⁵⁹). Para fins de registro, a *ultima ratio* da prisão, por se tratar da medida

⁵⁵ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. §1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. §5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

⁵⁶ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁵⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. A prisão preventiva em face da Lei 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FÉLIX, Yuri. (org.) *Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 235-236.

⁵⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional..

cautelar de maior severidade⁶⁰, igualmente foi reforçada (artigo 282, §4º, §5º e §6º, do CPP⁶¹).

De igual sorte, resta assentado um novo sentido ao *periculum libertatis*, ao dispor que o decreto de prisão preventiva também deverá ser fundamentado pela contemporaneidade do fato ilícito praticado no do artigo (312, §2º, do CPP⁶²). Assim sendo, a indicação de fato antigo, ainda que grave, não é considerada motivação idônea para o decreto cautelar prisional.⁶³

A relevância na atualização da matéria que diz respeito às medidas cautelares pessoais está no fato de que o legislador promoveu um maior respeito às garantias individuais dos jurisdicionados.⁶⁴ Dessa forma, em vista das medidas assecuratórias obedecerem à lógica sistematizadora da teoria geral das medidas cautelares no processo penal, guardadas as devidas particularidades, o acento garantidor deve, igualmente, repousar sobre as questões que envolvem a contrição patrimonial.

No entanto, embora o reconhecido avanço teórico em positivar o regramento de maneira que objetive a contenção de excessos na prisão preventiva, fato é que sempre haverá espaço para que os aplicadores da lei penal realizem interpretação desprendida das significações constitucionais. A título de exemplo, já se verifica a tentativa de flexibilização

⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. A prisão preventiva em face da Lei 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FÉLIX, Yuri. (org.) *Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 240.

⁶¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. §5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

⁶² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. §2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

⁶³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 675.

⁶⁴ Sobre o assunto, vide: AMARAL, Cláudio do Prado. Medidas cautelares pessoais, prisão e liberdade: mais rigor técnico. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. et. al. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 103-118.

do prazo de revisão periódica do decreto preventivo a cada noventa dias (artigo 316, parágrafo único do CPP⁶⁵), o qual interpreta-se como “mera irregularidade”⁶⁶ e reforça uma teoria do “não prazo”⁶⁷.

A prisão cautelar não é objeto específico da presente pesquisa, no entanto, será modelo de demonstração de que, por si só, a legislação não é capaz de alterar o caráter antidemocrático enraizado na sociedade brasileira e reverberado nos Tribunais.⁶⁸ Gloeckner pontua que “é mais fácil alterar a constituição do que a estrutura autoritária de processo”, justamente em razão de que todas as sucessivas reformas legislativas no processo penal não foram bastantes para alterar o seu pensamento fundante.⁶⁹

A situação parece se agravar ainda mais quando se trata das medidas assecuratórias do processo penal, tendo em vista que, aparentemente, em comparação com outros institutos, foi esquecida pelas comissões de juristas que atuaram nas reformas. É revelador o fato de que somente após mais de seis décadas de vigência do CPP que, a partir da Lei n. 11.435/2006, realizou-se a inédita diferenciação de nomenclatura e de conceitos entre as espécies.

Possivelmente este seja o motivo pelo qual, ainda hoje, haja uma confusão na caracterização e, conseqüentemente, na aplicação das medidas assecuratórias. As categorias, embora delimitadas, não raras as vezes são utilizadas de maneira desprendida da técnica exigida, de modo que, a genérica fundamentação da decretação, acaba por reproduzir medidas amorfas.⁷⁰

⁶⁵ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

⁶⁶ SL 1395, Plenário do STF, em 15/10/2020. Ainda: AgRg no HC n. 580.323/RS, Quinta Turma, DJe 15/6/2020.

⁶⁷ Neste sentido, inclusive, o Enunciado nº 35 do CNPG: “O esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente”.

⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 481.

⁷⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista brasileira de direito processual penal*. v. 6, n. 2. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/353/222>. Acesso em: 20 nov. 2021, p. 740.

5.1 PROJETO DE REFORMA LEGISLATIVA DO CPP

Atualmente, permanece em tramitação o PL 8.045/2010 na Câmara dos Deputados, originado do PL 156/2009 do Senado, que visa a reformar integralmente o CPP. No que diz respeito às medidas cautelares de natureza pessoal e patrimonial, diferentemente do CPP atual, no qual encontram-se localizadas em Títulos desconexos, o PL inova ao concentrar a totalidade das medidas cautelares e as disposições gerais aplicáveis a ambas em um livro próprio (Livro III).

Há grande variedade de medidas cautelares com vocação para garantir os efeitos do processo e podem incidir sobre liberdade de locomoção, a intimidade, o devido processo legal e o patrimônio. Atualmente, são as medidas cautelares pessoais previstas no PL: prisão provisória; fiança; recolhimento domiciliar; monitoramento eletrônico; suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; suspensão das atividades de pessoa jurídica; proibição de frequentar determinados lugares; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; bloqueio de endereço eletrônico na internet; liberdade provisória.⁷¹

Especificamente com relação às medidas assecuratórias, as quais repousam sobre o patrimônio do sujeito investigado ou acusado e se direcionam aos bens de origem ilícita ou a bens que servirão para reparação do dano causado à vítima do crime. Assim como ocorreu nos Projetos anteriores, embora o PL 8.045/2010 sistematize de forma unificada as medidas cautelares, até o momento, a proposta de reforma e os seus substitutivos não preveem supressão das espécies de medidas já conhecidas.

Ao contrário disso, no artigo 615 do texto originário do PL 8.045/2010⁷², figura uma nova e genérica modalidade de medida, a “indisponibilidade de bens”, a qual, em síntese,

⁷¹ INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). *Parecer ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009*. Rio de Janeiro: Control C, 2010, p. 106.

⁷² Art. 615. O juiz, observado o disposto no art. 525, poderá decretar a indisponibilidade, total ou parcial, dos bens, direitos ou valores que compõem o patrimônio do investigado ou acusado, desde que a medida seja necessária para recuperar o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo

antecederia a decretação de alguma outra medida assecuratória específica. Seu objetivo é conferir tempo para que seja realizada a devida análise em relação a origem ilícita de determinado bem e, posteriormente, determinada a medida cautelar específica à espécie.

Para além destes pontos, destacamos ainda a tramitação do PL 2.902/2011, na Câmara dos Deputados⁷³, que foi apensado ao PL 8.045/2010, que visa a unificar todas as medidas assecuratórias, que seriam substituídas pela genérica de indisponibilidade de bens, direitos e valores. Os requisitos para a imposição da medida seriam: “I – indícios da proveniência ilícita dos bens, direitos e valores, ressalvada a hipótese de reparação do dano; II – prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria; e III – indícios de comportamento do detentor ou proprietário dos bens, direitos ou valores tendentes a se desfazer destes ou utilizá-los para a prática de infração penal”⁷⁴.

Embora adequada a inclusão de todas as medidas cautelares em livro único, permitindo que as disposições gerais e específicas se encontrem de forma sistemática e relacionada, a medida de “indisponibilidade de bens”, a qual pode perdurar até quatro meses⁷⁵, sem que haja a obrigação dos órgãos acusadores em distinguir a origem (lícita ou não) do patrimônio é demasiadamente prejudicial ao processo penal democrático. Isso porque, à primeira vista, flexibilizar o requisito limitador da necessidade, permitiria que a constrição patrimonial seja tratada como regra e não exceção.⁷⁶ Justamente por ainda haver

agente com a prática do fato criminoso. §1º A medida de que trata o caput deste artigo também poderá recair sobre bens, direitos ou valores: I – de terceiro, inclusive pessoa jurídica, quando haja indícios veementes de que o seu nome foi utilizado para facilitar a prática criminosa ou ocultar o produto ou os rendimentos do crime; II – abandonados, considerado o contexto em que foi praticada a infração penal; III – em posse das pessoas mencionadas no caput deste artigo, quando o proprietário não tenha sido identificado. §2º A indisponibilidade de bens só é cabível quando ainda não se tenha elementos para distinguir, com precisão, os bens de origem ilícita daqueles que integram o patrimônio regularmente constituído.

⁷³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=530923>. Acesso em: 04 jan. 2022

⁷⁴ INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). *Parecer ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009*. Rio de Janeiro: Control C, 2010, p. 104.

⁷⁵ Art. 619. A indisponibilidade cessará automaticamente se a ação penal não for intentada no prazo de 120 (cento e vinte) dias após a decretação, bem como nos casos de extinção da punibilidade ou absolvição do réu por sentença transitada em julgado.

⁷⁶ Cumpre notar que a Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, ao elaborar parecer encaminhado ao Senado acerca do Projeto de Lei, entendeu pela rejeição total das disposições previstas sobre as medidas assecuratórias. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). *Parecer ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009*. Rio de Janeiro: Control C, 2010, p. 106.

resquícios de confusão conceitual entre as medidas cautelares patrimoniais previstas no CPP e no CPC, é fundamental compreendermos as previsões legais da legislação processual civil.

6 TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL

No âmbito do processo civil, a tutela jurisdicional é alcançada de forma provisória ou definitiva. Ao ensejo da presente pesquisa, é mister a compreensão das nuances da tutela provisória no âmbito do processo civil⁷⁷ para, posteriormente, em capítulo próprio, analisar os pormenores da tutela cautelar no processo penal e, enfim, estabelecer as semelhanças e diferenças entre ambas.

Como já dito, o tempo atua e permeia o processo judicial, tanto internamente, isto é, com a necessária observância do tempo para que o processo se desenvolva em consonância com as regras e princípios a ele inerentes, quanto externamente, na medida em que os seus efeitos devem garantir o direito ao jurisdicionado. Posto isso, parece razoável supor que a parte que acredita ter razão sobre a relação jurídica estabelecida tem pressa na solução do litígio.⁷⁸

É diante desse cenário que cabe ao magistrado realizar o juízo de proporcionalidade entre manter o *status quo* ou, de pronto, deferir uma tutela provisória com o propósito de salvaguardar o bem litigioso e, conseqüentemente, inverter o ônus da atuação do tempo. Tal juízo, por se tratar de provimento que demanda urgência na sua apreciação, dispensa o aprofundamento da matéria levada ao seu conhecimento.

Cabe lembrar que a tutela definitiva satisfativa é aquela que efetiva o direito material e se subdivide em tutela de certificação de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória) e a tutela de efetivação de direitos (tutela executiva, em sentido amplo).⁷⁹ Tais tutelas, após

⁷⁷ A pretensão desta a pesquisa não é esgotar o complexo e avançado estudo da tutela provisória no processo civil. Todavia, por persistir confusão teórica entre os institutos de natureza penal e civil, sobretudo quando dizem respeito às constrições de bens, mostra-se fundamental a elucidação do panorama geral da tutela provisória para a compreensão do fenômeno das medidas assecuratórias no processo penal.

⁷⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. (coord.) *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018, p. 96.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 684.

o término do devido processo (instrução, alegações, coletas de provas, decisões, recursos etc.) são as capazes de produzir os efeitos imutáveis da decisão.

Diferentemente das tutelas definitivas, as tutelas provisórias no processo civil (artigo 294 e seguintes do CPC⁸⁰) dividem-se em: tutelas urgentes (as quais se subdividem em tutelas cautelares e antecipadas) e de evidência⁸¹. Todas essas espécies de tutela pertencem ao gênero das provisórias porque não são capazes de gerar efeitos permanentes de imediato (artigo 296 do CPC⁸²).

Ribeiro e Alvim esclarecem que o CPC de 2015 “adotou o nome de tutela provisória para se referir à tutela antecipada e à tutela cautelar, seja pautada pela urgência, seja pela evidência”⁸³. Ambas as tutelas são suscetíveis de modificação após o exaurimento cognitivo, no entanto, há uma diferença estrutural entre ambas.

A tutela de cautelar serve, sobretudo, para afastar o *periculum in mora*, no sentido de evitar um prejuízo grave ou irreparável ao longo da tramitação do processo. Sua duração é vinculada à situação de perigo que visa a evitar, assim sendo, permanecerá enquanto não se alterarem os pressupostos de fato e de direito que autorizaram a sua prolação.⁸⁴

⁸⁰ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

⁸¹ Diante das particularidades características da tutela de evidência não se conectarem de forma direta com o objeto do presente trabalho, o ponto não será abordado na pesquisa. Nesse sentido, apenas para fins de compreensão: “A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. (...) Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica. Nestes casos, a evidencia se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Os elementos de evidência, que autorizam a concessão da tutela provisória, variarão conforme o direito positivo (...) a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 749-750.

⁸² Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

⁸³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. (coord.) *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 96.

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 138.

Já a tutela satisfativa tem por objeto a realização de um direito. Sua duração está atrelada aos pressupostos que determinaram a sua prestação, ou seja, permanece ativa enquanto houver necessidade de proteção ao direito.⁸⁵

De algum modo, as tutelas provisórias sempre estarão relacionadas ao prejuízo decorrente do decurso do tempo entre a relação jurídica estabelecida e a pretensão de o autor em ver o seu direito satisfeito. Justamente por não serem aptas a promover a coisa julgada do pedido principal, prescindem que o grau cognitivo do magistrado seja exaustivo, bastando o *fumus boni iuris* da alegação que demonstre a idônea probabilidade do direito do autor para que a tutela seja deferida.⁸⁶

Por outro lado, o indeferimento da tutela cautelar não é motivo que obste a formulação do pedido principal ou que possa influenciar o resultado do julgamento desse, com exceção dos casos em que a fundamentação da decisão seja pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição (artigo 310 do CPC⁸⁷). Ainda, para além do dever constitucional imposto pelo artigo 93, IX da CF⁸⁸, é mister que a decisão que concede, negue, modifique ou revogue as tutelas provisórias, esteja devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, de acordo com as previsões da legislação processual civil (artigo 298 do CPC⁸⁹).

6.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA (CAUTELAR E ANTECIPADA)

A tutela cautelar e a tutela antecipada possuem a mesma função no sistema processual civil e servem para assegurar a eficácia do provimento final do processo. Dentro da lógica

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 138.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. Salvador: JusPODVIM, 2020, p. 520.

⁸⁷ Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

⁸⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁸⁹ Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

processual imposta pelo CPC, destacam-se três características comuns de ambas, quais sejam, a provisoriedade, a revogabilidade e a sumariedade cognitiva.

A provisoriedade é a necessidade de juízo definitivo e aprofundado posterior à análise do pedido de tutela cautelar ou antecipada, justamente, para não permitir que o juízo provisório, que toma por base o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, perenize. Sob este prisma, a instrumentalidade da tutela provisória visa a satisfazer a garantia de não frustração do direito quando a tutela principal for proferida.

Dessa forma, a característica da provisoriedade alcança duas dimensões. A primeira de que, por autorizar uma decisão de juízo cognitivo sumário, pode ser modificada ou revogada. A segunda dimensão diz respeito ao fato de que irá perdurar, tão somente, até ser substituída por uma tutela definitiva.⁹⁰

A característica da revogabilidade preconiza que, por serem provisórias, tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória podem ser revogadas, desde que haja alteração na situação fática ou jurídica.⁹¹ Assim sendo, havendo mudança no estado de coisas, é possível a modificação ou a revogação da tutela para fins de adequação à situação concreta, todavia, não havendo alteração na situação fática, é defeso ao magistrado alterar ou revogar a tutela deferida.

Por fim, a tutela de urgência tem como característica a sumariedade cognitiva. É dizer, a avaliação da plausibilidade do pedido invocando o direito material está condicionada ao limite da plausibilidade, isto é, através de um juízo de cognição menos aprofundado verticalmente.⁹²

6.1.1 Especificidades da tutela cautelar

Para além das características comuns elencadas acima, a tutela cautelar possui um conjunto de características próprias que devem ter a sua presença confirmada. Por oportuno, neste momento, serão analisadas seis características: (1) a instrumentalidade, (2) a

⁹⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 98.

⁹¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda. TALAMINI, Eduardo (coords.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 96.

⁹² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 123.

referibilidade, (3) a autonomia e acessoriedade, (4) a fungibilidade cautelar, (5) o *fumus boni iuris* e (6) o *periculum in mora*.

(1) A instrumentalidade é a característica afirmativa de que a tutela cautelar serve para assegurar o resultado do processo principal (tutela mediata). Em outras palavras, é a ferramenta que visa a salvaguarda da utilidade da questão debatida em outro procedimento, o qual busca a tutela imediata de direito material.

Na dimensão cautelar, a instrumentalidade manifesta-se pela ausência de coincidência direta entre a tutela e o direito material perseguido no processo principal. É dizer, trata-se de uma “tutela mediata do direito material, ficando a tutela direta e imediata reservada ao processo dito principal”⁹³.

Segundo Mitidiero, acreditar que a tutela cautelar está vocacionada somente à proteção do debate acerca do direito na ação principal é uma ideia equivocada, posto que a tutela cautelar não é temporária e, na realidade, é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Isto porque, “nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic standibus* – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos”⁹⁴.

Portanto, a instrumentalidade da tutela cautelar não é alheia ao direito material buscado no pedido principal.⁹⁵ Ao contrário disso, se o deferimento da tutela cautelar está condicionado ao resultado provável e possível da tutela pretendida no pedido principal, o juízo é equivalente ao provimento definitivo da pretensão final, no entanto, modificável, em vista da sumariedade cognitiva.

A propósito, a instrumentalidade hipotética da cautelar afirma a “eficácia prática do provimento principal, diante de um juízo hipotético, mercê da impossibilidade de se afirmar, com certeza, a existência do direito, o que será possível tão somente no deslinde do processo/pedido principal”⁹⁶. É, tomando por base a instrumentalidade hipotética, que as

⁹³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 129.

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

⁹⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 130.

características já analisadas (provisoriedade, a revogabilidade e a sumariedade cognitiva) se constituem.

(2) A característica da referibilidade diz respeito ao fato de que o provimento cautelar deve guardar referência com um direito que merece acautelamento. Por sua vez, o direito a ser assegurado, deve ser o objeto do pedido principal, caso contrário, a pretensão acautelatória não guardaria relação com o objeto fundamental do processo.

Segundo Marinoni e Arenhart, a ideia de referibilidade é contraposta a de satisfatividade, uma vez que a primeira é indicativa de cautelaridade, já, a segunda, de uma tutela sumária satisfativa, razão pela qual a ausência de referibilidade indica a satisfatividade do direito e evidenciaria a inexistência da cautelaridade. Para o autor, “na tutela satisfativa inexistente referibilidade a um direito acautelado. É o caso da ação de alimentos provisionais. Aí não há referibilidade porque nada é assegurado”⁹⁷.

Em sentido contrário, Bedaque afirma que a função assecuratória da cautelar não exclui a possibilidade de a tutela cautelar antecipar efeitos finais, desde que com o intuito de assegurar a sua efetividade.⁹⁸ Nesse sentido, as tutelas cautelar e a antecipatória não seriam diferentes, justamente por guardarem relação com o conteúdo conservativo ou antecipatório do provimento final, em virtude de ambas visarem assegurar a eficácia do resultado a ser obtido no provimento final, distinguindo-se, tão somente, quanto ao grau de satisfatividade.

Independentemente da lição, seja ela pela consideração da referibilidade como antônimo da satisfatividade (como ensina Marinoni) ou como sinônimo de cautelaridade (conforme se posiciona Bedaque), é certo que a tutela cautelar tem como característica a referibilidade. E, por assim ser, a característica alcança dimensão formal e se constitui em elemento necessário da tutela cautelar.

(3) A autonomia e a acessoriedade da tutela cautelar é tema que sofreu evolução com a sucessão legislativa. No CPC de 1939, a cautelar estava inserida no Livro destinado aos processos acessórios e, após, na reforma que deu origem ao CPC de 1973, abandonou-se a ideia de acessoriedade e deu lugar à autonomia, que passou a ser considerada característica

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 208.

do processo cautelar, uma vez que se tratava de um *tertium genus* processual, englobando tanto as funções do processo de conhecimento quanto de execução⁹⁹.

Com a vigência do CPC de 2015, todavia, foi evidenciado o caráter acessório da tutela cautelar, registrada sob as características da instrumentalidade, provisoriedade e revogabilidade. Considera-se a acessoriedade como característica da tutela cautelar, em razão de seu objetivo em guarnecer as características da satisfatividade e definitividade, típicas da tutela principal.

Por seu turno, o CPC de 2015 andou bem ao abolir a figura do processo cautelar autônomo, tendo em vista que pouco sentido faria o seu intuito de manter um processo pautado pelo sincretismo, possibilitando a flexibilização e simplificação das formas e, ao mesmo tempo, manter um expediente que, incoerentemente, seria independente, mas guardava franca relação com a tutela principal. Ademais, como ocorria na prática, o processo cautelar se tratava de um subprocesso, no qual, muitas das vezes, se esgotava após o deferimento ou não do pedido liminar.

O atual CPC previu que após a efetivação da tutela deferida, cumprida e executada em caráter antecedente, caberá ao autor deduzi-la do pedido principal no prazo de trinta dias contados a partir da efetivação da cautelar (artigo 308 do CPC¹⁰⁰). Por este motivo, “afirma-se sem medo de errar que a partir da vigência do novo Código a autonomia da cautelar se tornou passado”¹⁰¹.

(4) A característica da fungibilidade que é princípio de processo civil e igualmente corolário da instrumentalidade das formas, alcança efeitos em todo o sistema processual,

⁹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 133.

¹⁰⁰ Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. §1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. §2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. §3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. §4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

¹⁰¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 133.

destacadamente, mas não de forma exclusiva, no plano recursal.¹⁰² Em síntese, a característica proporciona a aplicação das diretrizes constitucionais do amplo acesso à justiça e da efetividade.

Ovídio Batista afirma que vigora um princípio geral de adequação pelo qual uma medida cautelar específica possa ser submetida à substituição por outra, desde que respeitados determinados limites e que seja demonstrada a necessidade de compatibilização da tutela às necessidades do caso concreto.¹⁰³ À vista da característica, é possível, inclusive, o deferimento de determinada medida específica não requerida, sendo a correta ou mais acertada, como, por exemplo, em caso em que é formulado o pedido pela medida de arresto, sendo o caso de sequestro¹⁰⁴.

Outro exemplo possível, diz respeito ao anterior CPC, datado de 1973, que permitia a aplicação da fungibilidade entre uma cautelar típica e outra atípica. A questão ganha contornos relevantes, levando em conta que com base no poder geral de cautela¹⁰⁵ do magistrado, que lhe conferia ampla liberdade para verificar a presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ao caso concreto.

À primeira vista, a questão deveria ter sido superada a partir da vigência do CPC de 2015, uma vez que extinguiu a técnica da cautelaridade típica. No entanto, a doutrina crítica aponta um problema na leitura do atual dispositivo da tutela cautelar (artigo 301 do CPC¹⁰⁶), uma vez que afirma se tratar de rol exemplificativo, mas, por outro lado, deixa de conceituar e distinguir as específicas medidas de “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem”.

¹⁰² O assunto da fungibilidade da cautelar é tema que alcança diversas correntes e produz grande discussão por parte da doutrina crítica. Nosso compromisso é o de tão somente apresentar a característica e não o de aprofundar o debate acadêmico acerca da categoria de processo civil. Para maior profundidade, por todos: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰³ SILVA, Ovídio A. Batista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 175.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 135.

¹⁰⁵ Vide item 4.1. *infra*.

¹⁰⁶ “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

(5) O *fumus boni iuris* é a plausibilidade do direito alegado. Isto é, um juízo hipotético realizado em cognição sumária que leva em conta a alegação da parte que afirma a alta probabilidade que o pedido principal será deferido.¹⁰⁷

Dessa forma, se o magistrado se convencer sumariamente sobre a existência do direito ou, ao menos, vislumbrar a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente, a medida será deferida. Com efeito, em sentido contrário, caso a pretensão se mostre inviável desde o juízo cognitivo sumário, não haverá tutela cautelar a ser deferida, posto que, se a medida visa a proteção da tutela principal, na hipótese de não se verificar a probabilidade de deferimento, não existe tutela a ser acautelada.¹⁰⁸

É a partir do *fumus boni iuris* que se origina a permissão de que a decisão judicial leve em consideração a verossimilhança preponderante e permite que “a convicção de que o direito afirmado pelo autor prepondera sobre a posição jurídica do réu”¹⁰⁹. À sua evidência, o *fumus boni iuris* da tutela cautelar sempre guardará relação direta com o direito principal.

(6) O *periculum in mora* da medida cautelar diz respeito à necessidade de rápida atuação do magistrado frente ao risco de lesão ou perecimento do direito. Se trata, em primeira análise, da garantia de que a demora (natural ou artificial, causada pelas partes) na prestação jurisdicional não se constitua em obstáculo à fruição do direito.

Especificamente em relação à tutela cautelar, assim como o *fumus boni iuris*, a análise da presença do *periculum in mora* deve estar voltada ao pedido principal. O risco de ineficácia do provimento principal caso a medida não seja levada a efeito deve estar presente na decisão que a defere.

Assevera a doutrina, que “o elemento dano está, pois, implícito no conceito de *periculum in mora*; noutras palavras, não basta a demora, mas sim uma demora qualificada pelo dano”¹¹⁰. Neste contexto, a decisão judicial possui a aptidão e o dever de tentar minimizar ou neutralizar o potencial dano que sofrerá a parte.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 113.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.140-141.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146.

¹¹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 143.

Importante destacar, que de acordo com as diretrizes processuais civis, há de ser considerado, igualmente, o *periculum in mora* inverso. A ressalva toma contornos significativos dentro da lógica cognitiva do juízo sumário e pondera que, como regra, a medida de urgência (cautelar e antecipação de tutela) não deverá ser concedida quando houver o risco de irreversibilidade.

6.1.2 Especificidades da tutela antecipada de urgência

A tutela provisória trata-se de medida satisfativa que antecipa os efeitos da tutela definitiva e confere a imediata eficácia ao direito pleiteado. A satisfação do direito, portanto, é antecipada e, após o seu deferimento, o bem da vida já é outorgado ao requerente, ainda que de forma provisória.¹¹¹

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada sofreram grande alteração após o CPC de 2015. Anteriormente, na vigência do CPC de 1973, o pressuposto era o de haver prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação (artigo 273 do CPC¹¹²).

No entanto, a expressão cunhada pelo anterior Código era, no mínimo, contraditória, tendo em vista que uma prova inequívoca conduziria à certeza, inerente à tutela satisfativa. Diante da má técnica redacional do artigo, a doutrina manifestava-se no sentido de que a prova inequívoca, conforme descrita no artigo de lei, deveria significar prova robusta, convincente e não indiscutível ou absoluta, pois, “o juiz tem de antecipar ou não a tutela jurisdicional tão somente com base na probabilidade da existência do direito afirmado em juízo”¹¹³.

O CPC de 2015 pareceu encerrar a discussão ao prever, expressamente que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 691.

¹¹² Artigo 273 do CPC/1973: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 113.

direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (artigo 300 do CPC¹¹⁴). Portanto, para ambas as tutelas de urgência, a cautelar e a antecipação de tutela (satisfativa) são exigíveis os mesmos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Conforme esclarece Mitidiero, a antecipação da tutela não atua nos domínios da verdade¹¹⁵, “seja por força da postergação do contraditório, seja por força da ausência de todas as provas necessárias para esclarecimento do caso no processo”¹¹⁶. Todavia, esclarece o autor, que em razão de o Estado Constitucional estar fadado à busca perpétua pela verdade, a convicção a ser formada com base na probabilidade, por decorrência do compromisso ético-político com a sociedade, a decisão só poderá ser justa se tomar como ponto de partida a ideia da busca processual pela verdade.

Com relação à irreversibilidade da medida, o atual CPC repete a mesma regra prevista no anterior e afirma que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” (artigo 300, §2º, do CPC). Em que pese a legislação não fazer referência expressa à tutela cautelar, conforme já visto, a advertência é igualmente aplicável.

Cumprir referir que a reversibilidade expressada não se trata daquela adquirida através de normas procedimentais jurídicas, uma vez que a decisão do magistrado é sempre reversível, diante da possibilidade de revogação, cassação, modificação recursal etc. O que a legislação visa a proteger diz respeito à reversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência.¹¹⁷

¹¹⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. §1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. §2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. §3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

¹¹⁵ O autor trabalha com a ideia de verdade por correspondência: “A verdade – no processo e fora dele – tem de ser compreendida a partir da ideia de correspondência. Determinada proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Perceba-se que nessa linha ela não se confunde de modo nenhum com a certeza, que constitui um estado subjetivo ligado ao convencimento de alguém, não necessariamente reconduzível à realidade”. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 114.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 113.

¹¹⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 150.

Nos casos em que se verifica a possibilidade de irreversibilidade fática da situação, deve ser sopesado, com base na proporcionalidade, qual o interesse que merece prevalência constitucional. No entanto, há situações em que o risco de danos às partes, caso deferida ou indeferida a medida, são semelhantes.

Deve ser realizado, nestes casos, um juízo de ponderação entre os males causados à cada uma das partes diante da situação concreta e optar pelo menor deles. Porém, a doutrina afirma que, se ainda assim se mostrarem equivalentes, como regra, “sempre que forem constatados a probabilidade do direito e o perigo da demora da prestação jurisdicional decorrente da sua não satisfação imediata, deve-se privilegiar o direito provável, adiantando a sua fruição”¹¹⁸.

7 A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

Compreendidos os contornos conceituais básicos da tutela de urgência no processo civil, resta evidenciado que a decisão judicial se pautará pelos pressupostos previstos em lei para determinar o seu posicionamento. Não há espaço para discricionariedade judicial, portanto, preenchidos os pressupostos, a tutela provisória será concedida e, caso ausentes requisitos, deverá ser denegada.

Com efeito, por força da normatividade da lei, é imprescindível que o magistrado motive o seu convencimento de forma inequívoca às partes, sendo vedada a decisão vaga e imprecisa em relação às razões de decidir (artigo 298 do CPC¹¹⁹). Digno de registro, ademais, o compromisso do CPC com o dever de fundamentação da decisão judicial e, de forma explícita, assegura os requisitos para que seja considerada devidamente fundamentada (artigo 489, §1º, do CPC¹²⁰).

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 727.

¹¹⁹ Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

¹²⁰ Artigo 489: (...) §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

7.1 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO CIVIL

O poder geral de cautela conferido ao magistrado no processo civil diz respeito ao reconhecimento de que não cabe (e nem poderia) ao legislador prever todas as situações de direito civil material que ensejam risco e justificariam a concessão da tutela de urgência. Assim sendo, este poder-dever outorgado ao juiz permite que, frente ao caso concreto, seja concedida a medida mais adequada e necessária para a eliminação da ameaça ou do perigo de dano, mesmo nas hipóteses em que não tenham sido expressamente previstas na legislação (artigo 297 do CPC¹²¹).¹²²

O alcance das medidas atípicas gerou profundo debate durante a vigência do CPC/1973. Ao ensejo, justamente por não possuírem previsão legal, o limite e o alcance das medidas provisórias causaram polêmica ao tornar incerta a possibilidade ou não de provimentos que antecipassem o direito material afirmado pela parte, ou seja, se poderiam alcançar o caráter satisfativo.

Com a vigência do CPC de 2015 o problema foi resolvido, uma vez que a cautelar e a tutela antecipada, “submetem-se, salvo quando antecedentes, ao mesmo procedimento e, bem assim, exigem para a sua concessão os mesmos requisitos”¹²³. Desse modo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, por se tratarem de conceitos vagos, exigem a interpretação judicial para determinação do direito, sem que isso, todavia, se confunda com discricionariedade.

Positivada na legislação a possibilidade de imposição de medida idônea inominada para garantir a satisfação do direito (artigo 301 do CPC¹²⁴), resta configurada, de qualquer

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹²¹ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

¹²² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 109.

¹²³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 109.

¹²⁴ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

forma, o amplo espectro de atuação judicial. Novamente, cumpre frisar que, este espaço aumentado da atuação não significa poder ilimitado, devendo, o poder geral de cautela, sempre, estar ligado à noção de subsidiariedade ao direito principal pleiteado no processo de conhecimento.

7.2 ATUAÇÃO DE OFÍCIO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O deferimento da medida da tutela provisória de urgência *ex officio* pelo magistrado é assunto dividido na doutrina. A questão é se o postulado constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV, da CF) se aplicaria mesmo nas situações em que não há requerimento da parte.

A este respeito, uma corrente doutrinária se posiciona firmemente no sentido de que é necessário que o interessado requeira a medida para que haja a concessão da tutela provisória, sendo vedada a atuação de ofício pelo juiz.¹²⁵ Para ilustrar e fundamentar a assertiva do pensamento, Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam se tratar de exigência decorrente da regra da congruência, adotada pelo CPC (artigos 2º¹²⁶, 141¹²⁷ e 492¹²⁸ do CPC)¹²⁹.

A corrente doutrinária reconhece haver casos de que o pedido de concessão da tutela provisória esteja implícito ou, ainda, em situações excepcionalíssimas em que o magistrado se depara com o latente risco de perecimento do direito e sendo a única forma de preservar o resultado útil do processo. Por exemplo, na ação de alimentos, não seria violada a regra da inércia da jurisdição, tendo em vista que o juiz não extrapolaria os limites pedido, mas, tão somente, anteciparia os seus efeitos de forma provisória.

¹²⁵ Nesse sentido: SILVA, Ovídio A. Batista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 99; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 719.

¹²⁶ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

¹²⁷ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

¹²⁸ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 719.

Em sentido diverso, parte da doutrina afirma a possibilidade de atuação *ex officio* não só para casos excepcionais expressamente referidos em lei nas tutelas de urgência, mas também para as situações excepcionais que, embora não previstas, demandam o controle judicial.¹³⁰ As situações excepcionais em que estaria legitimado o juiz a atuar independentemente de provocação seriam nas situações em que o próprio processo corre risco, portanto, nas hipóteses de atuação para proteger a autoridade da jurisdição, bem como para garantir a efetividade da tutela jurisdicional de direito material.¹³¹

Aparentemente, é consenso na doutrina, o fato de que é necessária uma demanda judicial preexistente para a concessão da medida, seja ela perfectibilizada através do processo de conhecimento, seja no de execução. Nesse sentido, explica Mitidiero que após o ajuizamento de determinada ação visando à tutela do direito, encontram-se a liberdade e a autonomia privada, devidamente asseguradas, ou seja, somente a partir deste momento que o problema é transferido do plano da iniciativa para o plano processual.¹³²

Registra o autor que, se é dado que em outro momento a condução do processo cabia principalmente às partes, atualmente é assente que a condução é realizada pelo magistrado “em clima de permanente colaboração com as partes”.¹³³ O empasse doutrinário, portanto, seria resolvido através da possibilidade de o juiz consultar à parte que poderá se beneficiar pela antecipação de tutela (e com mais razão ainda na tutela cautelar), fundamentado no seu dever de cooperação com o processo (artigo 6º do CPC¹³⁴).

¹³⁰ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104-105; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 154.

¹³¹ Ainda, há corrente doutrinária que afirma a possibilidade de atuação de ofício limitada à tutela cautelar e não se estendendo à antecipação de tutela. Por todos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87-88.

¹³² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹³² SILVA, Ovídio A. Batista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 109.

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹³³ SILVA, Ovídio A. Batista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 109.

¹³⁴ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

7.3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

O CPC de 2015 unificou os requisitos para a concessão da tutela cautelar e da antecipação de tutela. Contudo, embora ambas estejam circunscritas sob um regime de caráter incidental ao pedido principal, foi previsto regimes diferenciados para a concessão de cada uma das tutelas de urgência.

Com efeito, ao dispor sobre a concessão da antecipação de tutela, a legislação ocupou-se de afirmar que na hipótese de não interposição recursal, a decisão torna-se estável (artigos 304 do CPC¹³⁵). Por outro lado, ao positivar a tutela cautelar, o legislador possibilitou que o magistrado altere o provimento e possibilite que o requerimento seja considerado como medida que exige a antecipação da tutela (artigo 305, parágrafo único, do CPC¹³⁶).

Na ocasião, se estaria diante de uma hipótese de fungibilidade progressiva da conversão da medida cautelar em satisfativa, ou seja, da menos para a mais agressiva. Por analogia, de igual forma, é admissível a fungibilidade regressiva, isto é, embora o pedido seja de tutela antecipada, o juiz concede a tutela cautelar (portanto, da medida mais afluente para a menos rigorosa)¹³⁷.

Nestes casos, é necessário que o juiz evidencie a motivação e a fundamentação de seu posicionamento, sobretudo para que não cause prejuízos às partes, na medida em que há diferença entre os ritos. Em última análise, a fungibilidade de mão dupla é admissível às

¹³⁵ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. §1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto. §2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*. §3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º. §4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. §5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º. §6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

¹³⁶ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

¹³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 747-748.

tutelas de urgência, tendo em vista que a conversão procedimental inadequada dará espaço para a adequação legal¹³⁸.

¹³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019, p. 748.

SEGUNDO CAPÍTULO: MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS

O processo penal brasileiro não comporta a categoria de ação cautelar.¹³⁹ A cautelaridade no processo penal é exercida através de medidas incidentais com objetivo de garantir a satisfação de comandos judiciais de sentenças condenatórias que determinam a restituição de coisas, a reparação do dano, a indenização dos prejuízos causados, o pagamento da multa e das custas processuais e o perdimento de bens.¹⁴⁰

As medidas cautelares reais passaram a despertar interesse dos operadores do direito e, atualmente, além de serem objeto de amplo debate científico, são comumente empregadas na prática forense. Dentre os motivos para o maior emprego das medidas, se constata a mudança paradigmática que ampliou o interesse para a proteção dos bens jurídicos afeitos às áreas tributárias, econômica e financeira.

É neste contexto que a tutela cautelar patrimonial penal se insere no ordenamento jurídico. Atualmente, as medidas assecuratórias de natureza penal são: sequestro de bens móveis, imóveis; especialização e registro da hipoteca legal; arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal; arresto subsidiário de bens móveis; os procedimentos cautelares com finalidade assecuratória de busca e de apreensão.

As orientações gerais acerca da cautelaridade, que engloba as medidas pessoais e as patrimoniais, não devem ser descuidadas quando da análise das especificidades de cada espécie, ainda que estejam dispostas conjuntamente, em capítulos distintos no CPP. Muitas das vezes, ao longo da pesquisa, será realizado o cotejo entre a chamada teoria geral das cautelares com as particularidades inerentes às medidas cautelares de natureza patrimonial e com pontuais especificações com as medidas cautelares de natureza pessoal, para fins de compreensão e aproximação da teoria geral.

1 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

As medidas assecuratórias previstas no Capítulo VI, do Título VI, “Das questões e processos incidentes” do CPP, têm por objetivo as tutelas provisórias, as quais dependem da

¹³⁹ Em sentido diverso: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 4.

superveniência da tutela definitiva. Embora possuam carga aflitiva ao indivíduo, à luz principiológica constitucional, não podem servir como forma de antecipação dos efeitos da pena (artigo 5º, LVII, da CF¹⁴¹).

Tendo em vista que as medidas cautelares têm pressupostos e requisitos distintos da sentença penal de mérito¹⁴², não podem se prestar a produzir, de imediato, efeito definitivo no direito material.¹⁴³ Em outras palavras, as tutelas cautelares atuam como ferramenta para preservar a segurança do processo, isto é, quando verificada a presença de risco extrínseco à persecução penal decorrente do grave dano ao reconhecimento e da alta probabilidade de dano irreparável na futura satisfação do direito.¹⁴⁴

Antes da decretação da medida de urgência, é imprescindível que se realize a devida avaliação quanto a necessidade de imposição da medida cautelar para garantir a eficácia processual. Do contrário, a medida de urgência serviria como mera antecipação dos efeitos de futura e incerta condenação, o que, repete-se, é inadmissível constitucionalmente.

A doutrina apresenta incerteza na sistematização das exigências para concessão das medidas. Nesse sentido, os conhecidos requisitos do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (risco da demora), comumente utilizados no processo civil, encontram divergências no que diz respeito à sua classificação, não havendo clareza se são pressupostos, requisitos ou, de forma concomitante, representam o fundamento e a finalidade da medida.¹⁴⁵

Os significados dos conceitos de fumaça do bom direito e do risco da demora, obedecendo a lógica sistematizadora processual penal, devem ser compreendidos. Cumpre notar que a disposição do patrimônio também pode ser objeto das tutelas de urgência no

¹⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁴² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 99.

¹⁴³ 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*. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 39.

¹⁴⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 73.

¹⁴⁵ 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*. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 40.

âmbito do direito processual civil, razão pela qual, por vezes, será necessário realizar um cotejo com os seus postulados, sem que isso represente a adoção ou a incorporação inconsequente de suas categorias no processo penal.

1.1 *FUMUS BONI IURIS E FUMUS COMISSI DELICTI*

No processo civil, o *fumus boni iuris* possibilita que a tutela cautelar seja deferida com base na verossimilhança da alegação do requerente, realizado após um cálculo preventivo quanto a probabilidade de que, futuramente, será concedida a tutela definitiva.¹⁴⁶ Naquela área de conhecimento do direito, a “fumaça do bom direito” é expressada através do exercício judicial de antever um resultado favorável ao autor, tomando por base as alegações até então veiculadas, ainda que sem a completude do devido processo.

No processo penal, diferentemente, a presunção de inocência não permite que o juiz realize, de forma antecipada, o cálculo probabilístico quanto à futura condenação do acusado¹⁴⁷. Parte da doutrina, por este motivo, indica a utilização do termo *fumus commissi delicti* para definir o requisito apto a justificar a imposição de alguma das medidas cautelares do processo penal.¹⁴⁸

Marta Saad pontua que, por se tratar de conceito típico do processo civil, seria preferível a substituição do *fumus boni iuris* pelo conceito de justa causa remota, devendo, em cada uma das espécies de medida assecuratória, ser observado o requisito que a própria legislação impõe.¹⁴⁹ Em sentido muito semelhante, porém com nomenclatura diversa, entende-se pela possibilidade de coexistência das duas dimensões de incidência do juízo probabilístico (*fumus commissi delicti* e *fumus boni iuris*), que deverão ser pautados pela reunião de indícios e o local de sua incidência.

¹⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Jus Podivn, 2019, p. 684.

¹⁴⁷ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

¹⁴⁸ Nesse sentido: “constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!” LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 907.

¹⁴⁹ 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*. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 61.

A primeira dimensão, diz respeito às medidas cautelares de natureza pessoal e a todas as patrimoniais que disponham sobre o patrimônio de origem lícita do investigado ou acusado (especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens e sequestro subsidiário). Para este grupo de medidas cautelares, em vez da utilização do termo *fumus boni iuris*, seria adequado o conceito de *fumus commissi delicti*, o qual exige a prova da ocorrência do crime e a reunião de indícios suficientes da autoria.

Com relação à autoria, não se trata da mera possibilidade, mas da efetiva coleta de indícios suficientes que demonstrem a alta probabilidade de que o indivíduo seja autor ou partícipe do crime investigado e legitimem a tutela cautelar¹⁵⁰. Deve haver, ainda que através de juízo sumário, a devida verificação da alta probabilidade de que o jurisdicionado concorreu para a prática do delito.¹⁵¹

A segunda dimensão está ligada especificamente à medida assecuratória de sequestro, na qual, o *fumus boni iuris* se consubstancia na negativa do direito em se manter inerte frente a uma situação que induz à utilização de bem de origem ilícita. As particularidades da medida de sequestro serão abordadas em momento específico desta pesquisa, no entanto, por ora, convém deixar claro que a medida repousa sobre a coisa em si ou sobre o proveito econômico gerado a partir do bem de origem ilícita, não fazendo a exigência que se tenha elementos indiciários da autoria delitiva.

Por este motivo, a título de exemplo, o sequestro pode ser decretado ainda na fase de inquérito, momento em que ainda não se tem justa causa para o início da ação penal. Dessa forma, para legitimar a medida de sequestro, entende-se necessário a verificação das duas premissas:

Do *fumus commissi delicti*, o qual pressupõe a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (a rigor do artigo 126 do CPP¹⁵²), bem como do *fumus boni iuris* no sentido de autorizar a sua retirada de circulação, independentemente de quem esteja de posse do bem. Em outras palavras, para além da condição imposta por lei, há de ser

¹⁵⁰ A este respeito: CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, v. 2, 2019, p. 181-182.

¹⁵¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30-34.

¹⁵² Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

demonstrada a necessidade de o direito agir preventivamente para coibir eventual fruição do bem ilícito.

Ao ensejo, quanto ao significado de indícios veementes, destaca Tornaghi serem aqueles que conduzem a grave suspeita e eloquentemente apontam para um fato ilícito, gerando uma suposição muito próxima à certeza¹⁵³. Não por outra razão, em se verificando a coexistência de outra hipótese plausível da proveniência dos bens, os indícios de proveniência ilícita deixam de ser veementes e, conseqüentemente, deslegitimam a imposição da medida.

1.2 PERICULUM IN MORA

A demora no desenvolvimento do processo penal é, muitas vezes, motivo para o dano irreparável ou de difícil reparação à prestação jurisdicional efetiva. O *periculum in mora* é o fundamento ontológico que visa a abrandar os efeitos do transcurso do tempo processual¹⁵⁴, evitando que “ocorra algum evento, natural ou voluntário, que suprima ou restrinja os interesses, tornando-os impossíveis de serem satisfeitos ou limitando sua realização pelos órgãos jurisdicionais”¹⁵⁵.

Embora o CPP tenha silenciado a este respeito, o conceito de *periculum in mora* nas medidas cautelares patrimoniais está atrelado a duas circunstâncias: (1) a garantia da realização de atos indispensáveis ao interesse do processo, decorrente do tempo necessário para atingir o seu fim e (2) garantia dos bens contra diminuição ou perecimento, preservando a eficácia da sentença final.¹⁵⁶

A leitura das disposições do Capítulo VI, do Título VI, do CPP indica que as medidas assecuratórias não estão condicionadas a fatos que confirmam ineficácia à reparação do dano

¹⁵³ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1959, p. 75-76.

¹⁵⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1959, p.113.

¹⁵⁵ 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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 46.

¹⁵⁶ Em sentido semelhante, com relação a medida cautelar pessoal da prisão preventiva, a doutrina ensina que “é necessário verificar, na sequência, se o perigo na demora da imposição da medida cautelar pode sacrificar determinado bem jurídico processual como a higidez da instrução processual ou mesmo a perda da possibilidade da efetivação da punição a ser imposta (objetivos endoprocessuais) e/ou se o agente dá mostras de que pretende continuar na prática criminoso (objetivo extraprocessual)”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 673.

causado pelo delito. Com exceção da medida de sequestro, que visa o perdimento dos bens adquiridos de forma ilícita ou os seus proveitos econômicos, as demais medidas se fundamentam no risco de que o jurisdicionado venha a dissipar ou dispersar o seu patrimônio e deixe de honrar a obrigação de indenização do dano, caso sobrevenha sentença condenatória.

Para a decretação do sequestro, a lei não exige a demonstração do risco de perecimento ou dilapidação patrimonial, considerando o *periculum in re ipsa* nos casos de facilidade de transmissão de bens móveis pela mera tradição. Tanto é assim, que o legislador determina o acautelamento do bem sequestrado em poder de depositário judicial.

Para as demais medidas assecuratórias, não são previstas hipóteses em que se faça necessária a produção probatória de insuficiência patrimonial do acusado como motivação para decretação da medida. A partir de uma leitura harmônica da legislação penal, conclui-se que a mínima intervenção judicial é a mais adequada, razão pela qual não podem as medidas serem impostas de forma automática.¹⁵⁷

Deste modo, como forma de minimizar o excesso na restrição de direitos fundamentais decorrente dos possíveis efeitos deletérios causados pela imposição de medidas constritivas do patrimônio, a atuação do tempo apta a justificar o *periculum in mora* não pode estar relacionada com o atraso do desenvolvimento natural do processo, o qual se constituiria, no máximo, em um perigo genérico. É dizer meras conjecturas subjetivas, que, sem amparo na concretude do caso, são insuficientes.

O *periculum* deve tomar por base os fatos objetivos de que a prestação jurisdicional poderá ser frustrada e estar demonstrado no requerimento de imposição da medida. Portanto, com exceção da medida de sequestro que não o exige, o *periculum in mora* das demais medidas assecuratórias deve se consubstanciar no efetivo risco de insolvência, em caso de condenação.¹⁵⁸

¹⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

¹⁵⁸ Apresentando vetores que possibilitam o controle judicial: “a inadequação do patrimônio do imputado quanto à avaliação provisória do montante de causado (sic.) à vítima; a insuficiência do seu patrimônio frente aos possíveis credores; e o temor de dispersão ou diminuição do patrimônio, que faz surgir a exigência patrimonial de um vínculo patrimonial capaz de assegurar a conservação da garantia” 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*. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 55.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CAUTELARIDADE

As tutelas cautelares penais pessoais e patrimoniais possuem ao menos sete características comuns: (1) instrumentalidade hipotética, (2) provisionalidade, (3) provisoriedade, (4) preventividade, (5) cognição sumária, (6) referibilidade e (7) proporcionalidade.

(1) A instrumentalidade hipotética decorre da demora em que o processo penal leva para atingir o seu fim. A imposição de medida cautelar deve servir para abrandar os efeitos do longo tempo transcorrido desde o seu início até o seu fim, garantindo-se a eficácia da decisão definitiva futura.

A medida cautelar deve servir como instrumento necessário para assegurar que ao final do julgamento de mérito os efeitos de eventual condenação estarão preservados. Refere-se a dupla instrumentalidade da medida, isto é, uma vez que a ação penal não é um fim em si mesma, mas um instrumento que serve ao direito material (primeiro plano), para, além dela, a cautelaridade como forma de preservação dos seus efeitos atenda a utilidade e eficácia do processo penal (segundo plano).

(2) A característica da provisionalidade ou acessoriedade assegura o caráter situacional das medidas impostas, as quais tutelam uma situação fática específica. Tendo em vista que o provimento cautelar não promove a coisa julgada, deverá, obrigatoriamente, haver outro provimento que irá satisfazer a tutela jurisdicional de forma definitiva.¹⁵⁹

Assim sendo, as medidas cautelares pessoais e patrimoniais, em última análise, têm o dever de resguardar os efeitos condenatórios possíveis da ação penal.¹⁶⁰ A título de exemplo, a característica pode ser claramente visualizada a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019, na qual alterou a redação do CPP e positivou o caráter situacional das medidas cautelares pessoais (artigo 282, §5º, do CPP¹⁶¹).

(3) A provisoriedade é a característica que condiciona a existência da medida cautelar até cumprir determinada finalidade, devendo ser encerrada após alcançar o seu objetivo ou

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1131.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 640.

¹⁶¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: §5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

caso não mais se justifique. Com efeito, o caráter provisório da tutela cautelar impõe que a sua duração máxima esteja vinculada ao provimento final do julgamento de mérito.

A eficácia da medida cautelar deve durar enquanto estiver presente a situação de perigo¹⁶², por exemplo, após atingir o trânsito em julgado, não se justifica a manutenção da medida de sequestro de bens, haja vista que, em caso de condenação, deverá ser operado o perdimento declarado em sentença. Igualmente, as demais medidas assecuratórias, formarão título executivo a ser processado no juízo cível (artigo 62 do CPP¹⁶³), não mais justificando a subsistência da medida penal.

(4) A preventividade é a característica determinante de que toda tutela cautelar deve ter a finalidade de prevenção da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação e perdurará somente o tempo necessário para o desenvolvimento do devido processo legal. No intuito de evitar que o transcurso do tempo impeça a proteção dos efeitos da tutela jurisdicional a quem tiver direito, no caso de sentença penal condenatória, a tutela cautelar busca “conservar um estado de fato (por exemplo, sequestrando o bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição a direitos do acusado (por exemplo, através da prisão preventiva ou proibindo o indivíduo de ausentar-se do país)”¹⁶⁴.

(5) A característica da cognição sumária da medida cautelar se relaciona com a urgência na sua decretação, motivo pelo qual, até que seja proferida a decisão, não se exige o conhecimento exauriente de todo o contexto processual.¹⁶⁵ Em razão da urgência em evitar o iminente perigo, a decisão é pautada pela probabilidade, realizada a partir do juízo, quanto à presença do *fumus boni iuris* e do *fumus commissi delicti*.

(6) A referibilidade é a característica que torna necessária a vinculação de uma determinada situação concreta de direito material relacionada à finalidade em que o provimento cautelar terá de assegurar. A tutela de natureza penal deve acautelar um direito, em vista de, antecipadamente, garantir os efeitos de uma condenação por um crime específico que seja objeto de imputação (denúncia ou queixa).

¹⁶² 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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 71.

¹⁶³ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1131.

¹⁶⁵ TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 548.

Badaró exemplifica que, em uma ação penal que apura o crime de corrupção, o sequestro de bens deve incidir sobre o proveito econômico que o suposto corrupto obteve por tal delito (por exemplo, o imóvel comprado com o dinheiro recebido), não sendo possível que se estenda a outros bens que desinteressam ao processo, ainda que sejam de natureza ilícita.¹⁶⁶ Cumpre notar, que para além de se tratar de característica cautelar, a referibilidade deve atuar como forma de controle da legalidade na imposição da medida.

(7) A proporcionalidade é a característica que assegura o dever do magistrado em realizar, frente ao caso concreto, “a opção entre a imposição, manutenção, conversão ou substituição de determinada medida cautelar”¹⁶⁷. A proporcionalidade alcança forma de princípio geral do direito e é com base nela que serão estabelecidos os limites da tutela cautelar, pois serve de balizamento para a devida ponderação da adequação e da necessidade, tanto no momento da decretação da medida, quanto na avaliação da sua manutenção, haja vista que a restrição judicial cautelar não pode ser admitida como regra (artigo 5º, LIV, da CF¹⁶⁸).

A partir da reforma legislativa promovida pela Lei n. 12.403/2011, o CPP passou a referir expressamente que as medidas cautelares serão aplicadas quando houver necessidade para aplicação da lei penal, da investigação ou da instrução processual. Igualmente, determinou que a medida deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do jurisdicionado (artigo 282, *caput*, I e II do CPP¹⁶⁹).

Leciona Giacomolli no sentido de que, deve ser sopesado a perspectiva entre meios e fins subjacentes à medida, de forma qualitativa (motivação) e quantitativamente (duração).¹⁷⁰ Assim sendo, para além da proporcionalidade em sentido estrito, a proporcionalidade deve incorporar os filtros da adequação e da necessidade da medida cautelar.¹⁷¹

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1136.

¹⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 40.

¹⁶⁸ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁶⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

¹⁷⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 40.

¹⁷¹ Nesse sentido: “deve haver exame da proporcionalidade não só no que toca à aplicação da medida, mas também à sua duração, extensão e também execução”. GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. As medidas

Portanto, ao ser verificada a desnecessidade de submissão do acusado a qualquer espécie de restrição imediata, seja de sua plena liberdade, seja de seus bens, é incabível qualquer medida cautelar. Sucessivamente, caso seja demonstrada a necessidade, a medida deve ser adequada, ou seja, impende ao magistrado que realize a ponderação no estabelecimento da alternativa menos gravosa ao direito de liberdade ou de fruição patrimonial do indivíduo.¹⁷²

Neste juízo de convicção, é fundamental a avaliação através da proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, o dever de sopesar o prejuízo material e moral que será experimentado pelo jurisdicionado, a fim de verificar a pertinência da medida.¹⁷³

3 MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A idoneidade da fundamentação da decisão judicial é protegida constitucionalmente (artigo 93, IX da CF¹⁷⁴). Para além da EC 45/2004 que alterou parcialmente o dispositivo para estabelecer a nulidade como consequência da ausência de fundamentação, a Convenção Americana de Direitos Humanos previu a mesma garantia (artigo 8.1 da CADH¹⁷⁵).

Inseridas no contexto processual, a motivação das decisões judiciais possui caráter endoprocessual, oferecendo às partes o conhecimento acerca das razões de decidir do magistrado e, conseqüentemente, possibilitando eventuais impugnações. De igual sorte, a

assecuratórias do Código de Processo Penal como Forma de Tutela Cautelar destinada à reparação do Dano Causado pelo Delito. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 78.

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1147. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 114.

¹⁷³ Por todos, 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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 77. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1146.

¹⁷⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹⁷⁵ Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

devida fundamentação da decisão atua em função externa ao processo (extraprocessual), garantindo à sociedade a possibilidade de controle da atividade jurisdicional.¹⁷⁶

Dessa forma, a imprescindibilidade da motivação da decisão judicial constitucionalmente garantida guarda relação com duas características centrais: “a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais”.¹⁷⁷ Para além do caráter constitucional, a legislação processual penal, igualmente, ocupou-se de garantir a devida motivação da fundamentação.

Com efeito, a alteração dada pela Lei n. 13.964/2019 fez constar no CPP referência expressa de que é hipótese de nulidade a ausência de devida fundamentação decisória (artigo 564, V, do CPP¹⁷⁸). De salientar que a decisão referida pela lei processual não se restringe às sentenças ou acórdãos proferidos, mas toda e qualquer decisão de cunho decisório.

Dentre tais decisões, com acerto, o legislador se preocupou em ressaltar a importância da fundamentação na decisão que decreta a aplicação de medidas cautelares. Nesse sentido, foi positivada a exigência de que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada (artigo 315 do CPP¹⁷⁹).

Ainda que possa parecer redundante a redação do verbete, reputa-se importante a expressa previsão de que a fundamentação judicial deve ser observada em qualquer decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão.¹⁸⁰ Certo, igualmente, o raciocínio do legislador que fixou a regra da contemporaneidade para o cabimento das medidas cautelares, isto é, somente serão aplicadas para fatos novos ou contemporâneos.

¹⁷⁶ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 72.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 666.

¹⁷⁸ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

¹⁷⁹ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. §1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. §2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 686.

No que limita às medidas cautelares patrimoniais, a contemporaneidade ganha outra perspectiva. Aparentemente o legislador quis fazer menção às cautelares pessoais no artigo 315 do CPP, todavia, a regra deve ser igualmente observada quando da decretação das medidas assecuratórias, tendo em vista que, na hipótese de transcurso prolongado de tempo entre o fato criminal e a imposição da medida, restariam prejudicados os requisitos limitadores da adequação e necessidade.

Para além dessas alterações, reputa-se como acertada a previsão legal das hipóteses que a decisão judicial não será considerada fundamentada. A regra prevista no artigo 315, §2º do CPP, reproduz semelhante redação adotada pelo artigo 489 do CPC¹⁸¹.

A compreensão pormenorizada dos seis incisos do artigo de lei merece atenção especial, na medida em que comumente se verificam, no âmbito das decisões que decretam as medidas assecuratórias, a não observância do dever judiciário de fundamentação, o que dificulta, inclusive, o manejo de medidas de impugnação. A análise do significado de cada postulado previsto assevera o alto grau de tecnicidade necessário para a decretação das medidas cautelares, sejam elas pessoais ou patrimoniais.

A primeira hipótese determina que a decisão judicial não poderá indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo e omitir-se de realizar a referência expressa com o caso concreto sob análise (artigo 315, §2º, I, do CPP). Não basta, por exemplo, que a decisão seja tomada a partir de legislações, atos administrativos etc. sem que ofereça a explanação dos motivos de incidência das condutas do jurisdicionado nessas hipóteses.

¹⁸¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

A segunda hipótese veda a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e que se priva de declinar as razões de sua incidência no caso sob exame (artigo 315, §2º, II, do CPP). A preocupação do legislador foi em evitar decisões que contenham conceitos jurídicos abertos, tais como, “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” etc. e não realiza a devida circunscrição ao caso.

Maior rigor é exigível quando se trata da medida cautelar de prisão. Destarte, a ordem pública, como forma de atendimento ao pensamento desprendido de técnica da sociedade, não pode ser considerada, por si, motivação idônea para a decretação da medida.¹⁸² Por sua vez, a ordem econômica, que se tornou argumento das decisões judiciais, sobretudo após a edição da Lei n. 8.884/94 (Antitruste)¹⁸³, é comumente utilizada como fundamento para decretação de medidas cautelares como forma de evitar a reiteração criminosa que geram perdas financeiras, todavia, se torna ilegítima, se não exposto, por exemplo, o fundado risco de dilapidação ou ocultamento patrimonial do acusado.

A terceira hipótese prevê sobre a impossibilidade de que a decisão invoque motivos amplos, que se prestariam a justificar decisão de outro caso (artigo 315, §2º, III, do CPP). Resta positivada a vedação da prática judiciária de copiar o texto de um despacho de determinado caso e reproduzi-lo em outro, se utilizando das mesmas razões como forma de proferir decisões massivas.

A quarta hipótese considera inidônea a decisão que não enfrenta todos os argumentos ventilados pelas partes que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo magistrado (artigo 315, §2º, IV, do CPP). Cumpre notar que o dever imposto pela lei processual não obriga que o magistrado se manifeste sobre absolutamente todos os argumentos ventilados, mas deverá realizar o enfrentamento motivado das teses que não serão adotadas como razão de decidir.¹⁸⁴

Afirmando a relevância dos precedentes judiciais em matéria penal, a hipótese quinta determina a impossibilidade de que o magistrado se limite à indicação de precedente ou

¹⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 462.

¹⁸³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 634.

¹⁸⁴ Segundo a doutrina, seria preferível se o legislador tivesse empregado a expressão “tese” ao invés de “argumentos”, uma vez que uma tese é construída por vários argumentos. GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 687.

enunciado de súmula e deixe de realizar a devida fundamentação sobre os motivos pelos quais o caso sob análise se amolda ao seu teor (artigo 315, §2º, V, do CPP). A decisão deve realizar, portanto, o devido cotejo entre a situação jurídica sob exame e o precedente citado, mesmo que vinculante, bem como demonstrar que o julgado se amolda ao caso concreto.¹⁸⁵

Em sentido oposto, a sexta hipótese proíbe que o juiz deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte e se omita em demonstrar a distinção do caso sob análise ou as razões pelas quais o entendimento está superado (artigo 315, §2º, VI, do CPP). Assim sendo, para que o juiz não se utilize das razões de decidir de determinado julgado indicado pela parte, deverá indicar os motivos pelos quais as hipóteses fáticas ou a questão jurídica não se assemelham (*distinguishing*) ou demonstrar que o entendimento constante no precedente ou enunciado de súmula está superado (*overruling*).¹⁸⁶

Como se observa, a fundamentação no ato de decidir é amplamente protegida pela constituição, por regramentos internacionais e pelo CPP. A importância da sua devida observância se conecta ao presente estudo na medida em que norteia a utilização da melhor técnica processual, à luz da teoria geral das cautelares, bem como assume natureza limitadora do excesso construtivo de bens e valores.

3.1 PODER GERAL DE CAUTELA E LEGALIDADE

Para além da motivação e fundamentação da decisão judicial, é imprescindível o enfrentamento dos limites do teor decisório que circunscreve o princípio da legalidade. No processo penal, existe divergência em relação a existência de um poder geral de cautela conferido ao julgador, o qual possibilitaria a decretação de medidas cautelares atípicas.

A parcela da doutrina que defende a existência do poder geral de cautela, na qual possibilita que o juiz criminal decrete medidas cautelares inominadas, entende como cabível a utilização no âmbito penal dos postulados de direito processual civil, tendo em vista a permissibilidade de uso subsidiário de outras fontes legislativas no processo penal (artigo 3º

¹⁸⁵ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 72.

¹⁸⁶ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 91.

do CPP¹⁸⁷)¹⁸⁸. Dessa forma, ao argumentar que a instrumentalidade se trata de princípio geral de direito processual, enxergam como possível a utilização de medidas cautelares não previstas em lei, tanto no âmbito da esfera cível quanto da penal.¹⁸⁹

Entendimento doutrinário contrário é o de que, diferentemente das outras áreas de conhecimento jurídico, o princípio da legalidade desautoriza que o magistrado criminal imponha restrições ao jurisdicionado se elas não estiverem expressamente previstas no texto legal (artigo 5º, II da CF¹⁹⁰)¹⁹¹. Nesse sentido, leciona Giacomolli que o princípio da legalidade, ou da reserva legal, tem origem histórica e política nos ideais da Revolução Francesa e atua como medida para enfrentar e limitar o absolutismo¹⁹².

¹⁸⁷ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹⁸⁸ Nesse sentido: ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 423-447, maio 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36203>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁸⁹ SARTI, Saulo. As medidas assecuratórias na persecução à criminalidade econômica: análise dos requisitos para a decretação do arresto nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da 7ª Vara Federal de Porto Alegre. 2016. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2016. p. 52.

¹⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹¹ Sintetiza Marta Saad Gimenes: “Entendimento diverso é esposado por Rogério Pacheco Alves, para quem “a decretação de tais medidas atípicas deve se dar em casos excepcionais, pois a restrição de direitos só deve ser admitida em casos de extrema necessidade e na medida correta, na forma do princípio da não-culpabilidade e, obviamente, não se poderá conceder a título de cautelar atípica mais que se alcançaria no processo principal. Havendo, por outro lado, medidas cautelares típicas adequadas à hipótese, não se poderá se socorrer a uma cautelar inominada, de forma substitutiva” (ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 799, p. 423-447, p. 431, maio 2002). Também para Marcellus Polastri Lima, é possível a decretação de medidas cautelares inominadas, com base no poder geral de cautela: “No processo penal, assim, para decretação de medida cautelar com base no poder geral de cautela, será necessária a existência de um processo, onde tal medida poderá ser decretada, em regra, a pedido das partes e, somente excepcionalmente, de ofício pelo juiz. Sim. Até de ofício, mas sempre de forma incidente, na existência de um processo” (LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar...*, op. cit., 2005, p. 128 e 130). Ao cuidar das medidas cautelares pessoais, Rogério Schietti Machado Cruz também defende a possibilidade de adoção de medidas alternativas à prisão processual, ainda que atípicas, na trilha do que sustenta Nicolas Gonzáles- Cuellar Serrano, na Espanha, que afirma que essas são possíveis, desde que observadas três condições, de modo a evitar a arbitrariedade judicial: (i) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa, (ii) cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja e (iii) existência de infra-estrutura necessária à sua aplicação (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípio e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 178-181)” 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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 36-37.

¹⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 28.

Antes de promulgada a atual Constituição Federal brasileira o princípio da legalidade já estava “expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1950, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966”¹⁹³. Para a satisfação do critério material do princípio da legalidade, é fundamental que haja transparência, tanto das expectativas, quanto do sistema de proteção utilizado para a aplicação da justiça penal (artigo 59 da CF¹⁹⁴).

Da mesma forma, o sentido material da legalidade diz respeito à competência exclusiva do Poder Legislativo para elaborar os textos legais. Assim sendo, não pode o magistrado criar novas hipóteses de cabimento à imposição de medidas cautelares.

Portanto, o princípio da legalidade, além de garantir que a responsabilização criminal seja levada a efeito de acordo com as normas legais já previstas, também age como “limitadora da intervenção estatal e evita a incidência arbitrária e incalculável desta”¹⁹⁵. No ponto, entende-se que com o advento da Lei n. 11.435/2006, na qual foi realizada a inédita diferenciação conceitual entre as medidas assecuratórias cabíveis no processo penal, a disciplina passou a figurar integralmente dentro da legislação penal.

Portanto, é incompatível o poder geral de cautela do juiz criminal. Com efeito, caso seja provocado nesse sentido e entenda pela adequação e necessidade da medida, cabe ao magistrado decretar espécie cautelar prevista na legislação penal.

4 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM ESPÉCIE

4.1 A BUSCA E A APREENSÃO

As medidas de busca e apreensão não foram conjuntamente agrupadas com as demais medidas no CPP, ainda que se tratem de providências cautelares que objetivam assegurar a

¹⁹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 29.

¹⁹⁴ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

¹⁹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 28-30.

produção de provas referentes ao vestígio do crime.¹⁹⁶ O objetivo das referidas medidas cautelares é o de evitar a perda de determinada prova acerca da autoria ou da materialidade do crime.

Por este motivo, se faz necessário o agir célere das autoridades judiciárias, para que seja protegida a eficácia do processo penal¹⁹⁷. Para além disso, tais medidas são fundamentais para auxiliar na identificação e na captura de informações potencialmente relevantes, como documentos, objetos, bens e valores de interesse da persecução penal.

Por se tratarem de medidas cautelares que podem macular direitos fundamentais, exige-se a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*. Deve haver a demonstração da alta probabilidade de que os objetos ou pessoas procuradas guardem relação com a investigação de um fato criminoso (*fumus commissi delicti*), bem como do risco de desaparecimento ou ocultação da pessoa ou coisa que interessam à prova da infração (*periculum in mora*).

A busca é uma medida instrumental, ou seja, um meio de obtenção da prova, que visa encontrar pessoas ou coisas.¹⁹⁸ Especificamente com relação à busca, a doutrina a subdivide em três espécies: domiciliar, pessoal e digital. Todas elas podem ser impostas no curso da investigação, ao longo da ação penal ou até mesmo na fase de execução (artigo 154, §2º, da LEP¹⁹⁹). A busca domiciliar²⁰⁰ enseja a diligência de procura, por parte da Autoridade Policial, de objetos ou pessoas no interior de um local protegido pela inviolabilidade constitucional do domicílio²⁰¹.

Por regra, é necessário que haja a expedição de mandado judicial para o cumprimento da busca domiciliar, sob pena de eventual responsabilização da autoridade policial pelo crime

¹⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 556.

¹⁹⁷ ESSADO, Thiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal*. 2014. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014, p. 44.

¹⁹⁸ BASTOS PITOMBO, Cleunice. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 102-105.

¹⁹⁹ Art. 154. Caberá ao Juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado. §1º Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início. §2º Nas hipóteses do artigo 47, incisos II e III, do Código Penal, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado.

²⁰⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 504.

²⁰¹ O art. 150, §4º do CP define o conceito de domicílio: “A expressão “casa” compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.”

de abuso de autoridade²⁰². No entanto, a regra da inviolabilidade pode ser flexibilizada, entre outras hipóteses, se verificada situação de flagrante delito (artigo 5º, XI, da CF)²⁰³.

A busca pessoal ocorre no próprio corpo humano, nas roupas e nos pertences que o suspeito transporta. Não é necessário a expedição de mandado judicial para que esta forma de busca ocorra, no entanto, é constitucionalmente vedado o tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III e XLIX da CF²⁰⁴).

A busca digital também é possível e muito utilizada, sobretudo para prevenção da criminalidade organizada. Nesse sentido, nos tempos atuais, frequentemente são utilizadas ferramentas tecnológicas para armazenamento de dados e de documentos em arquivos digitais, como, por exemplo, *e-mails*, fotos, dados contábeis, armazenamento em “nuvens” etc.²⁰⁵.

Segundo Lopes Jr., “nenhum problema existe na apreensão judicialmente autorizada de computadores, discos rígidos, CDs, contendo dados, e-mails etc.”,²⁰⁶ desde que este material a ser apreendido esteja devidamente descrito no mandado de busca. O alerta do autor é de suma relevância, tendo em vista a possibilidade de excessos no cumprimento das buscas.

A título de exemplo, um aparelho de telefone celular é capaz de armazenar um volume gigantesco de dados, podendo, inclusive, guardar informações imprescindíveis para o interesse do processo. Por este motivo, a decisão que autoriza a busca, deve explicitar ao

²⁰² Art. 22, da Lei 13.869/2019: “Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei (...) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

²⁰³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

²⁰⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

²⁰⁵ ESSADO, Thiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal*. 2014. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014, p. 46.

²⁰⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 559.

máximo quais as provas que estão sendo procuradas, bem como em quais aplicativos e dados a Autoridade Policial ou o Ministério Público poderão acessar.²⁰⁷

A apreensão, por sua vez, medida em que a autoridade efetiva a prisão da pessoa ou retira a coisa de quem a detém.²⁰⁸ Por regra, a apreensão é a consequência decorrente da bem-sucedida medida de busca, no entanto, nada impede, por exemplo, que determinada pessoa entregue a coisa voluntariamente à autoridade responsável.

Os casos passíveis da apreensão são taxativos em lei e as suas finalidades podem ser penais, processuais ou administrativas (artigo 240 do CPP²⁰⁹). Caso a medida recaia sobre coisas, imediatamente após o acautelamento, deverá ser lavrado o auto de apreensão, o qual ficará documentado no processo.²¹⁰

4.2 SEQUESTRO

O sequestro de bens está previsto nos artigos 125 a 133 do CPP, bem como no artigo 91, II, b, §§1º e 2º do CP.²¹¹ A finalidade da medida de sequestro é o de garantir a perda dos instrumentos ou do produto do crime (artigo 91, II, do CP²¹²) e, além do CPP, está prevista em outras legislações penais²¹³, como, por exemplo, na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98) e no Decreto-Lei n. 3.240/1941.

²⁰⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, p. 353-393, jun. 2019.

²⁰⁸ ESSADO, Thiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal*. 2014. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014, p. 45.

²⁰⁹ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. §1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

²¹⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 505.

²¹¹ Para melhor compreensão das particularidades de cada uma das espécies, sistematicamente, chamaremos a medida do CPP de sequestro clássico e a do CP de sequestro subsidiário.

²¹² Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²¹³ Há, ainda, importantes particularidades a serem observadas em relação às medidas assecuratórias da Lei 11.343/2006 (drogas), a qual, por não manter estreita relação com o objeto desta pesquisa, optou-se por não as

4.2.1 Sequestro clássico

O objeto da medida de sequestro prevista no CPP é a constrição de bens móveis e imóveis decorrente da existência de fundada suspeita acerca da possibilidade de um patrimônio ter sido adquirido com os proventos de crime²¹⁴, razão pela qual deverá permanecer acautelado para que possa ser garantida a eficácia do perdimento como efeito da ação penal.²¹⁵ Reunidos, portanto, indícios veementes de proveniência ilícita do bem, a legislação autoriza a decretação do sequestro (artigo 126 do CPP²¹⁶).

Não é exigível certeza da proveniência ilícita, tendo em vista que esta restará configurada somente ao final da instrução processual, todavia, a veemência exigida pela legislação não significa “mera probabilidade”²¹⁷. Tornaghi registra que os indícios veementes são aqueles que apontam determinado fato como altamente suspeito, a ponto de que a suposição se avizinha da certeza.²¹⁸

Explica a doutrina que produto é aquilo obtido de forma direta e imediatamente com o resultado da infração, por exemplo, a coisa furtada²¹⁹, enquanto o proveito ou provento do crime refere-se ao produto indireto da infração, ou seja, o ganho obtido em sub-rogação ao produto, como o carro comprado com o produto do roubo²²⁰.

Assim sendo, o sequestro de bens imóveis incide sobre o produto direto da infração, como por exemplo, no “imóvel cuja propriedade a vítima enganada tenha transferido para o

apresentar. Sobre o assunto, vide: CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago., 2020.

²¹⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 272.

²¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Perdimento e renúncia de bens. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre. (coord.) *Direito e liberdade: Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 429.

²¹⁶ Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

²¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 434.

²¹⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1956, p. 365.

²¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 429.

²²⁰ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 2, 1980, p. 374.

estelionatário”²²¹ ou, ainda, sobre o imóvel adquirido com as vantagens do crime. É igualmente admissível o sequestro para bens móveis, no entanto, por força legal, sua imposição está condicionada ao não cabimento das medidas de busca e apreensão no caso concreto (artigo 132 do CPP²²²).

O CPP previu a legitimidade de o juiz decretar de ofício, ou a pedido do ministério público, do próprio ofendido ou da autoridade policial (artigo 127 do CPP²²³). Todavia, em observância à lógica processual engendrada, não se concorda com a possibilidade de decretação de ofício pelo magistrado.

Destarte, ainda que a legislação não tenha sido atualizada no ponto, a partir da reforma redacional, que exclui a possibilidade de decretação de ofício das medidas cautelares pessoais, entende-se que a técnica deve igualmente ser utilizada para as medidas assecuratórias (artigo 282, §2º²²⁴). Nesse sentido, se não é possível que o juiz decrete medidas pessoais, as quais afetam diretamente a liberdade do indivíduo, igualmente, não deve existir a possibilidade de disposição sobre o seu patrimônio.

Como meio de defesa, o CPP prevê a possibilidade de que a medida seja revista através dos embargos de terceiro, os quais, subdividem-se em três modalidades: embargo do terceiro estranho ao processo, embargo do acusado para proteção de bens lícitos e embargo do terceiro de boa-fé, que adquiriu o bem do acusado (artigos 129²²⁵ e 130²²⁶ do CPP).

Inexiste disciplina procedimental específica para o manejo dos embargos de terceiro estranho ao processo na legislação penal²²⁷. De qualquer sorte, é inconteste que na petição

²²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1265.

²²² Art. 132. Proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XL do Título VLL deste Livro.

²²³ Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

²²⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

²²⁵ Art. 129. O sequestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

²²⁶ Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado: I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração; II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé. Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

²²⁷ Parte da doutrina afirma que, o rito correto para os embargos seria o previsto nos artigos 674 a 681 do CPC. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1271.

inicial o requerente deverá fazer prova do domínio ou posse e, ainda, de sua qualidade de terceiro, sendo-lhe facultado, inclusive, que apresente rol de testemunhas²²⁸.

Poderá o magistrado suspender a constrição patrimonial liminarmente, caso assim requeira o embargante estranho ao processo e seja verificado o domínio ou a posse do bem (em alusão ao artigo 678 do CPC²²⁹). Poderão ser contestados os embargos, no prazo de quinze dias, oportunidade em que a impugnação deverá cingir-se ao direito invocado pelo embargante, sendo vedado, por exemplo, a alusão genérica da gravidade dos fatos imputados, a repercussão do crime etc. e, em seguida, deverá ser julgado (artigo 129 do CPP²³⁰).

Com relação aos embargos do acusado, por disposição legal, a decisão não será proferida antes do trânsito em julgado da sentença penal (artigo 130, parágrafo único, do CPP²³¹). O que não significa, em contrapartida, que obrigatoriamente deverão ser julgados improcedentes os pedidos dos embargos caso sobrevenha sentença condenatória.

Segundo a doutrina, diante da ineficiência dos embargos do acusado, é possível o manejo do mandado de segurança como meio impugnativo da medida.²³² Explica Badaró que por não haver previsão legal de recurso próprio com efeito suspensivo à espécie, a impetração estaria justificada e não esbarraria na súmula do STF²³³, nem na hipótese do artigo 5º, II da Lei n. 12.016/2009²³⁴.

De forma não pacífica²³⁵, parte da doutrina afirma o cabimento da apelação, por se tratar de decisão com força de definitiva (artigo 593, II, do CPP²³⁶).²³⁷ Em que pese a

²²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 437.

²²⁹ Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

²³⁰ Art. 129. O sequestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

²³¹ Art. 130. Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

²³² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 441.

²³³ Súmula 267: não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

²³⁴ Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

²³⁵ Em sentido contrário à interposição de apelação para levantamento da medida: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 509.

²³⁶ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

²³⁷ Por todos, Fernando Costa Tourinho Filho leciona que “A apelação é o recurso normalmente oponível contra as seguintes decisões: (...) C) definitivas, se para elas não houver sido previsto o recurso em sentido estrito; d)

divergência doutrinária, o STJ, aparentemente, pôs um fim à discussão, e passou a admitir a interposição do recurso de apelação para atacar a decisão²³⁸.

Com relação aos embargos do terceiro de boa-fé, a impugnação é cabível, desde que demonstrada a aquisição do bem a título oneroso. Para além disso, deve ser demonstrado o total desconhecimento da proveniência ilícita do bem.²³⁹

No que limita às hipóteses legais de levantamento da medida²⁴⁰, embora o CPP preveja o levantamento do sequestro no caso de a ação penal não ser proposta no prazo de sessenta dias, tem prevalecido entendimento jurisprudencial²⁴¹, com relevante concordância doutrinária²⁴², de que o referido prazo não é peremptório. De se notar que o prazo de sessenta dias previsto, deve ser contado a partir da data em que for concluída a diligência, ou seja, no momento em que for concretizado o desapossamento e depósito do bem, com a consequente lavratura do termo.

com força de definitivas ou interlocutórias mistas, se incabível o recurso em sentido estrito. Essa a regra contida no art. 593, I, II e III, do CPP. As decisões definitivas referidas no art. 593, II, são aquelas que podemos denominar *definitivas “lato sensu”*: encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387 do CPP. Ex.: (...) as que ordenam ou não o sequestro, nos termos do art. 127 do CPP, as que autorizam ou não o levantamento do sequestro (art. 131), as que acolhem ou não o pedido de especialização e inscrição de hipoteca legal ou de arresto (CPP, arts. 134, 135, §5º, e 144 não podem ser proferidas no juízo penal. Tratam de normas heterotópicas. Embora previstas no CPP, a decisão fica afeta ao Juízo Cível. (TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 883-884).

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 35.973/MG, julgado em 27.10.2015, relator Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102288371&dt_publicacao=16/11/2015. Acesso em: 12 set. 2020.

²³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1271-1272.

²⁴⁰ Art. 131. O sequestro será levantado: I - se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência; II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, b, segunda parte, do Código Penal; III - se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

²⁴¹ Nesse sentido: STJ, REsp 1057650/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/12/2012; STJ.

²⁴² Parte da doutrina ensina que “havendo justo motivo para a demora na propositura da ação penal, não se deve proceder ao levantamento” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 372. Em sentido semelhante, registrando a necessidade de motivos justificados e não imputáveis ao requerente: 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*. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 152-153.

4.2.2 Sequestro subsidiário

Conforme já mencionado, a medida de sequestro visa a garantia do perdimento declarado em sentença penal condenatória. O CP, alterado pela Lei n. 12.964/2012, passou a prever regra para bens de origem lícita como hipótese de cabimento da medida (artigo 91, §1º, §2º, do CP²⁴³).

Assim sendo, nos casos em que o bem passível de perdimento não for localizado ou quando se encontrar no exterior, a perda de bens e valores poderá recair sobre o equivalente ao produto direto ou indireto do crime. Dessa sorte, a lei penal igualmente dispôs sobre a possibilidade de utilização das medidas assecuratórias previstas no CPP para abranger tais produtos.

Nesses termos, a legislação pareceu genérica ao não especificar qual a medida assecuratória prevista na legislação processual que teria cabimento à espécie. Não se descuidou, todavia, que a finalidade declinada pela lei penal é a posterior perda dos bens ou valores equivalentes.²⁴⁴

Portanto, tendo em vista que a medida assecuratória de sequestro é a específica para o ensejo de eventual decretação de perda, o entendimento adequado é o de que a figura permite a incidência da medida de sequestro sobre bens lícitos à equivalência do produto ou proveito do crime. Não é demais lembrar que as outras medidas assecuratórias previstas na legislação processual (especialização e registro da hipoteca legal e arresto de bens) não se destinam a garantir a perda do produto ou proveito do crime, mas a reparação causada pelo crime.²⁴⁵

²⁴³ Art. 91 - São efeitos da condenação: §1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. §2º Na hipótese do § 1o, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

²⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Perdimento e renúncia de bens. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre. (coord.) *Direito e liberdade: Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 429.

²⁴⁵ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Construção patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. Vol. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 186.

É comum, nos tempos atuais com acento da criminalidade organizada, que o patrimônio ou os valores de origem ilícita não sejam preservados e mantidos intactos até que seja iniciada a ação penal²⁴⁶. Por esta razão, o sequestro subsidiário amplia o espectro de interesse da medida cautelar de sequestro como forma de asseverar o dever de não fruição dos bens originariamente ilícitos, os quais, diante da impossibilidade de acautelamento, a constrição repousa sobre a sua equivalência.

Para tanto, é imprescindível que os legitimados a requererem a medida de sequestro demonstrem que, efetivamente, procuraram bens de origem ilícita para que fossem protegidos pela medida de sequestro e a tentativa de busca não obteve êxito por razões alheias às suas vontades.²⁴⁷ Ou seja, não se trata de uma opção por uma medida assecuratória desconfigurada da originária, mas uma garantia de que, diante da impossibilidade de localizar o objeto do sequestro clássico, eventual perdimento de bens não perderá o seu objeto.

Após a demonstração da frustração da busca pelo produto direto ou indireto, no que limita ao requerimento, não é necessário que o requerente aponte qual o bem específico que pretende ver acautelado, mas é imprescindível a indicação do produto ou o proveito do crime não localizados e a respectiva estimativa de valor. É dizer, a norma penal ocupou-se de garantir o efeito da penal de perdimento de bens lícitos, mesmo nos casos em que o produto direto ou indireto esteja desaparecido, mas somente quando as circunstâncias que impossibilitam o perdimento direto seja imputáveis ao sujeito que detém o bem²⁴⁸.

4.2.3 O perdimento definitivo e provisório de bens

Na ocasião de ao final do processo, transitado em julgado, restar comprovada a proveniência ilícita de determinado bem, será declarado o perdimento destes (artigo 91, II, b

²⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1139-1140.

²⁴⁷ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. Vol. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 186-187.

²⁴⁸ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. Vol. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 187.

do CP²⁴⁹). Nessa sorte, deverá ser realizada avaliação dos bens e posterior venda em leilão público (artigo 133 do CPP²⁵⁰).²⁵¹

A partir da vigência da Lei n. 13.964/2019, a redação do CPP inovou quanto à destinação dos valores dos bens alienados após a decretação do perdimento em sentença penal. A remessa do numerário apurado se destina à vítima, ao terceiro de boa-fé ou, se a estes não o couber, aos cofres públicos, especificamente ao Fundo Penitenciário Nacional, nos casos em não houver previsão diversa em lei especial.

De igual forma, foi prevista a possibilidade de o juiz decidir pela utilização temporária, pelos órgãos de segurança pública, antes mesmo do trânsito em julgado, do bem que esteja sujeito a qualquer medida assecuratória, desde que se constate o interesse público na utilização (artigo 133-A do CPP²⁵²).²⁵³ Esta medida de utilização e alienação antecipada busca evitar o perecimento e a perda de valor em razão da delonga processual, todavia, não se pode olvidar que pode ser igualmente prejudicial ao jurisdicionado, tendo em vista que, por exemplo, em caso de absolvição, o bem deverá ser restituído ao réu.

Por este motivo, embora a legislação silencie em relação ao momento em que poderá ser requerida a utilização dos bens constritos, a doutrina manifesta-se no sentido de que, diante da gravidade da medida imposta, por prudência, a sua admissão deve ocorrer após o recebimento da denúncia²⁵⁴. De igual forma, embora a lei não disponha sobre os legitimados para realizar o requerimento e tampouco especifique a forma procedimental do pedido, entende-se que antes de ser deferido o uso temporário, deverá ser garantido o contraditório, tanto do acusado quanto de eventuais terceiros interessados.

²⁴⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²⁵⁰ Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado. §1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. §2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.

²⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1285.

²⁵² Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

²⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1286.

²⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 449.

Nesse sentido, para além do iminente risco ao jurisdicionado de prejuízo no uso antecipado de bens pelos órgãos de segurança pública, a situação parece ainda mais gravosa frente às omissões legais quanto às especificidades do procedimento a ser adotado. A comum demora da persecução penal é conhecida da prática judiciária, todavia, a norma merecia maior atenção por parte do legislador, justamente para tentar evitar situações de perecimento do protegido direito ao patrimônio do indivíduo.

Não por outro motivo, frente à necessidade de complementar a legislação processual penal, por exemplo, nas hipóteses de levantamento da medida, a doutrina se posiciona no sentido de utilização suplementar de outras legislações.²⁵⁵ Com efeito, a legislação penal já possui figura semelhante na Lei de Drogas, a qual deve ser utilizada de forma subsidiária, notadamente no que tange ao dever de indenização pelo ente federado ou entidade que utilizou o bem, caso constatada a depreciação do bem (artigo 62 da Lei n. 11.343/2006²⁵⁶).

4.3 ESPECIALIZAÇÃO E REGISTRO DA HIPOTECA LEGAL

A hipoteca legal trata-se de um direito real próprio da disciplina civil que recai sobre a coisa alheia.²⁵⁷ O CC confere a hipoteca legal do imóvel do condenado, ao ofendido ou aos

²⁵⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 451.

²⁵⁶ Art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens. §1º-A. O juízo deve cientificar o órgão gestor do Funad para que, em 10 (dez) dias, avalie a existência do interesse público mencionado no caput deste artigo e indique o órgão que deve receber o bem. § 1º-B. Têm prioridade, para os fins do § 1º-A deste artigo, os órgãos de segurança pública que participaram das ações de investigação ou repressão ao crime que deu causa à medida. §2º A autorização judicial de uso de bens deverá conter a descrição do bem e a respectiva avaliação e indicar o órgão responsável por sua utilização. § 3º O órgão responsável pela utilização do bem deverá enviar ao juiz periodicamente, ou a qualquer momento quando por este solicitado, informações sobre seu estado de conservação. §4º Quando a autorização judicial recair sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão ao qual tenha deferido o uso ou custódia, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à decisão de utilização do bem até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União. §5º Na hipótese de levantamento, se houver indicação de que os bens utilizados na forma deste artigo sofreram depreciação superior àquela esperada em razão do transcurso do tempo e do uso, poderá o interessado requerer nova avaliação judicial. §6º Constatada a depreciação de que trata o §5º, o ente federado ou a entidade que utilizou o bem indenizará o detentor ou proprietário dos bens.

²⁵⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 396.

seus herdeiros, como forma de satisfação do dano causado pelo crime (artigo 1489, III, do CC²⁵⁸).

Dessa sorte, no âmbito do processo penal, a espécie sofre maior limitação. Em realidade, o que se requer ao juízo criminal é somente a especialização da hipoteca legal, como forma de assegurar o direito real.

Para a sua imposição, é imprescindível que seja apresentada estimativa do valor da responsabilidade civil e do bem designado que deve recair a medida. Todos os imóveis que licitamente integram o patrimônio do acusado são passíveis de especialização, inclusive o bem de família (artigo 3º, VI, da Lei n. 8.009/90²⁵⁹).

No âmbito da norma, denota-se uma má redação legislativa, uma vez que não é precisa ao estabelecer o momento adequado para a decretação, cingindo-se em referir que pode ser requerida em qualquer fase do processo (artigo 134 do CPP²⁶⁰). Resguardados os posicionamentos contrários por parte da doutrina²⁶¹, ainda que possa ser requerida a qualquer tempo, o mais adequado é a decretação da medida assecuratória somente no curso da ação penal após o recebimento da denúncia ou queixa²⁶².

O motivo é a satisfação da hipótese caracterizadora imposta pelo próprio artigo de lei, tendo em vista que somente após a análise da justa causa para o início da ação penal é que se pode ter certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Entende-se, portanto, que a medida de especialização da hipoteca legal é precipitada na fase investigativa.

O procedimento a ser adotado para requisição e consequente imposição da medida parece estar claramente disposto na legislação (artigo 135 do CPP²⁶³). Destaca-se, por se

²⁵⁸ Art. 1.489. A lei confere hipoteca: III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

²⁵⁹ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

²⁶⁰ Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

²⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 453.

²⁶² Nesse mesmo sentido: GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 453.

²⁶³ Art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.

tratar de direito conferido ao jurisdicionado, que o magistrado não ordenará o procedimento de inscrição da hipoteca legal caso o réu apresente caução em valor suficiente ao bem.

A legitimidade para requerer a especialização é do ofendido, de seus representantes legais ou, no caso de vítimas comprovadamente em situação de pobreza, do Ministério Público. Nesta última hipótese, a doutrina indica a necessidade de habilitação como assistente da acusação por parte da vítima ou, ainda, do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, por exemplo, em caso de morte ou de incapacidade (em analogia com o artigo 31 do CPP²⁶⁴).²⁶⁵

4.4 ARRESTO PRÉVIO À ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL E ARRESTO SUBSIDIÁRIO DE BENS MÓVEIS

Na legislação processual penal estão previstas as espécies de especialização para a constrição de bens imóveis e o arresto subsidiário de bens móveis (artigos 136²⁶⁶ e 137 do CPP²⁶⁷). A primeira espécie trata-se de medida prévia à especialização e tende a ser substituída pelo registro da hipoteca legal e a segunda espécie permanecerá como arresto até a fase de execução, momento em que será automaticamente convertida em penhora.

Ambas espécies de arresto recaem sobre bens lícitos do acusado. A finalidade é a de assegurar que determinados bens não sejam alienados porquanto não tenham sido colhidos elementos suficientes para o requerimento de hipoteca legal.

Mesmo que se trate de uma medida cautelar preparatória, ou “pré-cautelar”²⁶⁸, no arresto prévio à especialização é necessário o cotejo entre a estimativa do valor da responsabilidade futura de indenizar e dos bens que pretende ver arrestados pelo requerente. A legislação é clara ao determinar que o requerente deverá promover o registro da hipoteca

²⁶⁴ Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

²⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 771-772.

²⁶⁶ Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

²⁶⁷ Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis. §1º Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5o do art. 120. §2º Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família.

²⁶⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 455.

legal junto ao Registro de Imóveis no prazo de quinze dias, sob pena de revogação da medida e impossibilidade de realização de novo pedido do arresto prévio.

O arresto subsidiário de bens móveis até a alteração dada pela Lei n. 11.435/2006 denominava-se sequestro de bens móveis e possui o mesmo regime do arresto prévio ao registro da hipoteca legal. Trata-se de medida que estende a cautelaridade aos bens móveis, nos casos em que o responsável não possua bens imóveis ou valores suficientes para garantir o eventual ressarcimento patrimonial da vítima.

Por assim ser, a medida é cabível contra todos os bens de origem lícita do acusado passíveis de penhora pela legislação (artigo 833 do CPC²⁶⁹). Cumpre notar, que embora tenha sido desapossado da coisa, enquanto perdurar a medida, é direito do jurisdicionado o fornecimento de recursos oriundos das rendas dos bens móveis arrestados para a sua subsistência e de sua família.

5 RESTITUIÇÃO DOS BENS E ALIENAÇÃO ANTECIPADA

Antes da coisa apreendida ser restituída, prescreve a legislação, que deve haver a ponderação do interesse processual, para fins probatórios e da sua natureza (artigos 118 a

²⁶⁹ Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; 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; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. §1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. §2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º. §3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

124-A do CPP²⁷⁰). Assim sendo, caso a coisa se trate de instrumento cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, ou seja, produto ou proveito do crime, não poderá ser restituído.²⁷¹

Com relação ao momento adequado, na hipótese de a coisa apreendida não interessar à finalidade processual, é cabível a sua restituição a qualquer tempo, desde a fase investigativa ou, inclusive, após o trânsito em julgado. O interesse ao processo referido em lei é tipicamente probatório, ou seja, por exemplo, não deve ser restituído um computador que está aguardando a realização de perícia.²⁷²

A restituição não dispensa grandes formalidades, assim sendo, após a lavratura da documentação referente à apreensão e de sua avaliação, deverá o bem ser entregue à vítima,

²⁷⁰ Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Art. 119. As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Art. 120. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

§1º Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente. §2º O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar. §3º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público. §4º Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea. §5º Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

Art. 121. No caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplica-se o disposto no art. 133 e seu parágrafo.

Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133 deste Código.

Art. 123. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no prazo de 90 dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos.

²⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 778.

²⁷² MAEDA, Gustavo Koji. O confisco alargado à luz da teoria geral das tutelas cautelares no processo penal brasileiro. In: GIACOMOLLI, Nereu José. GIACOMOLLI, Felipe; EILBERG, Daniela Dora. *Processo penal contemporâneo em debate: (Lei anticrime)*. São Paulo: Triant lo Blanch, v. 6, 2021, p. 78.

ao imputado ou ao terceiro de boa-fé. O termo lavrado é fundamental, tendo em vista que interessa ao processo e pode ser consultado, por exemplo, no momento da dosimetria da pena.

Por outro lado, os bens não serão restituídos quando se tratarem das hipóteses previstas no CP²⁷³ de como efeito da condenação (artigo 91, I e II do CP²⁷⁴). Todavia, nos casos em que os bens pertençam ao lesado ou ao terceiro de boa-fé deverão ser restituídos.

Em relação ao procedimento e à competência para determinar a restituição, caso não interesse ao processo, será realizada pela autoridade policial ou juiz, em casos de inexistência de dúvidas quanto à sua titularidade. Caso haja dúvida quanto ao direito de restituição, o requerimento deverá ser realizado no prazo de cinco dias e será autuado em apartado, oportunidade em que caberá ao juiz criminal decidir.

Em se tratando de bens apreendidos em poder de terceiros de boa-fé, este será intimado para que, em prazo igual e sucessivo de dois dias ao do reclamante, possa provar o seu direito. Em todos estes casos o Ministério Público será ouvido e, em caso de dúvida de fundadas dúvidas em relação ao legítimo proprietário, o juiz criminal deverá encaminhar a questão para o juízo cível, para fins de esclarecimento da controvérsia pelo magistrado competente.

Para além da restituição de bens, a Lei. 12.694/2012 acrescentou artigo de lei ao CPP que prevê a possibilidade de alienação antecipada dos bens acautelados (artigo 144-A do CPP²⁷⁵). O escopo da medida é a preservação do valor dos bens e pode ser aplicada quando

²⁷³ Cumpre notar que as referências do artigo 118 do CPP aos artigos 74 e 100 do CP são anteriores à reforma da parte geral pela Lei 7.209/1984.

²⁷⁴ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

²⁷⁵ Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. §1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico. §2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial. §3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. §4º Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. §5º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. §6º O valor dos títulos da dívida pública, das ações das

a coisa estiver sujeita a qualquer grau de deterioração ou quando se verificar dificuldade para a sua manutenção.

Com relação à primeira hipótese, em maior ou menor medida, todas as coisas da natureza são deterioráveis com o passar do tempo, por isso, à primeira vista, a disposição legal parece exageradamente abrangente e genérica.²⁷⁶ Exatamente por este motivo, entende-se imprescindível uma interpretação restritiva do artigo de lei, sob pena de possibilitar uma injustificada constrição patrimonial à alguém presumidamente inocente.

No que tange à hipótese de dificuldade na sua manutenção, igualmente, parece fundamental haver um juízo interpretativo para que a medida não seja desproporcional. Como explica a doutrina, por exemplo, uma coleção de quadros ou esculturas, em virtude da delicadeza dos materiais, podem ser de difícil manutenção, mas não significa que o passar do tempo irá fazer com que diminuam os seus valores.²⁷⁷

A legitimidade para requerer a medida não está explícita na legislação processual, devendo ser analogicamente aplicada às disposições da lei de lavagem de dinheiro (artigo 4-A da Lei n. 9.613/1998²⁷⁸). De igual modo, não há referência quanto ao momento em que poderá ser realizada a alienação antecipada, entendendo a doutrina que a melhor solução seria a equivalência da disposição legal semelhante prevista na lei de drogas (artigo 62, §4º, da Lei n. 11.343/2006²⁷⁹).²⁸⁰

sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial.

²⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 462.

²⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 462.

²⁷⁸ Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou por solicitação da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

²⁷⁹ Art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens. §4º Quando a autorização judicial recair sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão ao qual tenha deferido o uso ou custódia, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à decisão de utilização do bem até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

²⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 463.

6 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Por guardar pertinência estreita com o objeto desta pesquisa, convém discorrer sobre as previsões legais quanto à utilização das medidas assecuratórias no âmbito da lei de lavagem de dinheiro (artigo 4º da Lei n. 9.613/1998²⁸¹). O intuito da legislação especial é o de isolar economicamente o agente delitivo, desde a fase de investigação para que seja impedido de usufruir do acúmulo financeiro e dos ganhos de proveniência ilícita.²⁸²

A lei de lavagem de dinheiro não previu espécie nova de medida assecuratória, mas tão somente as dispôs como forma de enfrentamento ao crime por ela tutelado. Por este motivo, as suas especificidades de inserção devem ser coadunadas com as medidas assecuratórias ordinariamente previstas no CPP (sequestro, hipoteca legal e arresto).

Com efeito, o instrumento, produto ou proveito dos crimes referidos no *caput* do artigo 4º da legislação especial em comento, trata-se da medida de sequestro. Isso porque, conforme já analisado, por tratar de bens cujos suficientes indícios apontem para a sua proveniência ilícita, as medidas de hipoteca legal e de arresto não são aptas para acautelar o bem.

Em última análise o que a Lei de Lavagem de Dinheiro busca assentar é a ideia de que, sendo o bem de origem ilícita, pouco importa a quem pertence a sua posse ou titularidade, uma vez que a medida recai diretamente sobre a coisa. Assim sendo, sendo colhidos os necessários indícios de que a coisa se trata de bem de origem ou proveniência

²⁸¹ Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. §1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. §2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. §3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º. §4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

²⁸² ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 105.

ilícita, a medida de sequestro pode ser decretada, tanto para o acusado como para terceiros, incluindo-se as pessoas físicas e jurídicas.

Por outro lado, os parágrafos 2º e 4º do artigo 4º da Lei de Lavagem, tratam de medida mais restritiva do que a prevista no *caput* e autorizam o bloqueio de bens lícitos para fins de assegurar a reparação do dano, a multa e as custas processuais. Assim sendo, as medidas cabíveis são a hipoteca e o arresto e, por assim ser, é incoerente a constrição patrimonial dos bens de terceiros como forma de garantir os efeitos de uma sentença que não será imposta contra eles²⁸³.

Com relação à legitimidade ativa para requerimento das medidas, a legislação prevê que caberá ao juiz, de ofício, a pedido do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, podendo ser demonstrada a referibilidade, tanto em relação ao próprio crime de lavagem de dinheiro, quanto das infrações penais antecedentes. Não se descuida, novamente, do posicionamento de impossibilidade de decretação das medidas de ofício pelo magistrado, em virtude da firmação do sistema acusatório reforçado pela Lei n. 13.964/2019.

Ainda que não haja previsão expressa, a doutrina se posiciona pela possibilidade de que o próprio ofendido requeira a medida em relação ao crime antecedente.²⁸⁴ Segundo a orientação, a possibilidade é legítima por conta da previsão de uso subsidiário do CPP (artigo 17-A da Lei n. 9.613/1998²⁸⁵).

Quanto à legitimidade passiva, as medidas assecuratórias podem recair aos investigados e aos acusados, bem como, caso a medida seja a de sequestro, contra os bens existentes em nomes de interpostas pessoas. Tendo em vista que o sequestro recai sobre o bem e não sobre a pessoa que esteja de posse, não há distinção para que a medida seja direcionada ao patrimônio de terceiros, necessitando, a demonstração dos fortes indícios que apontem para a proveniência ilícita.

No que tange ao levantamento das medidas, o magistrado determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores, quando comprovada a licitude da sua origem,

²⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 352.

²⁸⁵ Art. 17-A. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), no que não forem incompatíveis com esta Lei.

salvo os suficientes para a reparação dos danos, prestações pecuniárias, multas e custas. De igual forma, é exigência legal que o acusado ou a interposta pessoa compareça pessoalmente à presença do juiz, a fim de que, se necessário, possa determinar a prática de meios de conservação dos bens levantados.

Além das medidas assecuratórias, o legislador também previu a alienação antecipada dos bens (artigo 4º-A da Lei n. 9.613/1998²⁸⁶). Inspirado pela Lei de Drogas, o rito foi

²⁸⁶ Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou por solicitação da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal. §1º O requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os detém e local onde se encontram. §2º O juiz determinará a avaliação dos bens, nos autos apartados, e intimará o Ministério Público. §3º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação. §4º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina: I - nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal: a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante documento adequado para essa finalidade; b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição; II - nos processos de competência da Justiça dos Estados a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União; b) os depósitos serão repassados para a conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação. §5º Mediante ordem da autoridade judicial, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será: I - em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União, e, nos processos de competência da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo; II - em caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial. §6º A instituição financeira depositária manterá controle dos valores depositados ou devolvidos. §7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sem prejuízo de iniciativas que, no âmbito da competência de cada ente da Federação, venham a desonerar bens sob constrição judicial daqueles ônus. §8º Feito o depósito a que se refere o §4º deste artigo, os autos da alienação serão apensados aos do processo principal. §9º Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo. §10. Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado: I - a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança; II - a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia; e III - a perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé. §11. Os bens a que se referem os incisos II e III do § 10 deste artigo serão adjudicados ou levados a leilão, depositando-se o saldo na conta única do respectivo ente. §12. O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o caput deste artigo. §13. Os recursos decorrentes da alienação antecipada de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação nos termos desta Lei permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.

completamente descrito pela Lei de Lavagem e contempla as premissas para a realização da alienação.²⁸⁷

Deverá estar presente no requerimento, a relação dos bens, a descrição e a especificação de cada um deles, as informações quanto à atual posse e localização.²⁸⁸ Além disso, é imprescindível que o requerimento contenha a demonstração de que a alienação antecipada é a medida necessária para preservação do bem que corre risco de deterioração ou depreciação.²⁸⁹

Também foi previsto na legislação especial o uso de medidas assecuratórias em matéria de cooperação jurídica internacional (artigo 8º da Lei n. 9.613/1998²⁹⁰). Com a internacionalização da criminalidade organizada, a rubrica do combate ao crime transfronteiriço passou percebida pela legislação penal.²⁹¹

A carta rogatória e o auxílio direto fazem parte da assistência jurídica internacional em matéria penal. São estes os instrumentos adequados de cooperação jurídica internacional, ativa e passiva, para fins de satisfação dos pedidos de auxílio internacional em atos preparatórios e de desenvolvimento do processo penal.²⁹²

²⁸⁷ ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 117.

²⁸⁸ O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), vinculada ao Ministério da Justiça lançou manual de cooperação em matéria penal contendo os principais conceitos, legislações pertinentes e orientações diversas. Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos. 4º. ed. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/manual-penal-online-final-2.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021

²⁸⁹ ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 117.

²⁹⁰ Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro. §1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil. 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

²⁹¹ MAGRIARELLI, Filipe Vergiano. *Bloqueio internacional de bens: medidas cautelares patrimoniais no contexto da cooperação jurídica internacional*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 110.

²⁹² MAGRIARELLI, Filipe Vergiano. *Bloqueio internacional de bens: medidas cautelares patrimoniais no contexto da cooperação jurídica internacional*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 145.

Quanto aos bens, direitos ou valores oriundos de crimes praticados no exterior, pode o juiz determinar, caso haja Convenção Internacional ou Tratado, a decretação das medidas assecuratórias através de solicitação à autoridade estrangeira competente ou quando o governo do país solicitado prometer reciprocidade ao Brasil. As medidas assecuratórias são as previstas no CPP brasileiro e, por regra, dependerão de um despacho da autoridade estrangeira ordenando a sua execução.

7 DECRETO-LEI N. 3.240/1941

O Decreto-Lei n. 3.240/1941 previu a possibilidade de decretação de sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes que resultassem em prejuízo à Fazenda Pública (artigo 2º, §2º, do DL 3.240/1941²⁹³). Em que pese refira que o sujeito passivo seja a pessoa indiciada, a jurisprudência admite o seu cabimento ao jurisdicionado na fase investigativa e no decorrer da ação penal, desde que haja indícios veementes da responsabilidade.²⁹⁴

É exclusiva do Ministério Público a legitimidade para realizar o requerimento, o qual deve estar fundamentado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou policial e pode ser embargada apenas por terceiros (artigo 2º, §2º, do DL 3.240/1941²⁹⁵). Ademais, refere a norma que a comunicação do pedido ao magistrado será realizada em segredo, cujo requerimento deverá conter a indicação dos bens que devam ser objeto da medida.

²⁹³ Art. 1º Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado.

²⁹⁴ Nesse sentido: “O sequestro regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 3.240/41 é meio acautelatório específico para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, que pode recair sobre todo o patrimônio dos Acusados e, inclusive, compreender bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS, julgado em 18.06.2019, Relatora Min. Laurita Vaz.

²⁹⁵ Art. 2º O sequestro é decretado pela autoridade judiciária, sem audiência da parte, a requerimento do ministério público fundado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou do inquérito policial. §1º A ação penal terá início dentro de noventa dias contados da decretação do sequestro. §2º O sequestro só pode ser embargado por terceiros.

Como se observa, o prazo de noventa dias para início da ação penal é dilatado em relação ao sequestro previsto na lei ordinária. Assim sendo, ocorrerá o levantamento da medida se a ação não for iniciada neste prazo.

De igual forma, será levantado o sequestro em caso de absolvição. Em caso de condenação, deverá ser decretada a perda em favor da fazenda pública, dos bens que forem produto ou proveitos da infração penal, preservando-se o direito do terceiro de boa-fé.

Merece destaque, outrossim, a divergência doutrinária em relação à atual vigência da norma. A doutrina crítica aponta no sentido de que o CPP, norma de mesma hierarquia editada posteriormente que tratou de regular as medidas assecuratórias de bens ilícitos através do sequestro, teria ab-rogado o DL 3.240/41.²⁹⁶ Assim sendo, é premissa maior do direito que as duas legislações não poderiam coexistir (artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB²⁹⁷).

Para além deste argumento, há outros apontamentos doutrinários que corroboram com a hipótese de superação do Decreto-Lei n. 3.240/41 pela normatividade do CPP.²⁹⁸ Nesse sentido, é notável que a antiga redação do artigo 4º da Lei n. 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro), antes de ser alterada pela Lei n. 12.683/2012, dispunha que as medidas de sequestro e apreensão deveriam ser levadas a efeito na forma do CPP, deixando, por exemplo, o legislador de referir a normatividade do DL 3.240/41.

De igual forma, a partir das alterações introduzidas pela Lei n. 11.435/2006 no CPP, ao promover a inédita diferenciação entre os institutos do sequestro e do arresto, o legislador não fez menção à figura do sequestro previsto no DL 3.240/41. Historicamente, observa-se que a normatividade do DL 3.240/41 teria sido revigorada²⁹⁹ pelo DL 359/68, o qual instituiu a ora extinta Comissão Geral de Investigação (CGI).

²⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1279.

²⁹⁷ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

²⁹⁸ Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

²⁹⁹ Nesse sentido: “O sequestro dos bens adquiridos pelo indiciado com o produto da infração penal está genericamente disciplinado no CPP, arts. 125 a 144. Todavia, quando a vítima é a Fazenda Pública o

A este tempo, percebe-se que o diploma legal em questão, em realidade, foi repristinado pelo DL 359/68. Todavia, o Decreto-Lei n. 359/68 foi revogado em definitivo com o advento do Decreto 82.961/1978, não subsistindo, neste diploma normativo, qualquer ressalva em relação ao DL 3.240/41.³⁰⁰

Embora a vigência do DL 3.240/41 tenha sido conferida pelo Poder Judiciário, entende-se que a disciplina não poderia ser utilizada no processo penal. Destarte, sobretudo em virtude de o CPP ter previsto todas as espécies de medida assecuratória e trata-se de lei editada posteriormente.³⁰¹

procedimento é o previsto no Dec.-lei 3.240, de 8.5.41, expressamente revigorado pelo Dec.-lei 359/68 (art. 11).” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 506.

³⁰⁰ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/523354>.

³⁰¹ 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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007, p. 95.

TERCEIRO CAPÍTULO: FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS

1 PANORAMA INICIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DO ENTE COLETIVO

O código penal brasileiro disciplina que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29 do CP), seguindo o modelo do Projeto de Código Penal italiano criado por Enrico Ferri que influenciou o Projeto de Código Penal italiano de Arturo Rocco.³⁰² O preceito legal não estabelece diretriz consensual se as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente ou se prevalece o brocardo da *societas delinquere non potest*.³⁰³

Assevera a doutrina ser inquestionável que com o desenvolvimento do direito penal econômico, os crimes de natureza financeira, os quais se percebe a correlação entre os entes jurídicos e as pessoas naturais incumbidas de sua gestão, estão cada vez mais em evidência.³⁰⁴ A possibilidade de responsabilização dos entes coletivos, seja concomitante ou não às pessoas naturais, permeia a discussão quanto à natureza jurídica das pessoas coletivas, as quais, historicamente, dividem-se nas teorias da ficção e da realidade objetiva.³⁰⁵

³⁰² RUGGIERO, Gianluca; RUIVO, Marcelo Almeida; SLTIEL, Ramiro Gomes Von. A importância do Projeto Ferri para o “Código Rocco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, v. 186, p. 17-40, dez., 2021.

³⁰³ Em relação às pessoas naturais, partindo de premissas finalistas Luiz Regis Prado pontua a existência de cinco conceitos de autoria: (1) o unitário ou monista entende que autor é todo aquele que contribui de modo causal para o delito – sem distinção entre autor e partícipe; (2) o restritivo diz que autor é aquele que realiza a ação típica; (3) para o extensivo, fundado na teoria do *sine qua non*, autor é aquele que concorre de qualquer modo para o resultado; (4) no subjetivo, autor é aquele que age com animus *auctoris* (quer o fato como próprio); (5) o finalista, que está fundamentado na doutrina de Welzel, entende que autor é aquele que tem o domínio finalista (ação dolosa) do fato (PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 237-238).

³⁰⁴ A este respeito, “como bem observa Bern Shünemann, que se trata a globalização de um processo socioeconômico evolutivo e dinâmico, ainda não concluído, cujos perigos que gera estão sempre um passo adiante do direito penal usualmente utilizado para combatê-los, o qual permanece como parte integrante do núcleo fundamental da soberania do Estado nacional.” (SACERDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 176).

³⁰⁵ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Buenos Aires: Editorial de Buenos Aires, 2015, p. 1-74.

A teoria da ficção, cujo principal defensor foi Savigny, é originária do direito canônico e teve prevalência até o último século.³⁰⁶ A ideia central da teoria dá conta de afirmar que somente o ser humano é dotado da capacidade necessária para ser considerado um sujeito de direitos, razão pela qual seria impossível aceitar o cometimento de delito por parte da pessoa jurídica.

Seguindo essa teoria, a pessoa jurídica pode ser equiparada ao menor impúbere que exerce os seus direitos somente através de um tutor. Não obstante, os delitos imputados à entidade coletiva, inevitavelmente, são praticados por uma pessoa física que a compõe, razão pela qual o direito penal deverá se ocupar com a responsabilização do homem natural frente ao fato praticado e, portanto, pouco importa o ganho da empresa, qualquer que seja o seu aspecto.³⁰⁷

A teoria da realidade objetiva, também conhecida como orgânica ou da vontade real, por sua vez, tem como ponto de partida o argumento oposto à teoria da ficção, ou seja, pessoa não diz respeito somente ao homem, mas a todo e qualquer ente dotado de existência real. Aponta Shecaira que os principais defensores dessa teoria são Gierke e Zitelman, os quais sustentam a possibilidade de atribuição de pessoa real à pessoa jurídica, pois dotadas de uma real vontade coletiva equiparável às vontades de pessoas físicas.³⁰⁸

Para se alcançar, contudo, a responsabilização penal das empresas, ao menos três modelos que partem da teoria da realidade objetiva merecem destaque. O primeiro modelo é o da responsabilidade por atribuição ou heteroresponsabilidade, o segundo da autorresponsabilidade e o terceiro é chamado de modelo misto.

³⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 88-90.

³⁰⁷ Neste estudo se verificará a possibilidade de regulamentação da responsabilidade penal da própria pessoa jurídica. Cumpre esclarecer que “o Direito Penal da empresa é, pois, aquele em que, por meio de atuações no âmbito de empresas, ou em seu benefício, lesionam-se interesses e bens jurídicos externos a elas ou interesses de seus colaboradores. Esclarece-se, contudo, que o Direito Penal da empresa não se confunde com a presença do Direito Penal na empresa: (...) hipóteses como a de um funcionário que furta um bem pessoal ou ofende a integridade corporal de um seu colega (...) Tampouco se confundam (...) os delitos analisados no âmbito do chamado Direito Penal da empresa com o conceito doutrinário de empresa ilícita, o qual denota uma estrutura organizacional dirigida por uma estrutura criminal que a submete” TAFFARELO, Rogério Fernando. Uma indagação e algumas linhas sobre o direito penal econômico e direito penal da empresa. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto (org.). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 587.

³⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 90-91.

O modelo de responsabilidade por atribuição ou heterorresponsabilidade afirma a possibilidade de que a empresa sofra consequências penais por atos praticados por seus dirigentes que tenham poder de decisão, o que representaria a própria vontade da pessoa jurídica. Ocorre que, nesse modelo, a solução encontrada parece demasiadamente simples, como aponta Silva Sánchez³⁰⁹, posto que, em realidade, a empresa acaba por ser responsabilizada criminalmente como rebote das ações ou omissões de caráter criminoso de uma pessoa física que a representa (Teoria Vicarial).

O modelo da autorresponsabilidade também atribui a responsabilização penal para a pessoa jurídica por atos de seus representantes, contudo, só lhe é permitida a imputação baseada em um erro do próprio ente jurídico. É dizer, para que seja possível a responsabilização penal, seria imprescindível que a pessoa jurídica tenha concorrido com o crime, razão pela qual, como afirma Berruezo³¹⁰, justamente por revelar um problema na aferição da formação da vontade (culpabilidade), o modelo igualmente parece insuficiente.

O modelo misto exige a prática de delito de um membro da empresa que ocupe posição de relevância (heterorresponsabilidade), mas permite que a pessoa jurídica seja responsabilizada independentemente da física (autorresponsabilidade). O juízo de censura, portanto, recai sobre a omissão da empresa em adotar as necessárias medidas para evitar a prática delituosa, ou seja, a ação humana reflete o pressuposto e não o fundamento da responsabilização penal.³¹¹

1.1 LIMITES CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIO

A CF brasileira autoriza a responsabilização criminal das pessoas jurídicas nos crimes

³⁰⁹ Explica o autor que “*el modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre estos y aquella, son, también de esta última*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016, p. 297.

³¹⁰ BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 134-135.

³¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson Civitas, 2012.

relacionados ao meio ambiente, bem como nos atos praticados contra a ordem econômica, financeira e economia popular. Embora haja previsão constitucional, no sentido de que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (artigo 173, §5º, da CF³¹²), a efetiva permissibilidade encontra crítica doutrinária, além de carecer de esclarecimentos imprescindíveis para a sua implementação.³¹³

A CF previu que as lesões ao meio ambiente provocadas por pessoas físicas e jurídicas as sujeitarão às responsabilidades penais, cíveis e administrativas (artigo 225, §3º, da CF)³¹⁴. Com efeito, para parte da doutrina, em que pese o teor do texto constitucional, o dispositivo não autoriza expressamente a responsabilização penal da pessoa jurídica.

O argumento utilizado fundamenta-se no sentido de que a CF se utilizou de dois diferentes vocábulos: conduta e atividade. Portanto, ao assim dispor, deve ser compreendido que a conduta, inevitavelmente, diz respeito às ações humanas e recebem a incidência do direito penal, enquanto a atividade é inerente à empresa, a qual merece a atenção do direito administrativo³¹⁵.

De qualquer sorte, a legislação infraconstitucional previu a responsabilização criminal da pessoa jurídica, desde que “a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (artigo 3º da Lei n. 9.605/98). A partir do modelo da heterorresponsabilidade, o legislador fugiu à regra de persecução penal das pessoas físicas da legislação penal ordinária

³¹² Art. 173, §5º, da CF: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³¹³ Por todos: REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 353-355.

³¹⁴ Art. 225 §3º da CF “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³¹⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 339.

e inaugurou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.³¹⁶

Sucedem que a vigência de uma nova norma incriminadora não foi capaz de solucionar os problemas existentes quanto à forma procedimental da persecução penal.³¹⁷ Apesar disso, o STF, em 2013³¹⁸, superou a jurisprudência produzida pelo STJ e afirmou não ser necessário que a responsabilização penal das pessoas jurídicas dos crimes ambientais esteja atrelada à imputação do mesmo tipo penal à pessoa natural. Na ocasião, a Suprema Corte deixou de se pronunciar sobre a compatibilidade entre o regime jurídico instituído pela Lei 9.605/1998 e o regime de responsabilidade previsto no CP³¹⁹.

Esse esclarecimento seria de suma relevância para a assunção de ponto de partida estável, tendo em vista o crescimento de demandas judiciais envolvendo empresas. Cabe registrar que o Projeto de Reforma do CP (artigo 41 do texto original do PLS 236/2012³²⁰) contém previsão ampliadora do espectro de responsabilização das pessoas jurídicas, alcançando os delitos contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro, além do meio ambiente.³²¹

Ainda que se concorde com a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, a ampliação da responsabilidade da empresa, de igual forma, alcança relevo. Isso porque, conforme assevera a doutrina, atualmente, a prática de

³¹⁶ SARAIVA, Renata Machado. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal de empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 43.

³¹⁷ ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 59-80, p. 60 out./dez., 2019.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª. Turma). Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, julgado em 06.08.2013, relatora Min. Rosa Weber.

³¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 353.

³²⁰ Art. 41 As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. §1 A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas. §2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física. §3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

³²¹ Vide: GALVÃO, Fernando. *Teoria do crime da pessoa jurídica: proposta de alteração do PLS nº 236/12*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

crimes pelas empresas já se encontra mal acomodada dentro do ordenamento jurídico, portanto, a ampliação desmedida do espectro da responsabilização contribuirá para o “inchaço” do direito penal e esvaziará o alcance da competência do direito administrativo sancionador.³²²

De toda a sorte, ao ensejo desta pesquisa, considera-se constitucionalmente aceita a responsabilização penal das pessoas jurídicas, exclusivamente, para crimes relacionados ao meio ambiente. Lado outro, em virtude da atual ausência de lei penal incriminadora às demais espécies de crime, assume-se a impossibilidade de responsabilização criminal dos entes jurídicos.

1.2 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS NOS CRIMES AMBIENTAIS

Postas as considerações sobre a constitucionalidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica, cumpre elucidar as hipóteses de incidência das medidas assecuratórias aos entes jurídicos nos crimes ambientais. Assim como ocorre em legislações esparsas, as medidas cabíveis são as ordinariamente previstas no CPP.

Consoante já trabalhado no capítulo anterior, as tutelas cautelares penais servem como meio para garantir a eficiência e a segurança do processo, sendo imprescindível a verificação do *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora* para implementação da medida. A mesma natureza jurídica mantém-se no inquérito ou a ação penal sobre crimes ambientais cometidos por uma empresa.

A medida de sequestro é cabível em desfavor das pessoas jurídicas, desde que seja demonstrada a presença de indícios veementes da origem ilícita de determinado bem. Por evidente, as características autorizadoras da teoria geral das medidas cautelares devem se fazer presentes para a implementação da medida.

Merece destaque, a referibilidade das medidas assecuratórias sobre determinado bem relacionado especificamente com o objeto da imputação. Tendo em vista que o sequestro deve recair sobre a coisa em si ou sobre o proveito econômico gerado a partir do bem de

³²² WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, ano 23, p. 203-221. maio/jun. 2015.

origem ilícita, dispensando a aferição quanto a autoria delitiva, entende-se que a referibilidade também atua como garantia contra a imposição ampliada da medida.

Já é sabido que o *fumus boni iuris* se consubstancia na elevada probabilidade de que a coisa seja produto de um crime, razão pela qual o processo assume o dever de protegê-la. No âmbito da Lei dos Crimes Ambientais, há diversas condutas passíveis de responsabilização criminal das empresas³²³, razão pela qual a veemência dos indícios autorizadores deve ser demonstrada a partir de elementos próprios da sua conduta.

A imposição da medida de sequestro de coisa móvel ou imóvel da pessoa jurídica diante de crimes ambientais exige a demonstração da presença de fortes indícios de que o bem se refira à prática de determinada ação ou omissão criminosa por parte da empresa. É dizer, a medida de sequestro só pode ser levada a efeito se o *fumus commissi delicti* empresarial restar afirmado e com veementes indícios de ter ocorrido.

Com relação às demais medidas assecuratórias (especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis) dos entes jurídicos, aparentemente, o caminho a ser percorrido é semelhante ao das pessoas físicas. Partindo da ideia de que a empresa pode estar na situação de ré, de forma isolada da pessoa natural, os regramentos do CPP em relação às medidas cautelares patrimoniais se aplicam integralmente.

Tendo em vista que as medidas não se ligam à licitude da coisa em si, mas guardam relação com a preservação do dever de reparação do dano, a indenização dos prejuízos causados, do pagamento da multa e das custas processuais, entende-se que podem incidir sobre o patrimônio da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Naturalmente, os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora* devem estar demonstrados para que a medida seja apta a ser decretada.

Nesses casos, o *fumus commissi delicti* incide sobre a prática empresarial (autoria) que conduziu à ação ou omissão em tese ilícita (materialidade) e que apresente indícios suficientes para requerer a medida. Por sua vez, o *periculum in mora*, requisito das medidas assecuratórias cujo objetivo é garantir a não frustração da solvência em caso de condenação

³²³ Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*: 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 176-177.

em ação penal, origina o dever de demonstração da necessidade de implementação da medida.

O pedido de constrição patrimonial de natureza penal não deve subsistir sobre o bem pertencente da empresa se esta puder apresentar, por exemplo, caução ou demonstrar liquidez suficiente que garanta que ao final da persecução, mesmo na hipótese de ser condenada, conseguirá arcar com os valores em que restará obrigada. Em outros termos, se o ente jurídico puder arcar com os futuros danos a serem ressarcidos, não haverá o *periculum in mora* necessário.

Nada impede, logicamente, que enquanto sujeito passivo, a própria pessoa jurídica faça essa prova como forma de levantamento da medida. Todavia, em respeito ao princípio acusatório, é dever do sujeito ativo (nesses casos, por regra, polícia ou ministério público) que apresente as circunstâncias autorizadoras da imposição da medida.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA E CONTRA A ECONOMIA POPULAR

Consoante já referido nesta pesquisa, a possibilidade jurídica da tutela cautelar vai ao encontro da proteção constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV, da CF). De igual forma, a CF dispõe que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (artigo 173, §5º, da CF)³²⁴.

O problema relacionado ao direcionamento das medidas assecuratórias contra o patrimônio de pessoas jurídicas vai muito além da mencionada discussão quanto a determinação constitucional de empresas figurarem como réis em ações penais. Com efeito,

³²⁴ Art. 173 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

a possibilidade jurídica do direcionamento das assecuratórias aos entes jurídicos deve obedecer à lógica principiológica engendrada pela constituição (artigo 5º, XLV, da CF³²⁵).

Dessa sorte, assim como é impossível que terceiro cumpra a pena no lugar do condenado, em vista do princípio da pessoalidade, igualmente, a pena de multa não pode ser satisfeita por um estranho ao processo.³²⁶ A única exceção diz respeito aos sucessores no caso de pagamento de indenização ou de ser decretado o perdimento de bens até o limite do patrimônio transferido, não havendo espaço para que o legislador discipline sobre o princípio da pessoalidade³²⁷.

Nesse compasso, assume especial relevo o princípio da legalidade, que afirma que ninguém, incluindo-se a pessoa jurídica, será obrigado a fazer ou deixar de fazer determinada coisa senão em virtude da lei (artigo 5º, II, da CF³²⁸). Conforme lecionam Mendes, Coelho e Branco, trata-se de um preceito multifuncional, cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico³²⁹.

Em outros termos, é a legalidade que assegura a ideia de que a legislação é o instrumento de conformação jurídica das relações sociais. Por este motivo, num Estado constitucional, ao passo que ninguém será obrigado a fazer algo que não esteja previsto em lei, igualmente, o postulado ganha outra dimensão, no sentido de garantir a proteção contra arbitrariedades que conduzam à imposição de determinada medida que não esteja prevista na lei.

É fundamental que a legislação processual, disciplinadora da matéria, seja vinculante para determinar o objetivo de cada medida cautelar de constrição de bens das pessoas jurídicas. Isto é, o cenário atual é de que medida recai sobre a coisa em si, devido aos colhidos

³²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLV Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

³²⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 100.

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 572.

³²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

indícios de se tratar de recurso ou ativo ilícito (caso do sequestro) ou sobre a bens lícitos para garantir a reparação do dano, o pagamento da multa e, eventualmente, das custas e despesas processuais (casos da especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis).

Por sua vez, a legislação ordinária, à exceção da lei que regula os crimes ambientais, não prevê outra hipótese em que a pessoa jurídica possa figurar na condição de ré no processo penal. Portanto, diante da ausência de legislação que preveja o dever de pessoas jurídicas repararem o dano que hipoteticamente restou caracterizado no âmbito de um processo criminal, a imposição de medidas assecuratórias com este objetivo afrontaria o princípio da legalidade.

2.1 FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES

Frente ao sensível aumento da persecução penal dos crimes empresariais, é fundamental que os preceitos constitucionais e as teorias que alicerçam o direito processual penal sejam fielmente observados. Impende ser esclarecido os fundamentos, os critérios e os limites do cabimento das medidas assecuratórias, notadamente em relação a terceiros não envolvidos diretamente na investigação ou ação penal.

À sequência, serão retratados os fundamentos, critérios e limites das medidas assecuratórias em desfavor de terceiros, notadamente à empresa. De igual forma, serão expostas as razões pelas quais o sequestro é a única medida assecuratória que pode alcançar o patrimônio de pessoas jurídicas não imputadas no processo penal.

Para tanto, num primeiro momento, serão manifestados os motivos constitucionais, legais e os oriundos da teoria geral das medidas cautelares que afirmam a impossibilidade de decretação de quaisquer medidas como forma de reparação do dano a terceiros. Em seguida, diante das particularidades da medida de sequestro, serão expostos os motivos de mesma natureza que conduzem à possibilidade de implementação da medida em desfavor de pessoas jurídicas não imputadas no caso penal.

2.1.1 Impossibilidade de imposição de medida assecuratória como forma de reparação de dano

Como ponto de partida para a demonstração do descabimento da imposição de cautelares patrimoniais contra terceiros, cumpre lembrar que o grupo de medidas da especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis (que ora serão chamadas de forma geral de arresto), repousam sobre bens lícitos. Portanto, o objetivo do arresto não é, grosso modo, retirar de circulação os bens ilícitos ou adquiridos com proventos de crime.

O fundamento da medida é a garantia de que ao final do processo de conhecimento penal, o indivíduo que restar condenado terá condições financeiras de indenizar a vítima como forma de reparação do dano, além de arcar com a multa e as custas processuais. Não há espaço para dúvidas, portanto, que a medida se direciona à garantia da satisfação dos efeitos da condenação previstos (artigo 91, I, do CP³³⁰).

Os critérios para imposição da medida de arresto estão previstos no CPP, isto é, “certeza da infração e indícios suficientes da autoria” (artigo 134 do CPP) que justifiquem o direcionamento da medida. Ademais, há de ser demonstrado o *periculum in mora*, no sentido de que caso a medida não seja levada a efeito, restará configurado o risco de frustração da execução.

Já se torna evidente que o limite de alcance da medida cautelar de arresto não pode ser direcionado contra terceiros, incluindo-se a pessoa jurídica, uma vez que tão somente o patrimônio de quem é potencialmente condenável pela justiça penal pode ser arrestado. A impossibilidade de extensão da obrigação diz respeito ao fato de que os efeitos da pena possuem caráter personalíssimo e, assim sendo, não podem comunicar a terceiros³³¹.

De igual forma, a medida não seria cabível desde o ponto de vista constitucional, porque é garantia principiológica a proibição de que a pena passe da pessoa do acusado (artigo 5º, XLV, da CF). Outrossim, por ausência de previsão legal ordinária da imposição

³³⁰ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

³³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 18 jan. 2022.

de medidas assecuratórias contra terceiros não implicados em processo criminal, caso desrespeitada, ensejaria na mácula ao preceito constitucional da legalidade.

Ademais, a medida não subsistiria à luz da própria teoria geral das medidas cautelares no processo penal. É facilmente demonstrável que nem mesmo em hipótese as medidas de arresto se amoldariam às características gerais da cautelaridade: instrumentalidade hipotética, provisionalidade, provisoriedade, preventividade, cognição sumária, referibilidade e proporcionalidade.

Com efeito, se a instrumentalidade hipotética se vincula com a demora do processo penal para atingir o seu fim e se justifica como proteção dos efeitos de uma hipotética condenação, sentido algum faria restringir cautelarmente o patrimônio de alguém que não será condenado na ação penal. Logo, são insubsistentes as medidas de arresto em desfavor de pessoas jurídicas, posto que, à exceção dos casos que envolvam crimes ambientais a empresa não pode ser ré e, portanto, não haveria instrumento (dano a ser reparado na ação penal) que deva ser hipoteticamente garantido.³³²

A característica da provisionalidade tampouco restaria preenchida, uma vez que não poderá haver situação passível de proteção, pois se o ente jurídico não figura como investigado ou acusado, é impossível que sobrevenha um provimento final (sentença) condenatório. Outrossim, a característica não se sustentaria, posto que a medida assecuratória consistiria em um fim nela mesmo e não como garantia da satisfação da tutela definitiva.

De igual modo, não haverá preventividade da medida, porque independentemente de quanto tempo se passe ou seja qual for o resultado da ação penal, é certo que a pessoa jurídica não restará condenada. Portanto, não se verifica estado de fato a ser conservado para que a tutela final gere efeitos.

Por sua vez, a característica da provisoriedade, ao invés de servir como garantia, poderia acabar atuando em prejuízo de terceiros não implicados. Se a medida cautelar, qualquer que seja, deve ter duração limitada e não pode se prolongar por tempo a mais do que o necessário à sua finalidade, o arresto em desfavor de pessoas jurídicas não implicadas no caso penal poderiam perdurar eternamente, haja vista que a medida não se presta a acautelar situação alguma.

³³² SARTI, Saulo. Medidas assecuratórias na criminalidade econômica: análise dos requisitos e limites de aplicação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 175-195, 2020.

A característica da cognição sumária também ficaria prejudicada, porque não haveria subsídios dos critérios do *fumus commissi delicti e periculum in mora*. Fato é que não há como haver indícios mínimos de autoria de uma pessoa jurídica em casos que não envolvam crimes ambientais, por ausência legal que a disponha e, por via de consequência, não há situação que possa demonstrar o perigo da demora em não realizar o arresto.

A ausência da referibilidade na hipotética imposição do arresto contra pessoas jurídicas é igualmente latente, posto que o provimento cautelar, neste caso, não teria o condão de assegurar absolutamente nada. Se é certo que a medida deve recair sobre a especificidade do crime imputado, não haveria sentido o acautelamento patrimonial se o crime não pode ser contra si direcionado.

Por fim, à luz do critério da proporcionalidade, a medida de arresto não se sustentaria, pois se não há um objetivo de ser, igualmente, não há objetivo para existir. Em outras palavras, romperia com a proporcionalidade em sentido estrito, pois a medida apenas causaria prejuízos ao ente jurídico, sem que fosse observado qualquer objetivo de sua imposição.

Da análise realizada, resta claro, portanto, que diante do fato de que a pessoa jurídica não pode ser condenada e sofrer os efeitos da pena em processo criminal que não tenha sido parte, não se justifica medida assecuratória que vise a garantia da reparação do dano, o pagamento da multa e das custas e despesas processuais. Portanto, o limite das medidas assecuratórias de especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis não é extensível às pessoas jurídicas.³³³

2.1.2 Possibilidade de imposição da medida de sequestro clássico contra bens em posse ou propriedade de pessoas jurídicas

O sequestro clássico de bens objetiva a constrição de bens móveis e imóveis com base na fundada suspeita na sua proveniência ilícita (artigos 125 a 133 do CPP). O fundamento para imposição da medida, em última análise, diz respeito ao interesse de que se determinado bem seja ilícito, este deverá ser sumariamente retirado de circulação até que haja uma tutela

³³³ SARTI, Saulo. Medidas assecuratórias na criminalidade econômica: análise dos requisitos e limites de aplicação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 175-195, 2020.

definitiva que realize a devida avaliação e confira o necessário grau de certeza, seja para o levantamento da medida, seja para declaração de perdimento.

O critério para o sequestro é a alta probabilidade de que determinada coisa seja produto de um crime, pois a medida recai sobre a coisa em si ou sobre o proveito econômico gerado auferido do bem de origem ilícita. Assim sendo, basta a demonstração de indícios veementes de proveniência ilícita dos bens para decretação da medida.

Pelo rigor do texto legal (artigo 126 do CPP), não é necessário que reste demonstrada a autoria para que a medida seja levada a efeito. Por este motivo, em sendo verificada a existência de bem ilícito em circulação, independentemente de quem o tenha em posse, a medida pode ser cogitada.

É dizer, se os requisitos para decretação da medida de sequestro estiverem preenchidos, os valores ou bens de origem ilícita são passíveis de constrição, mesmo nas hipóteses em que o titular do bem ou aquele que estiver de sua posse não seja formalmente imputável. Isso significa que se for constatado que o produto do crime integra o seu patrimônio, a pessoa jurídica na qual o investigado ou acusado exerce suas funções pode ser atingida pela medida³³⁴.

De igual forma, agindo como critério para imposição da medida, as características gerais das tutelas cautelares devem restar preenchidas. Remonta-se o quadro das características para que seja possível a consolidação da hipótese de decretação da medida de sequestro sobre bens de pessoa jurídica.

A instrumentalidade hipotética, neste caso, servirá para garantir que o bem ilícito seja preservado, dada a alta probabilidade de que quando sobrevier o provimento final do caso penal, será declarado o perdimento do mesmo. Dessa forma, o instrumento cautelar se justifica na medida em que os indícios apontem suficientemente para a proveniência ilícita do bem, sendo que, caso não seja demonstrado, a medida não terá procedência.

A provisionalidade é preenchida com a demonstração de que o bem cunhado de ilícito guarda relação com a tutela principal do caso penal. Isto é, se a tutela cautelar busca provisionar o direito principal, é fundamental que a medida recaia especificamente sobre

³³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 18 jan. 2022.

determinado bem e, caso não persistam os motivos ensejadores da medida, deverá haver o levantamento do sequestro.

A provisoriedade do sequestro de bens de pessoas jurídicas deve perdurar enquanto os indícios afirmarem para a proveniência ilícita do bem. Sendo assim, se por alguma razão, por exemplo, através do julgamento dos embargos opostos ou demonstrada a licitude da coisa, a medida deve ser imediatamente levantada.

A característica da preventividade é preenchida pela intenção de acautelamento do bem para que possa garantir o provável perdimento a ser declarado na ação penal. É desarrazoada qualquer medida cautelar que não pretenda prevenir uma situação futura e, nos casos em que o sequestro atinge o patrimônio de empresas, justamente por se direcionarem contra terceiros não implicados criminalmente, a prudência reclama que a medida seja revista periodicamente para assentamento da necessidade da medida.

O exercício cognitivo sumário deverá levar em conta dois fatores: a preservação do direito e a alta probabilidade de proveniência ilícita. Isto é, através da demonstração de veementes indícios de que determinado indivíduo cometeu um crime (*fumus commissi delicti*) e que os proveitos da infração foram incorporados, maculados ou de alguma forma repassados a terceiros, razão pela qual autorizaria o direito a proteger a legalidade das relações (*fumus boni iuris*) e coibir que gere benefícios indevidos.

A característica da referibilidade se perfectibiliza com o estado ilícito do bem que merece ser protegido até que o perdimento seja declarado. Como a pessoa jurídica é terceira à relação processual, a licitude do bem ou dos valores correspondentes devem ser tratados no caso penal, razão pela qual, na hipótese de restar demonstrado o desinteresse processual na manutenção da medida para o deslinde da controvérsia vinculada ao direito material, não se mostra arrazoado o sequestro de bens de terceiro.

A proporcionalidade da medida de sequestro contra terceiros assenta que deverá haver indícios suficientes que demonstrem a proveniência ilícita do bem. Por este motivo, a medida deverá recair especificamente sobre os bens cujos indícios foram firmados, levando-se em consideração as ponderações da proporcionalidade em sentido estrito, para evitar, por exemplo, que a medida interrompa as atividades empresariais.

Feitas essas considerações, evidencia-se que em virtude de a medida recair sobre o bem cujo interesse é a declaração de perdimento ao final do processo penal, o patrimônio de

peças jurídicas encontra-se circunscrito dentro do limite do sequestro, ainda que não sejam partes na investigação ou na ação penal. Para tanto, deve restar demonstrada a presença de indícios suficientes de que a empresa tenha sido utilizada para o cometimento do crime ou que se beneficiou economicamente de forma direta da prática delitiva.³³⁵

2.1.3 Critérios para a imposição da medida de sequestro subsidiário contra bens ou em posse ou propriedade de pessoas jurídicas

O sequestro subsidiário destina-se ao patrimônio que deveria ser constricto pelo sequestro previsto no CPP, mas não foi encontrado ou se localiza no exterior (artigo 91, §§1º e 2º, do CP). O requisito da medida é a constrição do valor equivalente, de origem lícita, diante da infrutuosidade da busca (efetivamente perquirida) de localizar os bens que forem produtos ou proveito do crime.

O fundamento da medida é impedir o beneficiamento com a prática criminosa ou se beneficie de uma situação patrimonial indevida, garantindo-se a efetividade da decretação da perda. Diante da lacuna norma prevista no CP, é fundamental que frente ao caso penal apresentado, seja realizada a devida avaliação dos motivos ensejadores da via alternativa do sequestro, isto é, se o investigado ou acusado deu causa à não localização dos produtos ou vantagens do crime³³⁶.

Para fins ilustrativos da repercussão prática sobre o patrimônio de terceiros, inclusive à pessoa jurídica, propõe-se dois casos hipotéticos. A premissa comum é de que o crime investigado ou imputado não é ambiental e, portanto, a empresa não pode ser imputada na ação penal.

Primeiro caso³³⁷: Um empresário (AT), diretor da empresa (PJ), pratica o crime de corrupção, entregando a funcionário público (FP), a quantia indevida no valor de R\$

³³⁵ SARTI, Saulo. Medidas assecuratórias na criminalidade econômica: análise dos requisitos e limites de aplicação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 175-195, 2020.

³³⁶ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. v. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 187.

³³⁷ Para elaboração do primeiro caso, utilizou-se como base o exemplo hipotético proposto pelos autores em LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista brasileira de direito processual penal*. v. 6., n.

1.000.000,00 (um milhão de reais), proveniente do patrimônio lícito de AT. Em contrapartida, o FP lhe favorece com a prática de ato administrativo ilícito, o qual não oferece vantagem indevida para AT ou sua empresa. Após, com este dinheiro, FP adquire um apartamento localizado no exterior e transfere a propriedade para outra empresa (OPJ), de atividade legítima, administrada por sua irmã (IFP), que o recebe de boa-fé, a título oneroso.

No exemplo, há de se ter em vista como forma de resolução do problema o critério do direcionamento conferido pela própria legislação. Nesse sentido, o sequestro (haja vista a finalidade de garantir a “posterior decretação de perda”) poderá “abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado” (artigo 91, §2º, do CP).

Por se tratar de medida de sequestro cuja finalidade é a de garantir que a declaração da perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime do acusado, caso sobrevenha sentença penal condenatória não seja frustrada, se estabelece como regra o critério da proibição de extensão da norma a terceiros de boa-fé (artigo 91, II, do CP³³⁸ e artigo 130, II, do CPP³³⁹). O perdimento, como refere Miguel Reale Júnior, é um efeito genérico e automático da condenação e obriga que o condenado, em decorrência da sentença penal condenatória, perca os bens obtidos diretamente com a prática criminosa ou as vantagens econômicas auferidas pela utilização do produto direto³⁴⁰.

Assim sendo, o limite que se estabelece para o caso penal ilustrativo é o de que, em tese, caberia a imposição do sequestro subsidiário somente contra o patrimônio de FP, isto é, a medida não alcançaria o patrimônio da empresa OES, uma vez que o recebeu de boa-fé. Em virtude de não ter sido utilizada para a prática delitiva e não ter recebido vantagem indevida, igualmente, a medida não pode ser direcionada para o patrimônio da empresa ES.

Isso porque, não é legítimo que a medida alcance terceiro de boa-fé, independentemente de ser pessoa jurídica, uma vez que se estaria autorizando espécie de responsabilidade objetiva através de sanção penal não prevista em lei. Admitir o contrário,

2. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/353/222>. Acesso em: 20 nov. 2021, p. 740.

³³⁸ Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

³³⁹ Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado: II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

³⁴⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Perdimento e renúncia de bens. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre. (coord.) *Direito e liberdade: Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 429.

em outras palavras, seria “plasmar na prática uma responsabilidade penal da pessoa jurídica pela porta de trás, sem previsão legal, e destituída dos requisitos mínimos que comumente lhe são exigidos”³⁴¹.

Portanto, os motivos ensejadores do descabimento de que o sequestro subsidiário atinja terceiros são semelhantes aos das medidas assecuratórias de arresto no caso hipotético. Dessa forma, desde o ponto de vista constitucional, passando pela ausência de previsão em legislação ordinária, até alcançar a teoria geral das medidas cautelares, não há motivo idôneo para que se justifique o sequestro subsidiário contra empresas que tenha recebido bens ou valores de boa-fé, uma vez que os seus bens de origem ilícita não poderão ser declarados perdidos.

Situação diferente, apresenta-se quando a pessoa jurídica que recebe os proveitos da infração está diretamente envolvida na arquitetura criminosa e recebe vantagens pelo crime. Neste caso, há uma radical mudança de perspectiva nos requisitos ensejadores da medida.

Segundo caso: A e B, empresários, entregam a C, funcionário público, a quantia indevida no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), proveniente de dinheiro de origem lícita disponível no âmbito da própria empresa que atuam. Em contrapartida, C lhes favorece com a prática de ato administrativo ilícito que culmina na assinatura de aditivo contratual administrativo, cujas medições foram sabidamente superfaturadas para o fim de gerar valores em contabilidade paralela (caixa dois) na empresa. Como forma de ocultar a proveniência ilícita, A e B se utilizaram de artifícios para que os valores fossem incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, acarretando em benefícios também à esta.

Entende-se que neste caso seria cabível a medida de sequestro subsidiário em desfavor do patrimônio da pessoa jurídica, todavia, conforme referido, há uma sensível ausência de parâmetros oferecidos pela norma. Em vista disso, é urgente o estabelecimento de parâmetros a serem seguidos para a resolução desses problemas, os quais tomam conta da pauta diária da prática forense.³⁴²

³⁴¹ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Construção patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. v. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 190.

³⁴² Cita-se, como exemplo a decisão proferida pela Quinta Turma do STJ no sentido de que, existindo “indícios suficientes de que as pessoas jurídicas teriam se beneficiado direto e economicamente com tais práticas delitivas, mostra-se plenamente possível a constrição de seus bens” (STJ, AgRg no REsp 1.712.934/SP, Rel.

Como referem Teixeira e Gonçalves, os tribunais brasileiros, à míngua de regulação expressa, buscam fixar os requisitos mínimos para que seja possível que a medida de sequestro recaia sobre bens de pessoas jurídicas.³⁴³ Para tanto, (1) deve haver indícios veementes de que o autor praticou o crime em benefício ou através da pessoa jurídica e (2) a empresa deve ter sido utilizada para fins de ocultação dos bens de proveniência ilícita, seja como instrumento do crime, seja como mero manto formal para dificultar apurações das autoridades estatais.³⁴⁴

Se é fato que a ausência de critérios legais da medida conduz com que a jurisprudência os estabeleça, é igualmente certo que devem ser resguardados ao máximo o direito de propriedade constitucionalmente protegido. Nesse desiderato, diante da insuficiência dos critérios apontados pela jurisprudência, recorre-se à teoria geral das medidas cautelares como forma de resolução do caso hipotético.

No caso, a instrumentalidade hipotética está calcada na alta probabilidade de que a empresa se beneficiou diretamente com os proveitos da infração, razão pela qual deverá ver parte de seu patrimônio perdido. Por este motivo, tendo em vista que o produto do crime não foi localizado, é possível que a medida atinja valor equivalente como forma de garantir a satisfação do efeito penal.

A provisionalidade diz respeito à demonstração de quais valores específicos deveriam ser constrictos e que, devido à sua não localização, montante equivalente deverá ser sequestrado. Para tanto, é fundamental que haja a comprovação de que realmente houve busca pelo produto que efetivamente deveria ser sequestrado e que restou infrutífera.

A preventividade da medida é a de não frustrar o perdimento em caso de condenação na ação penal. No caso hipotético, diante da impossibilidade de constrição dos valores

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019). Igualmente: (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5033700-54.2015.4.04.7000/PR, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, julgado em 07/03/2017).

³⁴³ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. v. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 190.

³⁴⁴ TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. (coord.) *Direito penal em foco*. v. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021, p. 189.

originários da prática criminosa, é permitida a constrição por equivalência com a finalidade de garantir o efeito da condenação.

A cognição sumária para deferimento da medida é idêntica às das demais medidas. Neste caso, no entanto, por retratar espécie de sequestro de bens lícitos, é preciso que no pedido reste demonstrado que inicialmente se procurou os produtos ou proveitos diretos do crime e que não foi possível a sua localização ou estão localizados no exterior.

A referibilidade neste caso é preenchida se for demonstrada a necessidade de acautelamento de parte do patrimônio para garantir o efeito da condenação. Isto é, se por qualquer motivo não houver mantida a necessidade de imposição do sequestro subsidiário (por exemplo, na hipótese do artigo 131, II, do CPP³⁴⁵), a medida assecuratória perde o sentido de existir.

A característica da proporcionalidade atua como limite ao alcance do sequestro subsidiário de bens e valores de pessoas jurídicas não imputáveis penalmente. Se é correto afirmar que a empresa não poderá ser condenada ao final da ação penal, o sequestro subsidiário, por se tratar de situação de exceção à regra, não pode atingir patrimônio maior do que aquele cujos indícios veementes apontem para a ilicitude.

Diante do que foi apresentado no presente tópico da pesquisa, tem-se que é possível o sequestro subsidiário em desfavor de patrimônio lícito de pessoas jurídicas não implicadas no caso penal. Para tanto, deve estar demonstrado que a (1) empresa foi utilizada como meio para obtenção da vantagem indevida ou (2) a manutenção dessas vantagens configura locupletamento ilícito, bem como que (3) a medida se mostra necessária e proporcional para garantia de provável efeito condenatório.

3 OS LIMITES DA SOLIDARIEDADE NAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DO PROCESSO PENAL

Foi visto que a prática de fato delituoso se sujeitará às sanções penais, bem como repercutirão em consequências oriundas do Código Civil (CC). A legislação penal não dispõe sobre a forma procedimental que deverá ser adotada após a certeza da obrigação de indenizar

³⁴⁵ Art. 131. O seqüestro será levantado: II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, b, segunda parte, do Código Penal;

pelo dano causado (artigo 91 do CP) e, tampouco, após a fixação do valor mínimo para reparação do dano (artigo 387, IV, do CPP).

É igualmente certo que o CC se ocupou em prever a obrigação do autor de ato ilícito, neste caso, configurado a partir da sentença condenatória criminal, em reparar o dano causado (artigo 927 do CC³⁴⁶). No entanto, tendo em vista a frequente complexidade dos casos penais empresariais³⁴⁷, a fixação do *quantum* deverá arcar cada investigado e para qual finalidade deverá ser cautelarmente indisponibilizado o patrimônio, comumente, constitui problema no juízo criminal.

A forma de resolução encontrada pela jurisprudência, frequentemente, é a imposição do caráter solidário, oriundo do direito civil, das obrigações acauteladas pelas medidas assecuratórias de forma geral.³⁴⁸ Todavia, à luz de cada espécie de medida assecuratória no processo penal, urge o estabelecimento de limites da aplicação da solidariedade.

Esclarece a doutrina civil que as obrigações solidárias são possíveis se em determinada obrigação houver pluralidade de sujeitos, isto é, mais de um credor ou mais de um devedor, desde que vinculados ao cumprimento unitário da prestação. A solidariedade pode ser ativa, casos em que há mais de um credor, ou passiva, na hipótese de haver a pluralidade de devedores.³⁴⁹ Dessa sorte, é possível que se verifique a solidariedade ativa e passiva concomitantemente, “podendo os primeiros exigir, qualquer deles, o cumprimento da prestação de qualquer dos devedores; e qualquer dos devedores podendo ser demandado a cumprir integralmente a prestação”³⁵⁰. Não resta dúvida, portanto, que a legislação civil permite a solidariedade nas relações obrigacionais (artigo 264 do CC³⁵¹).

A obrigação solidária é exceção no direito civil, visto que a regra é a de que havendo pluralidade de credores ou devedores, divide-se a obrigação e as prestações em tantos quantos

³⁴⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁴⁷ Nesse sentido: MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

³⁴⁸ A título de exemplo: “Conforme se vê, o acórdão impugnado apresenta premissas fáticas e jurídicas que demonstram a existência de solidariedade na obrigação reparatória entre os agentes da empreitada criminosa, o que faz, inclusive, com espeque no art. 942 do Código Civil.” (STJ, AgRg no AREsp 1.363.426/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/12/2020).

³⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

³⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

³⁵¹ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

credores ou devedores existam. O sentido comum da norma é o de que a obrigação será repartida em tantas partes iguais quantos forem os credores ou devedores (*obligatio inter plures ipso iure divisa est*).

Por se tratar de norma que amplia a exigibilidade da prestação, a solidariedade não pode ser presumida, ou seja, devendo ser resultante da lei ou da vontade das partes (artigo 265 do CC³⁵²). Assim sendo, independentemente da quantidade de credores e devedores, se o pagamento for feito por um devedor a um credor, será extinta a obrigação quanto aos outros coobrigados.³⁵³ Ainda, a obrigação solidária se dá para apenas um dos credores ou dos devedores e de forma condicional distinta a outro (artigo 266 do CC³⁵⁴). Isso em razão de que o instituto da solidariedade não se confunde com a indivisibilidade das obrigações, as quais, estas últimas, são indivisíveis em vista da impossibilidade de parcelamento do pagamento³⁵⁵.

A doutrina cita diversos exemplos previstos em lei que viabilizam a solidariedade no cumprimento da obrigação.³⁵⁶ Ao que importa no presente estudo, destaca-se o caso em que o dano possui mais de um causador, hipótese em que todos os que deram causa responderão solidariamente pela obrigação de indenizar (artigo 942 do CC³⁵⁷). As pessoas passíveis da obrigação solidária estão expressamente elencadas na legislação civil (artigo 932 do CC³⁵⁸). Dentre os obrigados, destaca-se que a responsabilidade de reparação civil deriva de previsão legal, uma vez que inclui aqueles “que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia” (artigo 932, V, do CC).

³⁵² Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

³⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 109-111.

³⁵⁴ Art. 266. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro.

³⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 207.

³⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 108.

³⁵⁷ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

³⁵⁸ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Esclarecidos os contornos necessários acerca da obrigação solidária no âmbito do direito civil, cumpre estabelecer os limites da utilização do instituto no âmbito das medidas assecuratórias. À sequência, serão subdivididas as espécies de medida, de acordo com as suas finalidades.

3.1 IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DOS EFEITOS DA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA NAS MEDIDAS DE SEQUESTRO

Conforme amplamente dito ao longo da pesquisa, a decretação do perdimento dos produtos e proveitos do crime retrata espécie de sanção decorrente da sentença condenatória (artigo 91, §1º, II, “a” e “b”, do CP). Em hipótese alguma, a finalidade do sequestro é a de reparação do dano causado pelo crime.

Com efeito, a obrigação solidária decorre de duas hipóteses, quais sejam, a própria lei ou do contrato pactuado. A legislação penal, por sua vez, dedicou-se em garantir que os limites da decretação de perdimento devem respeitar o exato montante do enriquecimento ilícito de cada autor do fato.³⁵⁹

Dessa forma, sendo certo que o sequestro poderá ser decretado tão somente quando houver indícios veementes de que os bens foram adquiridos com proveitos de crime, cada condenado responderá na medida de sua responsabilidade. Portanto, é inadmissível a solidariedade passiva como forma de constrição patrimonial alargada.

Nesse ínterim, o fato de eventualmente a medida de sequestro restar frustrada em relação a algum acusado não pode servir como motivo idôneo para ampliar a medida em relação ao corréu. De igual forma, é impossível que a abrangência da medida transborde para terceiros, ainda que se tratem de pessoas jurídicas beneficiadas pelo crime, pois, como já referido, não remonta os requisitos exigidos pelo instituto da solidariedade.

Em forma de síntese, a finalidade das medidas de sequestro é garantir os efeitos da condenação e não estão previstas no âmbito do CC como passíveis do caráter solidário no cumprimento da obrigação. Por este motivo, é impossível a decretação solidária da medida,

³⁵⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista brasileira de direito processual penal*. v. 6, n. 2. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/353/222>. Acesso em: 20 nov. 2021, p. 758.

uma vez que constituiria afronta ao princípio personalíssimo da pena (artigo 5º, XLV, da CF).

3.2 CRITÉRIOS DE IMPOSIÇÃO DOS EFEITOS DA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA NAS MEDIDAS DE ARRESTO

As medidas assecuratórias da hipoteca legal e do arresto têm a finalidade de reparação do dano, a indenização dos prejuízos causados, do pagamento da multa e das custas processuais. É certo que o CC autoriza a solidariedade da obrigação de reparação do dano causado pelo crime, bem como a legislação penal determina que o alcance dessas medidas direcionadas ao patrimônio lícito do acusado seja até o limite do dano estimado.

A este respeito, refere-se a síntese da concatenação de dispositivos legais mencionados por Lucchesi e Zonta: a prática criminosa, por constituir ato ilícito (artigo 186 do CC) dá causa à obrigação de reparação do dano (artigo 927 do CC), à qual responderão solidariamente todos os autores (artigo 942 do CC). Dessa forma, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, torna certa esta obrigação (artigo 91, I, do CP), as quais, diante das regras que regem a responsabilidade civil, pode ser exigida de quaisquer dos condenados.³⁶⁰

Sucedem que, nos complexos casos em que estamos nos referindo, os quais comumente há uma multiplicidade de pessoas imputadas por diversos crimes e pessoas jurídicas envolvidas ou beneficiárias, é preciso uma redobrada atenção na parametrização da medida. Nesse sentido, a teoria da cautelaridade no processo penal atua como fonte de medida para o direcionamento e a extensão da solidariedade.

Por exemplo, no bojo de uma ação penal A e B foram denunciados pelo crime de corrupção ativa, tendo em vista que se utilizaram de suas empresas para gerar dinheiro para entregar determinado valor para C e D, igualmente denunciados por corrupção passiva. Hipoteticamente, o dano atualizado das condutas de A e B é estimado em quinhentos mil reais, enquanto os danos a serem reparados por C e D foram atualizados na monta de trezentos mil reais.

³⁶⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista brasileira de direito processual penal*. v. 6, n. 2. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/353/222>. Acesso em: 20 nov. 2021, p. 754.

No caso, à luz da proporcionalidade, é possível admitir eventual solidariedade da obrigação de A e B em reparar o dano no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Para C e D, o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) é o limite em que poderão ver seus patrimônios lícitos constrictos como medida para assegurar a reparação do dano por eles causado.

Entende-se, portanto, que não haveria referibilidade na medida que determina o arresto do patrimônio no valor de oitocentos mil reais contra um acusado, posto que a situação de direito material que se pretende garantir seria exacerbadamente direcionada para apenas um indivíduo. De igual forma, o terceiro, neste caso a empresa envolvida, não poderia arcar com a totalidade do valor, independentemente se lhe é garantida ação cível de regresso contra os demais denunciados.

A própria lei civil não admite esta hipótese, tendo em vista que a solidariedade exige uma unidade de causa³⁶¹. Ocorre que, diferentemente das lições de direito civil, no caso ilustrado, em virtude de o dever de reparação do dano ser oriundo de atos ilícitos de origens distintas, a obrigação não é solidária (artigo 927 do CC).

Ao revés do entendimento exarado, os Tribunais vêm decidindo pela possibilidade de bloqueio total dos valores de cada pessoa, independentemente da quantificação do dano que cada investigado ou acusado em tese poderá ser obrigado a reparar³⁶². A frequente frustração na localização de ativos para fins de reparação do dano, bem como o sigilo e urgência inerentes dessas medidas são comuns no ambiente da persecução penal, contudo, a legalidade impede que seja utilizada como fórmula de expansão imprópria da medida.

³⁶¹ Explica a doutrina que “enquanto a dívida solidária é suportada por igual por todos os devedores, pode ocorrer nas obrigações *in solidum* que os devedores não sejam responsáveis, todos, pelo mesmo valor. No caso da companhia seguradora, por exemplo, o valor segurado pode ser inferior aos danos. O incendiário será responsável pelo valor integral do dano, mas a seguradora responde até o limite fixado no contrato”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

³⁶² Nesse sentido: "... A responsabilidade pela reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos, até a liquidação, é solidariamente compartilhada por todos aqueles que os praticaram ou deles se beneficiaram. 7. Enquanto não definida a responsabilidade de cada coobrigado, a medida cautelar deve atingir os respectivos patrimônios das pessoas físicas e jurídicas, de forma simultânea e pelo montante integral correspondente ao valor mínimo estimado para o dano, sob pena de esvaziar-se a própria finalidade e a eficácia da medida como garantia da devida reparação. 8. Negado provimento à apelação”. (TRF4, ACR 5014604-14.2019.4.04.7000, Sétima Turma, Relator Desembargador Danilo Pereira Junior, julgado em 27/08/2019).

Retomando ao exemplo, parece claro que a constrição do valor de quinhentos mil reais, de A, B e da empresa envolvida, o que representaria a quantia de um milhão e quinhentos mil reais falharia no preenchimento das características da teoria geral das tutelas cautelares. Ademais, ainda que sobrevenha sentença penal condenatória, fixando o dever de reparação, caso se admita a extensão do conceito de solidariedade, haveria significativo prejuízo aos jurisdicionados, posto que deverão aguardar até o fim do processo para reaver os valores que, sabidamente, permanecerão constrictos a maior do que o dano.³⁶³

De tudo posto, por haver expressa referência na legislação civil, é possível que a responsabilidade pela reparação dos danos decorrentes de crime seja solidariamente compartilhada por aqueles que os praticaram ou se beneficiaram. Outrossim, é importante que sejam observados os critérios de natureza penal e civil para sua imposição como forma de limitação das hipóteses de cabimento.

³⁶³ BACH, Marion; STOCO, Isabela Maria. Algumas notas sobre solidariedade nas medidas cautelares reais no processo penal. *Instituto brasileiro de direito penal econômico*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/algumas-notas-sobre-solidariedade-nas-medidas-cautelares-reais-no-processo-penal/>. Acesso em: 17 nov. 2021. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CONCLUSÃO

A pesquisa se propôs a identificar se a pessoa jurídica, quando não integra a relação processual como parte, pode ter as medidas assecuratórias direcionadas contra o seu patrimônio. Na busca pela confirmação da hipótese inicial de que somente a medida de sequestro pode recair sobre os bens da pessoa jurídica, foi necessário percorrer um caminho que trouxesse segurança à pretensão.

Assim sendo, no primeiro capítulo, o estudo interdisciplinar foi fundamental para a compreensão do fenômeno da necessidade de abrir mão da integralidade do devido processo para proteger a iminência de risco irreparável ou de difícil reparação. Por sua vez, verificou-se que o fundamento constitucional das medidas assecuratórias é a garantia de que a legislação não poderá furtar a apreciação pelo Poder Judiciário sempre que um direito seja violado ou esteja sob ameaça.

O estudo da tutela de urgência de origem processual civil serviu como base para a compreensão dos motivos pelos quais, ainda hoje, provocam situações de confusão conceitual com as medidas assecuratórias de natureza penal. O processo civil é mais desenvolvido cientificamente em relação às tutelas de urgência e, embora seja imprópria a adoção de seus conceitos, trouxeram grandes contributos à compreensão das disposições processuais penais.

No segundo capítulo, foram analisados os postulados da teoria geral das medidas cautelares penais de maneira verticalizada. Para além disso, foram fixados os conceitos das diferentes espécies de medidas assecuratórias previstas no CPP e suas distintas finalidades. Restou consignado que o sequestro é a medida cabível para garantir o perdimento dos bens como efeito da condenação criminal, enquanto as medidas assecuratórias da hipoteca legal e do arresto têm a finalidade de reparação do dano, indenização dos prejuízos causados, pagamento da multa e custas processuais.

O critério para a decretação do sequestro prescinde o perigo da demora e cinge-se à reunião de indícios veementes de que determinado bem seja produto direto ou indireto de crime, razão pela qual a medida recai sobre a coisa em si ou sobre o proveito econômico gerado auferido. Para a decretação do sequestro subsidiário é fundamental o preenchimento dos mesmos requisitos autorizadores do sequestro clássico, acrescido da devida

demonstração de que os bens ilícitos foram efetivamente procurados, mas por não serem localizados ou se encontrarem no exterior, a medida se voltará para o acautelamento de equivalente correspondência do patrimônio lícito.

As medidas de hipoteca legal e de arresto têm a vocação de afastar o risco da insolvência por parte do acusado, caso reste condenado ao final da ação penal. Para que seja imposta, são necessárias as demonstrações de certeza da infração penal, de indícios suficientes de autoria, bem como do fundado risco de insolvabilidade que condicionem ao acautelamento prematuro dos bens, não havendo espaço para presunções.

Percorrido este caminho, no terceiro capítulo buscou-se responder o problema de pesquisa e verificar qual a hipótese adequada. De forma preliminar, foi constatado que qualquer espécie de medida assecuratória prevista em lei penal pode ser direcionada à pessoa jurídica caso ela esteja sendo investigada ou acusada da prática de crime previsto na legislação ambiental.

Em seguida, foi visto que o limite de alcance das medidas cautelares de especialização e registro da hipoteca legal, arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis, não pode ser direcionado contra terceiros, incluindo-se a pessoa jurídica, uma vez que tão somente o patrimônio de quem seja potencialmente condenável pela justiça penal pode ser cautelarmente constricto. A impossibilidade de extensão da obrigação diz respeito ao fato de que os efeitos da pena possuem caráter personalíssimo e não se comunicam a terceiros.

Dessa forma, confirmou-se a hipótese inicialmente ventilada, uma vez que a legislação não exige indícios de autoria para que o sequestro seja imposto, podendo alcançar o patrimônio de pessoas jurídicas. Igualmente ocorre com a modalidade de sequestro subsidiário de bens lícitos, desde que preenchidos os requisitos próprios, somados à demonstração da presença de indícios veementes de que a empresa foi utilizada como meio para obtenção da vantagem indevida ou que se beneficiou economicamente do delito praticado.

Ainda no terceiro capítulo, foram revisados os limites da solidariedade nas medidas assecuratórias, destacadamente em relação à pessoa jurídica que não figura como parte na relação processual. Por se tratar de instituto típico da lei civil, os fundamentos permissivos

foram buscados, novamente, através da interdisciplinaridade, restando consignado que o caráter solidário da obrigação deve ser resultante de lei ou da vontade das partes.

Dessa maneira, por haver expressa referência na legislação civil, é possível impor o viés solidário nas obrigações civis decorrentes da prática de crime. Assim sendo, se aplica no conjunto de medidas assecuratórias que visa a garantia da solvabilidade da responsabilização pela reparação dos danos decorrentes do crime, agindo o critério da unidade de causa como limitador da extensão.

Por outro lado, diante das características próprias da medida de sequestro, é incabível a determinação de caráter solidário na medida constritiva patrimonial. A proibição decorre do fato de que a legislação não previu a hipótese de solidariedade para o perdimento de bens, uma vez que este efeito da sentença condenatória incide somente sobre os instrumentos, produtos e proventos do crime, no limite do enriquecimento ilícito auferido pelo jurisdicionado ou por terceiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 423-447, maio, 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36203>. Acesso em: 29 set. 2021.

AMARAL, Augusto Jobim do; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online], Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 11, n. 26, jan./jun., p. 141-162, 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>. Acesso em: 06 dez. 2020.

AMARAL, Cláudio do Prado. Medidas cautelares pessoais, prisão e liberdade: mais rigor técnico. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. et. al. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, 2020.

BACH, Marion; STOCO, Isabela Maria. Algumas notas sobre solidariedade nas medidas cautelares reais no processo penal. *Instituto brasileiro de direito penal econômico*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/algumas-notas-sobre-solidariedade-nas-medidas-cautelares-reais-no-processo-penal/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: Cedam, 1936.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6. n. 2, p. 799-832, mai./ago., 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, v. 2, 2019.

CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal*. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 11, n. 14, p. 145–152, jul./dez., 2013.

DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos*. 4. ed. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/manual-penal-online-final-2.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

ESSADO, Thiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal*. 2014. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil. Porto Alegre. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18, n. 75, p. 59-80, out./dez., 2019.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Buenos Aires: Editorial de Buenos Aires, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidade penal de las personas jurídicas en el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (org). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson Civitas.

FERNANDES, OG. (coord.) *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 2, 1980.

GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

GALVÃO, Fernando: *Teoria do crime da pessoa jurídica: proposta de alteração do PLS nº 236/12*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. A prisão preventiva em face da Lei 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FÉLIX, Yuri. (orgs.) *Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019*. Florianópolis: Ematis, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais: nova formatação a partir de 2020*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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. 2007. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Eilberg, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156/2019, p. 353-393, jun. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS CR DOS ADVOGADASBRASILEIROS (IAB). *Parecer ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009*. Rio de Janeiro: Control C, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Perdimento e renúncia de bens. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre. (coord.) *Direito e liberdade: Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*, São Paulo: Almedina, 2022.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. In: *Revista brasileira de direito processual penal*. v. 6, n. 2. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/353/222>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MAEDA, Gustavo Koji. O confisco alargado à luz da teoria geral das tutelas cautelares no processo penal brasileiro. In: GIACOMOLLI, Nereu José. GIACOMOLLI, Felipe. EILBERG, Daniela Dora. *Processo penal contemporâneo em debate: (Lei anticrime) volume 6*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MAGRIARELLI, Filipe Vergiano. *Bloqueio internacional de bens: medidas cautelares patrimoniais no contexto da cooperação jurídica internacional*. Curitiba: Juruá, 2016.

MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACELLI, Eugênio de Oliveira; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do seqüestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*: 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; ALVIM, Teresa Arruda, Talamini, Eduardo. (coord.) *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim. do. *Cultura da Punição: A ostentação do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017.

RUGGIERO, Gianluca. RUIVO, Marcelo Almeida. SLTIEL, Ramiro Gomes Von. A importância do Projeto Ferri para o “Código Rocco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, v. 186, p. 17-40, dezembro, 2021.

SACERDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012.

SARAIVA, Renata Machado. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal de empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARTI, Saulo. As medidas assecuratórias na persecução à criminalidade econômica: análise dos requisitos para a decretação do arresto nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da 7ª Vara Federal de Porto Alegre. 2016. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, p. 327-356, 2012.

SILVA, Ovídio A. Batista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TAFFARELO, Rogério Fernando. Uma indagação e algumas linhas sobre o direito penal econômico e direito penal da empresa. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto (org.). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TEIXEIRA, Adriano; GONÇALVES, Felipe. Construção patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do “confisco por equivalência” e do “sequestro subsidiário”. In: GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Almor. (coord.) *Direito penal em foco*. v. 1. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/ebook-direito-penal-em-foco>. Acesso em: 26 dez. 2021.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1956.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora RT, ano 23, v. 114, p. 203-221, maio/jun. 2015.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br