

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**JOE ROBSON COPPI**

**A INFUNGIBILIDADE ENTRE AS CAUTELARES DE ARRESTO E SEQUESTRO**

**CURITIBA**

**2015**

**JOE ROBSON COPPI**

**A INFUNGIBILIDADE ENTRE AS CAUTELARES DE ARRESTO E SEQUESTRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar.

**CURITIBA**

**2015**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

JOE ROBSON COPPI

**A INFUNGIBILIDADE ENTRE AS CAUTELARES DE ARRESTO E SEQUESTRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2015.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ .....</b>	<b>8</b>
2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO.....	8
2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO.....	11
2.3. OBRIGATORIEDADE NA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	13
<b>3. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS .....</b>	<b>17</b>
3.1. MEDIDA DE ARRESTO .....	18
3.2. MEDIDA DE SEQUESTRO.....	19
3.2.1. FINALIDADE .....	23
3.2.1.1. Princípio da Fungibilidade.....	25
3.2.2. SEQUESTRO DE BENS MÓVEIS. ....	26
3.2.3. REQUISITOS .....	27
3.2.3.1. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA.....	29
3.2.3.2. FUMUS BONI IURIS.....	30
3.2.3.3. PERICULUM IN MORA .....	33
3.2.4. PROCEDIMENTO .....	34
3.2.5. LEVANTAMENTO.....	37
<b>4. O CONFLITO ENTRE A ESFERA CÍVEL E PENAL .....</b>	<b>41</b>
<b>5. ANÁLISE DE CASO .....</b>	<b>50</b>
5.1. CASO 01 .....	56
5.2. CASO 02.....	62
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>
<b>Referência.....</b>	<b>66</b>

## RESUMO

Hodiernamente surgem debates acalorados na doutrina e na jurisprudência sobre os limites do poder do julgador, discutindo-se e buscando delimitá-los. A segurança jurídica depende da maior objetividade e semelhança dos julgados, bem como a transparência nas decisões. Ponto que ainda fica em aberto são as medidas acautelatórias, principalmente o sequestro e o arresto, pois os avanços nesses estudos acabam gerando dúvidas sobre a intervenção do juízo criminal em oposição ao juízo cível. Tratar sobre o tema é de relevância para os estudos jurídicos, inclusive para fomentar os debates e dirimir as decisões arbitrárias, abusivas ou sem fundamentos plausíveis.

Palavras-chave: medidas assecuratórias; sequestro; arresto; princípio da infungibilidade; responsabilidade judicial.

## 1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do trabalho de conclusão de curso é analisar os limites do poder de cautela do juiz e suas imbricações no sistema processual, inclusive quanto à própria utilidade e eficiência da medida de sequestro no âmbito penal.

Dessa forma se deve dissertar sobre o poder de cautela do magistrado na medida de sequestro e, por isso, tem-se como objeto de estudo avaliar de forma crítica essa medida assecuratória. Os personagens que compõem o cenário de estudo são os aplicadores do direito, através da análise da doutrina e jurisprudência que trata sobre o tema.

Tudo isso para atender os objetivos específicos de apontar a evolução do sistema penal, concluindo pela necessidade de fundamentar as decisões judiciais; bem como identificar os problemas e consequências do deferimento ou não da medida cautelar; para o fim de demonstrar a necessidade de elementos concretos do caso para justificar a medida, sob pena de abuso ao exercício da prestação jurisdicional e abrir espaço para reorganizar a compreensão sobre o tema e demonstrar a efetividade ou não do juízo cível.

Utiliza-se no presente trabalho a metodologia exploratória, pelo meio dos procedimentos de pesquisa documental, biográfica e legislação aplicável, coletados em livros técnicos, revistas especializadas, artigos e relatórios.

Para compreender essa temática metodológica buscou-se apontar os problemas das decisões judiciais ligados ao poder de cautela, assinalando o conflito entre a esfera penal e cível.

Desse modo o trabalho se inicia tratando da evolução dos sistemas processuais (inquisitorial, acusatório e misto), relatando as conquistas e problemas enfrentados pelos juristas de cada tempo, até o atual sistema. Abrindo-se destaque para a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, como forma de controle e verificação do próprio "*animus*" do julgador, minorando os arbítrios.

Após enfrenta-se, no segundo capítulo, o problema da cautela do poder jurisdicional, até onde é legítimo e quais os requisitos para o deferimento da medida, inclusive apontando os seus efeitos práticos. Importante é a distinção entre as medidas assecuratórias e o tratamento do princípio da fungibilidade.

Devido ao ingresso da esfera penal na cível, pertinente é tratar sobre os efeitos da decisão penal no cível, relatando os principais aspectos da “*actio ex delicto*”, apontando-se a doutrina e jurisprudência sobre o tema. Ilustrando, em fim, o cenário jurídico.

Finalizando o trabalho com a análise de dois casos práticos, demonstrando as dificuldades e as arbitrariedades nos argumentos jurídicos. A carência de doutrina e jurisprudência são demonstrados nessa análise, requerendo maiores estudos e domínio sobre o mesmo.

## 2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A evolução da sociedade influencia na própria existência do direito, inclusive em seu aperfeiçoamento, tornando-o adequado a realidade fática daquele período. Desse crescimento passamos de um sistema inquisitório, sem garantias, para um sistema protetivo e voltado a assegurar as garantias daquele que será julgado, evoluímos para o sistema acusatório.

### 2.1. Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório, século XII até o XIV, foi marcado pelos abusos da Santa Inquisição, quando o acusado não possuía nenhuma garantia em sua defesa. Era voltado na concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) pelo mesmo órgão, ou seja, pelo Poder Judiciário, retirando a própria imparcialidade e direcionando o julgado ao arbítrio da autoridade. Antes, até o século XII, vigia o sistema acusatório.

Segundo Lopes Jr. (2013, pp.85/86) o sistema acusatório foi aos poucos sendo substituído pelo sistema inquisitorial, perdendo o acusador privada as suas funções em benefício do magistrado, sendo o sistema absorvido pelas legislações da época. A igualdade de poderes e oportunidades entre acusado e acusador, foi sendo substituída pela desigualdade entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz passa a ser parte da relação processual, investigando, dirigindo o processo, acusando e julgando o caso, em um procedimento escrito, secreto e sem contraditório.

Nisso passouse ao combate dos abusos contras a pessoa e foi sendo refuto pelos juristas de cada tempo. Já no século XVIII, na abertura do humanismo iluminista, foi publicado a obra "*Dos Delitos e das Penas*", de autoria de Cesare Beccaria, a qual tratou das penas de tortura e a condenou, dizendo que ao inocente mesmo absolvido, já haveria cumprido uma pena e talvez mais cruel. O sistema inquisitório nada mais é do que utilizar os mecanismos desumanos para obter a confissão, cuja pena de tortura era permitido, inclusive lançar a pessoa acorrentada nas águas de um rio, caso não voltasse era inocente.



Lopes Jr. (2013, p.86) complementa relatando que a sentença do juiz não produzia coisa julgada e a regra do processo era o estado de prisão do acusado, sendo que o processo inquisitivo se dividia em duas fases: 1) obter a materialidade e a autoria do crime; 2) processamento e aplicação de pena (castigo). Sendo que foi no século XVIII quando da criação do Tribunal da Santa Inquisição, inclusive havia o manual do inquisidor, houve a padronização da forma de reprimenda e condução das “investigações”. Como o poder da inquisição era decorrente de “Deus”, a justificativa das interpretações dispare eram sanadas com a criação da figura do Bispo e do Papa, cuja função era interpretar a vontade de “Deus”, as autoridades máximas da Igreja.

A angústia desse sistema foi retratada em outra obra clássica chamada “O Processo”, de Franz Kafka, a qual ilustra o julgamento de uma pessoa sem ser assegurada nenhuma garantia, nem mesmo foi cientificado pelo que se estava processando. A trama discorre sobre o andamento processual e o indivíduo buscando, inclusive através de advogado, descobrir o motivo pelo qual estava sendo julgado, encerrando com a aplicação da pena capital, morte, sem saber o motivo daquela dura pena.

E ainda, tecnicamente é explicado que:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.

A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor EYMERICH fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

(...)

O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares, e se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje (Lopes Jr., 2013, p. 88).

As técnicas do sistema inquisitório ainda nos tempos modernos são utilizadas para embasar as investigações judiciais, é comum a utilização da prisão como forma de obtenção da confissão e, agora, a oferta da delação premiada. Será que realmente não existe a tortura? Na Inquisição o prazo de tortura era de 15 (quinze) dias, atualmente a prisão preventiva tem prazo indeterminado, sendo que o próprio excesso de prazo é comumente burlado. Ficar recolhido no cárcere público, em Complexo Médico Penal ou Delegacias superlotadas ou em Presídios sem o mínimo de condições de higiene não seria uma forma de tortura?

Esta prática é tão comum, que o próprio caso emblemático da “Lava Jato”, com repercussão internacional, adota essa prática, primeiro prende e depois ouve. Será que realmente estão presentes os requisitos da prisão cautelar, ou é a forma de fazer “Justiça” a qualquer custo. Até que ponto é legítimo a prova colhida após a tortura do cárcere, a coação e a degeneração da integridade física do acusado.

Há anos é de conhecimento público e notório a fraude em licitações, cartéis de empreiteiras, deslealdade e danos ao erário público através da corrupção. Mas a que preço poderá se obter essas condenações? A Democracia está sendo desmantelada pelo abuso, os valores constitucionais derrubados e a ingerência estão predominando.

Isso é apenas para verificar que o sistema inquisitório ainda permanece em nossa cultura jurídica, e está lastreado na prática forense investigativa. Deverá haver uma grande jornada de aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para saber se os “fins” podem justificar os “meios”.

Por fim esse sistema não garante a transparência nos julgados, sendo a pena objeto de arbítrio e por vezes injusta, pois não permite ao acusado produzir e arrazoar aquilo que lhe é imposto.

## 2.2. Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem origem no Direito Grego e era marcado pela participação popular. Segundo Lopes Jr (2013, p. 82) para os crimes graves a demanda deveria ser iniciada por ação popular, já nos delitos de menor gravidade sua iniciativa era privada. Cita o autor as seguintes características:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Esse sistema acaba sendo remodelado diante da insegurança gerada pela Inquisição, o direito evoluiu para o sistema acusatório misto, assegurando a participação do acusado no andamento processual, garantindo a ciência e o direito de contradizer e produzir as provas para demonstrar a sua inocência.

No atual sistema misto, houve a combinação entre o sistema inquisitivo e acusatório:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado - os Juizados de Instrução-, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios (Pacelli, 2014, p. 29).

Em nosso sistema a primeira fase investigativa, inquisitória, não desnaturaliza o sistema, pois o juiz assume a posição de garantidor dos direitos do acusado, devendo manter-se equidistante da colheita das provas e com base no texto constitucional deferir ou não as provas pretendidas. Como garantidor do processo, deverá observar os direitos fundamentais do investigado, cessando lesões ou ameaças a tais direitos, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Este sistema passou a ter as seguintes características:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (Lopes Jr., 2013, pp. 83 a 84).

Adentrando ao tema específico a medidas cautelares, em especial o sequestro, é comumente deferida na fase investigativa, mas observe que o juiz deve ser o garantidor dos direitos do acusado, então o dever de cuidado e a exigência de justificação e pertinência da medida devem ser tal que possam infringir e restringir o direito de propriedade, já que é uma garantia constitucional, artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. Isso significa que o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” devem estar muito bem caracterizados, porém sem adentrar ao mérito, já que não houve o contraditório e o indiciado poderá demonstrar a ilegalidade da medida, trataremos do tópico à frente. Porém desde já vale a citação:

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, **a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial**, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP. trazida pela Lei nº 11.690/08. Não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados. (Grifo nosso em Pacelli, 2013, p. 30).

Na segunda fase processual o réu passa a integrar a relação processual, com a citação, e lhe é garantido o direito de defesa, podendo contradizer e produzir provas para afastar a acusação. O juiz assume a posição de julgador e deve conduzir o processo de forma equilibrada, garantindo a paridade de armas entre

defesa e acusação. Após o amplo conhecimento da lide, poderá de forma imparcial julgar o caso e findá-lo. Na mesma linha:

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório (Pacelli, 2013, pp. 30 a 31).

Não apenas Pacelli tem essa posição, Aury afirma:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

(...)

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. **O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público.** É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade (Grifo nosso em Lopes Jr., 2013, pp. 84 a 85).

Portanto a posição de garantidor do julgador deve ser pautada pelo raciocínio e lógica, visualizando a efetividade do processo, sem antecipar o mérito da causa, e ao deferir medida mais ríspida, deverá estar convicto da suficiência do lastro probatório e a presença dos requisitos legais.

### **2.3. Obrigatoriedade na Motivação das Decisões Judiciais**

As arbitrariedades cometidas na Santa Inquisição abriu a necessidade de se conhecer os motivos que levaram o julgador a tomar aquele caminho, saber qual é o seu “*animus*”. Por isso que no sistema acusatório misto foi imposto o dever ao julgador de motivar e apontar as razões de sua decisão, inclusive é questão constitucional esculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Pela ausência de Lei regulando as regras da motivação, a jurisprudência passou a fixar a forma de como se deve fazer para atender esse princípio e elucidar as razões motivadoras do julgamento. O Supremo Tribunal Federal relata que não

há necessidade de se abarcar todas as teses defensivas e afastar todo o conjunto probatório, mas apenas fazer um arrazoado suficiente para afastar o ponto defendido. Encampando esta tese o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento, vide:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI/RG/QO n.º 791.292/PE, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à negativa de prestação jurisdicional (arts. 5.º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da Constituição da República) e reafirmou a jurisprudência de que não se exige o exame pormenorizado de todas as provas e alegações das partes. No ponto, verifica-se a prejudicialidade do recurso extraordinário, pois o acórdão recorrido, a despeito de ser contrário aos interesses da parte Agravante, encontra-se suficientemente motivado. 2. Quanto às demais alegações, o acórdão recorrido limitou-se a consignar que não estavam preenchidos os pressupostos de admissibilidade imprescindíveis ao exame do mérito recursal. Sobre o assunto, o Pretório Excelso se manifestou pela inexistência de repercussão geral. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no AREsp: 370025 RJ 2013/0263235-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/09/2014, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/10/2014).

Motivar significa que o julgador deverá apresentar os fundamentos de seu convencimento, concatenando a subsunção da norma aos fatos apresentados, ou seja, verificar se os fatos narrados na denúncia estão de acordo com a norma legal (tipo penal), avaliando os argumentos trazidos pela defesa acolhendo ou rejeitando os seus termos, como, por exemplo, afastando a ilicitude do fato por reconhecer a legítima defesa.

Pelo excesso de trabalho e processos que tramitam na esfera judicial, não é razoável a exigência de que sejam tratados todos os pontos defensivos individualmente de forma ampla e irrestrita, apenas que os fundamentos da decisão judicial demonstrem as razões de sua inaplicabilidade. Por exemplo, o julgador afasta a preliminar de coisa julgada, fundamentando que não se trata do mesmo fato, caracterizando todos os elementos do crime dispare, inclusive afastando as excludentes de ilicitude, então é irrazoável exigir-lhe novamente a reapresentação dessas teses no mérito da causa.

Essa motivação das decisões está ligada ao próprio princípio da persuasão racional, o qual vincula a prova e os elementos existentes nos autos, mas sua apreciação não depende de critérios legais preestabelecidos. A avaliação ocorre segundo parâmetros críticos e racionais, o qual deverá ser motivado, isso para o

conhecimento das razões da condenação ou absolvição do acusado, garantindo a transparência. Nessa linha a doutrina afirma que o princípio da persuasão racional:

Significa que o juiz forma o seu convencimento de maneira livre, embora deva apresentá-lo de modo fundamentado ao tomar decisões no processo. A exceção encontra-se no Tribunal do Júri, onde os jurados decidem a causa livremente, sem apresentar suas razões (Nucci, 2007, p.46).

Também, afirma que é fonte de limitação de cognição, restringindo-a aos autos do processo e afastando informações extra-autos, o qual não passou pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, ou seja, afastou-se da paridade de armas e igualdade entre litigantes, inviabilizando a sua utilização pelo julgador. Nesse sentido:

Esse princípio, consagrado no art. 157 do CPP, impede que o Juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. *Quod non est in actis non este in hoc mundo*. O que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz. Trata-se de excelente garantia para impedir julgamentos parciais. A sentença, dizia Florian, não é um ato de fé, mas a exteriorização do convencimento do Juiz em face das provas produzidas. (Tourinho Filho, 2004, p. 42).

Este entendimento doutrinário firma a necessidade de se triangularizar a relação processual (juiz, promotor, defensor), abrindo as partes o direito de contradizer os elementos apresentados e ter o direito de produzir a contraprova, não sendo permitidos elementos externos para fundamentar as decisões judiciais.

Por isso reportagens jornalísticas, opinião pública/clamor público, efeitos secundários fora do processo, opinião pessoal, senso de justiça, dentre outros, não são motivos inidôneos para sustentar uma decisão judicial, pois fora da relação processual. Deve a motivação estar relacionado ao caso em concreto e aos elementos dos autos, portanto. Nesse sentido já se assentou:

(...) 3. A aplicação da medida de internação, **sem motivação idônea**, porque não consideradas, de forma concreta, as circunstâncias e a gravidade do delito, bem como as condições pessoais do menor infrator, não atende aos objetivos do sistema. 4. Ordem concedida para anular o acórdão e restabelecer a sentença (Grifo Nosso em STJ - HC: 93693 SP 2007/0257422-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.03.2008 p. 1).

A reconhecida importância da motivação das decisões judiciais foi incorporada nos debates do projeto do Novo Código de Processo Civil, abrindo-se a regulamentação do tema.

O novo Código de Processo Civil, o qual passará a vigorar no ano de 2016, regulamenta a matéria e trouxe alguns parâmetros sobre a motivação, inclusive aplicável ao Processo Penal. O diploma assim dispõe em seu artigo 489:

Artigo 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)

§ 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.

Inicialmente o artigo exige a subsunção da norma ao fato, ou seja, a aplicação do direito ao caso fático em concreto, não sendo aceito apenas a citação da norma sem a demonstração de sua real aplicação e enquadramento no caso. Provável que a jurisprudência se mantenha inalterada, pois a norma não exige fundamentação exaustiva, mas algo concreto e conciso o suficiente para demonstrar a aplicação da norma ao caso em concreto, afastando teses prejudiciais ao mérito da causa, da forma que já é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e citado *supra*.

Portanto o dever de motivar, agora regulamentado, é a forma de indicar as razões pela qual a decisão foi tomada, sempre embasada no lastro probatório e fortalecendo os direitos fundamentais da pessoa.



### 3. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

As medidas assecuratórias apesar de possuírem previsão legal antiga, eram pouco utilizadas pelo juízo criminal. Com a repercussão dos crimes econômicos seu fomento ampliou-se e está em fase de desenvolvimento. Cresce o debate na doutrina, mas, ainda, o conteúdo é precário. Lopes Jr (2013, p. 716) afirma:

(...) ainda, desempenham uma importante função de tutela do interesse econômico da vítima, resguardando bens para uma futura ação civil *ex delicti* (anteriormente explicada) e também do Estado, no que se refere à garantia do pagamento da pena pecuniária e custas processuais. É evidente, portanto, seu caráter cautelar.

No Brasil, durante muito tempo, as medidas assecuratórias permaneceram em profundo repouso, sem utilização, tornando-se ilustres desconhecidas nos foros criminais. Mas isso é passado e, na última década, com a crescente expansão do direito penal econômico e tributário, as medidas assecuratórias estão na pauta do dia.

Dentre as medidas assecuratórias temos a medida de sequestro, cuja característica é evitar o enriquecimento ilícito por parte do autor do crime e o principal requisito é a ilicitude do objeto. Deve o julgador ponderar, princípio da proporcionalidade e razoabilidade, os fundamentos e ter a consciência dos efeitos da medida, já que a retirada abrupta do patrimônio do réu poderá refletir na pessoa de terceiros (empregados, fornecedores, bancos, dentre outros).

O Código de Processo Penal, ainda, prevê a medida de arresto, que possui finalidade assecuratória para o juízo cível, em eventual reparação de danos. Nessa a restrição incide sobre os bens lícitos do acusado, até o montante indenizatório.

Lopes Jr. (2013, p. 725) simplifica e traz a comparação entre as medidas assecuratórias e temas análogos, vide:

Apreensão: recai sobre o objeto direto do crime, art. 240 do CPP.

Sequestro: bem móvel ou imóvel adquirido com os proventos do crime, arts. 125 a 133 do CPP.

Hipoteca Legal: bens imóveis de origem lícita e diversa do delito, arts. 134 e 135 do CPP.

Arresto Prévio de Imóveis: bens imóveis de origem lícita e diversa do delito. É preparatório da hipoteca legal (instrumentaliza a inscrição). Art. 136 do CPP.

Arresto Prévio de Móveis: bens móveis de origem lícita, tendo cabimento quando não houver bens imóveis para hipotecar ou forem insuficientes. Art. 137 do CPP.

Ilustrado a temática, passamos a avaliação dos requisitos legais das medidas.

### 3.1. Medida de Arresto

Esta medida está prevista no Código de Processo Penal e a principal finalidade é resguardar a futura reparação de danos civis e, por isso, incide em todo o patrimônio lícito do acusado. Tourinho (2004, p. 28) conceitua dizendo que é “(...) *a retenção de quaisquer bens do indiciado ou réu, a fim de evitar que ele se subtraia ao ressarcimento do dano, com o desfazimento do patrimônio*”.

A medida de arresto se diferencia do sequestro, pelos seguintes motivos: a) pode incidir sobre a totalidade dos bens do acusado, até o montante necessário para garantir a reparação de danos, no sequestro incide apenas naqueles provenientes da atividade criminosa; b) recaem sobre bens imóveis e móveis; c) os bens tem origem lícita, enquanto na outra os bens são proveniente do resultado do crime; d) compete ao juízo cível findar sobre a responsabilidade, no sequestro o próprio juízo criminal decide o incidente.

Como pode ser observado há grande distinção entre as cautelares, não havendo confusão e suas finalidades são amplamente distintas. Nesse sentido a jurisprudência já decidiu:

PROCESSO PENAL. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. ARRESTO. EXCESSO. INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. 1. Ao contrário do sequestro, o qual recai apenas sobre bens provenientes de ilícitos, a hipoteca legal e **o arresto consistem na retenção do bem, independentemente de sua origem e vinculação com o crime, com o intuito de assegurar que o acusado não se desfaça do seu patrimônio até o final do processo, o que se amolda à hipótese**. 2. Não é necessário que o arresto decretado incida exatamente sobre o valor supostamente encontrado pelo Julgador monocrático, bastando que recaia sobre bens sujeitos à responsabilidade patrimonial. 3. O bem de família pode ser objeto de penhora para garantir a execução de sentença penal condenatória, nos limites do artigo 3º, inciso VI, da Lei 8.009/90, excluída apenas a possibilidade de sua utilização para o pagamento da multa penal e custas. Precedentes. 4. Mostra-se perfeitamente caracterizado o periculum in mora para a constrição de seus bens, impondo-se a manutenção da medida. (TRF-4 - ACR: 11544620064047000 PR 0001154-46.2006.404.7000, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 09/04/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/04/2013).

Observe que a medida não é destinada ao juízo criminal, mas vinculado ao juízo cível. Isto porque o acusado sendo condenado definitivamente no crime, “o incidente é remetido à instância civil, para a apuração da respectiva responsabilidade” (Pacelli, 2013, 320). Igualmente é o entendimento de Lopes Jr (2013, p. 723), segundo o qual o bem de constrição “*não são produto direto do crime e tampouco foram adquiridos com os proventos da infração. Visa assegurar a eficácia da ação civil ex delicti*”.

A medida de arresto pode ser utilizada com maior amplitude, já que é desconexa ao resultado do crime, ou seja, mesmo nos crimes que não haja dano patrimonial a cautela é possível, já que poderá haver danos morais ou pensão alimentícia derivada do ato criminoso (Ary Lopes Jr cita o caso de homicídio, para garantir a reparação dos danos da vítima).

E é por isso que o rol de legitimados para requerer a medida é restrito, cabendo ao ofendido o seu requerimento, já que poderá pedir diretamente no juízo cível a cautela. Excepcionalmente é concedida a legitimidade ao Ministério Público, no caso de interesse da Fazenda Pública ou se o ofendido for atestado com carente de recurso. Nesse último caso deve, ainda, ser verificado se há Defensoria Pública instalada, a qual será a legitimada e não mais o Ministério Público, conforme previu a Constituição Federal de 1988.

O arresto deverá incidir preferencialmente sobre os bens imóveis, porém não havendo saldo suficiente a garantir a reparação dos danos suportados pela vítima, então a constrição poderá recair sobre os móveis, pela própria dicção do artigo 137 do Código de Processo Penal. Nesse mesmo sentido Nucci (2007, p. 318).

Na sequência ao estudar a medida de sequestro, será apontados outras diferenças.

### **3.2. Medida de Sequestro**

Antes de adentrar ao tema especificamente, cabe conceituar a medida (Nucci, 2007, p. 3010), vide:

É a medida assecuratória consistente em reter os bens imóveis e móveis do indiciado ou acusado, ainda que em poder de terceiros, quando adquiridos com o proveito da infração penal, para que deles não se desfaça, durante o

curso da ação penal, a fim de se viabilizar a indenização da vítima ou impossibilitar ao agente que tenha lucro com a atividade criminosa.

Os legitimados para requer a medida de sequestro estão elencados no artigo 127 do Código de Processo Penal, podendo ser deferida a requerimento do Ministério Público ou ofendida, bem como representação da autoridade policial.

Não há polêmica sobre estes três legitimados, já que o Ministério Público não apenas possui a titularidade da ação penal, como deve resguardar a ordem pública. O ofendido é a própria pessoa lesada e interessada na reparação do seu dano, inclusive sua intervenção poderá auxiliar na convicção da própria existência do delito e, portanto, sua atuação é de salutar. A autoridade policial, também, não há discordância, já que ao presidir as investigações criminais tem o dever de resguardar a ordem pública e evitar o aproveitamento do resultado do crime pelo seu autor.

Divergência surge com a atuação do juiz, que de ofício poderia autorizar a medida.

Câmara e Leardine (2015, p. 105) afirmam que o juiz não poderia autorizar a medida de ofício, já que foge dos parâmetros do juiz-garantidor. Tal previsão amoldaria ao juiz-inquisidor e, portanto, não abarcado pela ordem constitucional.

Nessa mesma linha Lopes Jr (2013, p. 719) entende ser substancialmente inconstitucional e a normal, já que é incompatível com o sistema acusatório-constitucional. Entende que fere o princípio da imparcialidade.

Pacelli (2013, p. 316) afirma que o juiz poderá deferir a medida de ofício fundado no interesse público de determinados casos, quando o mérito se confunde com a medida e, portanto, há amplo conhecimento do objeto da ação.

Tourinho (2004, p. 30) relata que o juiz poderá decretar a medida de ofício, porém deverá baixar portaria e ordenar a autuação em apartado.

Realmente, a Constituição Federal atribui a função de acusador ao Ministério Público, dando-lhe poderes suficientes para adotar, segundo o seu juízo, o melhor caminho. Frente à ampla previsão do artigo 5º, da Constituição Federal, o acusado possui garantias, sendo que uma das principais é o princípio do juiz natural e a ausência de Tribunal de Exceção, voltando o processo penal a uma principiologia

garantista. Nessa linha, é de salutar que a Constituição Federal de 1988, não recepcionou esta hipótese do artigo 127 do Código de Processo Penal.

Aos que defendem a recepção e a aplicação, é necessário que o julgador se atenha aos elementos constantes dos autos, evitando comprometer a sua imparcialidade. Trata-se, na verdade, de medida excepcional, onde todos os elementos estejam nos autos e o julgador não teria motivos a não conceder a medida, inclusive por estar se confundindo com o próprio mérito da causa.

Por exemplo: o magistrado ao analisar o recebimento da denúncia observa que o acusado está dilapidando o seu patrimônio, pois houve recentes transferências de imóveis para terceiros. Então preenchido os demais requisitos da medida assecuratória (sequestro) ele determina a constrição dos bens, com o fim de se assegurar eventual reparação de danos ou findar o aproveitamento econômico do crime.

Nesse exemplo, todos os elementos probatórios estavam nos autos, não sendo determinadas “*ex officio*” diligências extraordinárias para a formação de sua convicção e determinação da medida. O julgador não investiga os fatos, nesse caso evita-se o comprometimento de sua imparcialidade.

Entendimentos em que o julgador poderia suprir falhas processuais e instruí-lo a ponto de se chegar a um juízo de convencimento, não está amparado pelo ordenamento, já que a imparcialidade foi quebrada e o juiz, conseqüentemente, estará impedido.

Não há diversidade de casos na jurisprudência, porém no caso *infra* é indicado o julgado em que o juiz efetuou o decretou “*ex officio*”. Transcrevo a integra da emenda, já que trata de diversas causalidade no caso em concreto e, portanto, interessante para o estudo.

I - Embora sejam ambas medidas cautelares, as figuras do seqüestro e da busca e apreensão têm natureza distinta. O seqüestro tem como escopo o resguardo da responsabilidade civil, nos termos dos arts. 125 e 131, I, ambos do CPP, e 91, II, do CP. A busca e apreensão destina-se ao resguardo ao material probatório imprescindível ao deslinde da causa, nos termos do art. 6º, II do CPP c/c 5º, XI da CF; 240 e 118, ambos do CPP. II – Considerando que o seqüestro visa assegurar direitos do lesado pelo crime, destinando-se a prevenir o dano ou prejuízo que, certamente, poderia advir da demora na solução definitiva da causa, sujeita-se ele aos prazos do art.

131, I do CPP e do § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.613/98. Já a busca e a apreensão não se submete aos prazos mencionados, mas ao que determina o art. 118, do CPP, ou seja, o levantamento da medida com a devolução do acervo apreendido só será possível quando não mais interessar ao deslinde da causa. III - **Havendo indícios suficientes de cometimento de crime de “lavagem de dinheiro”, justifica-se a decretação do seqüestro de bens móveis**, como forma de antecipar-se preventivamente os efeitos civis de eventual decisão condenatória no Juízo Criminal (art. 4º, caput, e § 1º da Lei nº 9.613/98 – lei especial que incide sobre o fato). IV - **Com a decretação de ofício do seqüestro**, os motivos que legitimam a cautela de valores depositados em conta bancária não mais são aqueles que embasaram a Busca e Apreensão (art. 6º, II do CPP c/c 5º, XI da CF; 240 e 118, ambos do CPP). Tratando-se exclusivamente de valor depositado em Banco, e não de dinheiro apreendido em espécie, materialmente de pouco servirá à instrução probatória, sendo mais indicado à constituição de garantia prévia de eventual e futuro efeito civil oriundo de condenação, segundo dispõe o art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 c/c art. 91, II, b do CP. V - Não atenta contra o devido processo legal a decisão que julga sobre o levantamento parcial de seqüestro proferida em autos de incidente de restituição de coisas apreendidas, desde que cumprida a exigência legal de se discutir o seqüestro em autos apartados (art. 129 do CPP). Aplicação dos princípios de economia e celeridade processuais. VI - Da mesma forma que se admitiu durante o Inquérito uma leitura flexível do art. 4º, § 1º, da Lei 9.613/98 - norma esta especial em relação ao art. 131, I, do CPP, e nitidamente mais prejudicial à defesa, a ponto de se ter permitido a manutenção excepcional da constrição de bens por um período de 330 dias (trezentos e trinta dias) até o oferecimento da denúncia, enquanto o referido dispositivo prevê expressamente o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, - também se deve adotar, segundo um critério de razoabilidade, uma exegese mais ampla do art. 131, II, do CPP, visando, precipuamente, ao atendimento dos fins sociais da empresa. VII A decisão que defere, sob estritas condições de comprovação de gestão, o levantamento parcial de montante equivalente a menos de 4% (quatro por cento) do total bloqueado em conta bancária, na forma do inciso II, do art. 131, do CPP, atende tanto aos interesses sociais inerentes à garantia dos efeitos civis oriundos de eventual condenação penal, quanto àqueles relacionados à permanência da empresa. VIII- Não há diferença de ordem técnica, quanto aos seus efeitos, entre uma decisão que resolve um pedido de restituição de coisa apreendida e aquela que autoriza o levantamento de bem móvel seqüestrado. Ambas encerram a relação processual e julgam o mérito, embora sem absolver ou condenar. São, portanto, passíveis de serem impugnadas por apelação nos termos do art. 593, II, do CPP, considerando não haver previsão legal de recurso em sentido estrito para ambas as hipóteses. Aplicação da Súmula 267 do STF. IX – Mandado de Segurança não conhecido. (TRF-2 - MS: 8779 RJ 2006.02.01.001898-9, Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE, Data de Julgamento: 06/09/2006, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::26/09/2006 - Página::214/215).

Portanto em relação aos três legitimados: Ministério Público, ofendido e autoridade policial, não há divergências quanto a sua aplicabilidade, entretanto resta discussão quanto à atuação de ofício pelo julgador.

### 3.2.1. Finalidade

O sequestro como em toda medida cautelar tem como pressuposto um processo principal, é medida acessória, cuja sorte segue o principal. Por isso a finalidade da medida é de extrema importância, pois somente assim o interprete poderá concluir o escopo perseguido, inclusive para distinguir entre as demais medidas assecuratórias.

O artigo 125 do Código de Processo Penal impõe que a medida será utilizada para restringir o patrimônio que tenha proveniência da atividade criminosa, ou seja, o fruto econômico resultante do crime.

Como a medida recai sobre os bens provenientes da infração, segundo Lopes Jr. (2013, p. 718), a restrição não pode atingir a integralidade do patrimônio do acusado e muito menos sobre aqueles preexistentes a própria prática do delito, já que nitidamente não foram adquiridos através de vantagem delitiva. Em tempo oportuno retomaremos tal ponto, já que no Caso 01 do presente estudo, a medida de sequestro recaiu sobre a totalidade do patrimônio do acusado e sua família (integralidade do patrimônio e bens adquiridos anteriormente ao fato imputado).

Câmara e Leardine (2015, p. 95) lembram que a medida de natureza cautelar deve ser imposta em face de bens imóveis e de forma excepcional sobre bens móveis proveniente da atividade infracional. Reforça alegando a necessidade de prévia investigação da origem do patrimônio do acusado e indicando precisamente quais os bens que se amoldam à exigência legal.

Pacelli (2013, p. 315) arremata relatando que a medida é a retenção da coisa litigiosa, por determinação judicial, quando houver dúvida sobre origem (forma de aquisição lícita do bem) ou sua propriedade, não podendo recair sobre bens lícitos.

Com isso a medida de sequestro tem por finalidade evitar o enriquecimento ilícito por parte do autor da infração penal, em virtude da atividade ilícita desenvolvida. Porém apenas e tão somente poderá haver sequestro em face dos bens que recair fundada suspeita de aquisição através do resultado do crime, inclusive há necessidade de lastro mínimo probatório da ilicitude do bem. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. SEQUESTRO DE BEM IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA DO BEM. ARTS. 125 E 126 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEVANTAMENTO. 1. O sequestro de bem imóvel tem cabimento quando adquirido com os proventos da infração e para sua decretação basta apenas a existência de indícios veementes da proveniência ilícita do bem, nos termos dos arts. 125 e 126 do Código de Processo Penal. 2. **Não há nenhum elemento de prova, sequer indiciário, da proveniência ilícita do imóvel em nome do apelante, objeto de sequestro.** 3. Não há dúvida da utilidade das medidas cautelares como o sequestro para assegurar os interesses da União e a eficácia de futuras decisões judiciais em processos que envolvem a prática de contrabando e de lavagem de dinheiro, por meio dos quais há a ocultação e a transformação de significativos valores e bens em ativos aparentemente lícitos. Todavia, **a constrição de bens relacionados com esses delitos deve estar lastreada em elementos mínimos de prova que permitam concluir que sua obtenção foi realizada com numerário ou outro bem ilicitamente adquirido, sem o que a medida não se ampara legalmente.** 4. Apelação provida. (TRF-3 - ACR: 1917 SP 0001917-76.2011.4.03.6102, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 16/07/2012, QUINTA TURMA).

Em contrapartida, o bem de origem lícita podem ser objeto da medida de arresto, a qual, segundo Pacelli (2013, p. 315) pode recair sobre todos os bens para garantir a solvabilidade do devedor.

O arresto tem como finalidade assegurar a ação “*ex delicto*”, ou seja, a reparação do dano em virtude da ação delituosa. É medida estritamente interligada com o direito civil, devendo o julgador raciocinar que o deferimento da medida visa assegurar outro processo em outra esfera.

Confirmada a autoria e materialidade, caberá ao julgador remeter o julgamento para o juízo cível, o qual é o competente para apurar o “*quantum debeatur*”. Nessa linha descabe a alegação de licitude do bem, já que não é este o escopo da medida, vide a jurisprudência:

PROCESSO PENAL. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. ARRESTO E HIPOTECA LEGAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. O Ministério Público possui legitimidade para requerer os pedidos de especialização da hipoteca legal e arresto de bens em caso de existência de interesse da Fazenda Pública, nos termos do art. 142 do CPP 2. **Em se tratando de arresto/hipoteca legal, decretados para o fim de assegurar o pagamento da pena de multa, custas processuais e reparação do dano decorrente do crime, irrelevante a alegada proveniência lícita dos bens.** (TRF-4 - ACR: 163029720064047000 PR 0016302-97.2006.404.7000, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 13/05/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/05/2014).

Portanto o julgador criminal deverá sempre analisar o objetivo da medida de arresto, verificando a sua utilidade na esfera cível de assegurar a reparação do



dano, em consequência deverá respeitar, de forma supletiva, o regramento do direito civil.

Há de se lembrar de que a medida de sequestro não cabe nos casos de apreensão da própria coisa ilícita, objeto do crime. Essa é a diferença do presente instituto com o da busca e apreensão, nesta é visado à apreensão do objeto do crime, constituindo a materialidade delitiva e a restituição para a vítima deverá ser efetuada mediante pedido de restituição, a qual será deferida em caso de desnecessidade para a investigação criminal.

Nesse sentido Câmara e Leardine (2015, p. 97) relatam que é possível de busca e apreensão o objeto do próprio crime, não sendo caso de aplicação da medida de sequestro. A devolução do bem deverá seguir o rito do pedido incidental de restituição de coisa apreendida.

### **3.2.1.1. Princípio da Fungibilidade**

No item anterior foi dissertado sobre a finalidade das medidas assecuratórias, ou seja, o objetivo do sequestro é retirar da esfera patrimonial do acusado os bens provenientes da atividade ilícita (bens imóveis ou móveis ilícitos). Em contrapartida no arresto o escopo é assegurar a eventual reparação de danos, recaindo a medida nos bens imóveis ou móveis de origem lícita.

A finalidade de cada medida é bem distinta e não se confundem, já que uma requer a demonstração da ilicitude do bem e a outra o dano a ser suportado pela vítima. Inclusive em um mesmo processo criminal ambas poderão coexistir, já que tem objetivos distintos.

Então cabe a aplicação do princípio da fungibilidade? A jurisprudência estabelece o significado e aplicação deste, vide:

**I - O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO PENAL, CONFORME DICÇÃO DO ART. 579 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SÓ É CABÍVEL QUANDO NÃO OCORRER ERRO GROSSEIRO E ESTIVEREM PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.**  
**II - CONSIDERA-SE ERRO GROSSEIRO A INTERPOSIÇÃO DE DETERMINADO RECURSO PELA PARTE, QUANDO A LEI EXPRESSAMENTE PREVÊ OUTRO QUE SERIA O CABÍVEL EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA.** (TJ-DF - APR: 20101210040933 DF 0004047-63.2010.8.07.0012, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento:

08/05/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/05/2014 . Pág.: 277).

Conforme visto a lei estabelece claramente os requisitos de cada medida assecuratória, devendo o requerente preenchê-los, devendo ser tratado como erro grosseiro a interposição incorreta de uma pela outra, não devendo ser aplicado a fungibilidade da medida.

Lembrando que o Código de Processo Civil, artigo 273, § 7º, aplicação analógica, entende que é possível ao juiz deferir tutela cautelar ao invés de tutela antecipada, porém o autor requereu o maior, mas o juiz entendeu de forma subjetiva que os pressupostos não estariam preenchidos e haveria a necessidade de resguardar os seus interesses, deferindo o menor. O inverso não é permitido.

Tal norma é inaplicável, já que os requisitos são totalmente distintos entre as cautelares, estando em pé de igualdade, inclusive pela necessidade de individualização do bem (é objeto ou proveniente do crime).

Portanto o sequestro caberá apenas nos bens cuja suspeita recaia sobre bens adquiridos com proventos da infração penal, não sendo caso em face dos bens do próprio objeto, quando caberá busca e apreensão, nem mesmo em relação aos bens lícitos, que podem ser objeto de arresto. A finalidade do sequestro é garantir o ressarcimento a vítima, não havendo dever de haver o perdimento em favor da União, artigo 91, II, do Código Penal, evitando o enriquecimento ilícito do acusado.

### **3.2.2. Sequestro de Bens Móveis**

O artigo 132 do Código de Processo Penal permite o sequestro de bens móveis, desde que não cabível a busca e apreensão. A ressalva do artigo é totalmente desnecessária, já que a distinção é clara entre ambas as medidas, uma visa resguardar a reparação do dano e retirar da esfera patrimonial os bens adquiridos pelo resultado do crime, na outra, busca e apreensão, é elemento de prova e visa constituir a materialidade delitiva e a sua autoria, é o próprio objeto do crime.

Nesse sentido é a manifestação de Pacelli (2013, p. 315) ao alegar que caberá a medida “quando se tratar de bens móveis adquiridos com o proveito da

*infração*”. Ainda, vale destacar os apontamentos de Lopes Jr. (2013, p. 723), buscando a distinção entre sequestro e busca e apreensão:

Contudo, quando com o ganho obtido pelo delito o agente adquire objetos que constituam a própria materialidade de outro crime, haverá apreensão, e não sequestro. Por exemplo: se com o dinheiro obtido na venda do automóvel roubado o imputado compra cocaína, a droga será apreendida, pois constitui o próprio corpo de (outro) delito.

Outra situação que deve ser considerada é quando os bens subtraídos, por exemplo, são modificados ou transformados, gerando bens diversos daqueles originariamente furtados ou roubados.

É o exemplo clássico do furto de joias que, após serem derretidas e transformadas, geram um novo bem. Essa nova coisa móvel será apreendida ou sequestrada? Será sequestrada, pois já não se trata do objeto direto do delito, senão de um novo bem, obtido a partir daquele. Não é a *res originária*, senão uma nova, obtida a partir da modificação ou transformação daquela.

Deve a medida observar os requisitos do artigo 126 do Código de Processo Penal, ou seja, todos os requisitos para a concessão do sequestro de bens imóveis, a principal ressalva dessa medida é para não confundir com a busca e apreensão, já que seria erro grosseiro e cujas finalidades são totalmente distintas.

### 3.2.3. Requisitos

O artigo 125 do Código de Processo Penal ensina que a medida de sequestro poderá recair sobre os proventos da infração, em seguida a norma adjetiva explica que deverão ser avaliados os “*indícios veementes da proveniência ilícita*” do bem. Segundo Nucci (2007, p. 311) tais indícios devem apontar para a origem ilícita do bem e não para a responsabilidade penal do autor da infração penal.

É ônus de o requerente apontar os elementos probatórios que indicam a razoável dúvida de que o bem foi adquirido com o resultado do delito, conforme já fora tratado anteriormente. Pela obrigatoriedade da motivação das decisões o juiz deverá apontar quais são esses elementos que demonstrem a proveniência ilícita, não bastando à alegação genérica de que houve uma infração em consequência o dito bem é ilícito, nesse sentido a jurisprudência:

PENAL. PROCESSO PENAL. SEQUESTRO DE BENS. INDÍCIOS VEEMENTES DE PROVENIÊNCIA ILÍCITA DOS BENS INEXISTENTES. 1. Para que seja decretado o seqüestro de bens móveis e imóveis, mister se faz que existam indícios veementes da proveniência ilícita desses bens. 2. **A decretação do seqüestro de bens não pode ser genérica, atingindo todo o patrimônio móvel e imóvel do indiciado. Há que haver uma proporcionalidade entre o dano causado pela infração.** 3. Apelação não

provida. (TRF-1 - ACR: 18446 MG 2007.38.00.018446-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 28/04/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/05/2008 e-DJF1 p.130).

Na prática há decisões demonstrando o delito e julgam a própria ilicitude patrimonial, não explicando a proveniência da aquisição ilícita, ou seja, a relação entre o resultado financeiro do delito e a aquisição patrimonial – nexo de causalidade.

A ausência de fundamentação das decisões está ligada ao sistema inquisitório, o qual não garante nenhuma garantia, afastando-se do sistema acusatório adotado pelo ordenamento brasileiro, pelo qual o juiz assume uma função de garantidor, devendo resguardar os direitos fundamentais do cidadão, inclusive os direitos de propriedade e secundariamente os direitos sociais previstos na Constituição Federal. Nesse linha:

Nos casos de sequestro, em que a medida recai sobre os bens (móveis ou imóveis) adquiridos com os proventos da infração, o foco da atenção do julgador acaba sendo a prova da origem ilícita. Uma vez demonstrados o crime e o caminho percorrido até a aquisição dos bens, o *periculum* passa a ser secundário, impondo-se a indisponibilidade do patrimônio. O ponto nuclear a exigir o máximo de atenção é o *fumus commissi delicti*. (Lopes JR, 2013, 726).

Enfim, os requisitos que fundamentam a decisão cautelar de sequestro são:

a) materialidade e indícios de autoria; b) bens adquiridos com proventos da infração (indícios veementes da ilicitude) – “*fumu boni iuris*”; c) “*periculum in mora*”.

Ressalte-se que:

A cognição nesse momento é sumária, limitada a verossimilhança do alegado, mas isso não significa que se possa presumir, contra o réu, a origem ilícita dos bens ou que ele irá dilapidá-los em detrimento dos interesses patrimoniais da vítima. Deve o pedido vir instruído com um lastro probatório mínimo, mas suficiente, que dê conta – à luz do princípio da proporcionalidade e da presunção de inocência – do imenso constrangimento e prejuízos que gera, para o imputado, a indisponibilidade patrimonial. (Lopes Jr. 2013, p. 719).

Ainda, antes de adentrar aos requisitos específicos, vale o destaque da crítica clara e realista escrita por Lopes Jr. sobre os efeitos e consequências do deferimento da medida. Deve o julgador se pautar para essa realidade, vide:

A proporcionalidade impõe o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a *lógica da ponderação*. Não se pode, a partir de uma perigosa

prognose de futura e incerta responsabilização civil, engessar o patrimônio do imputado, sem base probatória suficiente e necessária proporcionalidade, ainda mais se considerarmos que ele já está passando por uma situação bastante difícil, que é o de figurar como réu em processo penal.

Não se pode desmerecer o fato de que o imputado já passa por uma situação difícilíssima, muitas vezes agravada pelo bizarro espetáculo midiático montado em torno das estrondosas operações policiais, que conduz a perda de clientes, fechamento de linhas de crédito, perda do emprego, enfim, um empobrecimento generalizado do réu, fruto do estigma gerado pela investigação e o processo penal. Nesse contexto, as medidas assecuratórias revestem-se de uma gravidade ainda maior, pois lhe impedem de dispor de seu patrimônio, seja para alienar ou dar em garantia, impossibilitando-o de ter liquidez para a própria subsistência. Ainda que no final do processo criminal seja absolvido ou que os bens indisponibilizados sejam em valor muito superior a eventual responsabilidade civil, em nível de endividamento e de penúria, é, muitas vezes, irreversível.

Daí por que toda cautela é necessária no momento de utilizar as medidas assecuratórias, sublinhando-se a importância de prova do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*, e não se admitindo presunções contra o réu. Deve ainda prevalecer a lógica da ponderação, para que a medida cautelar incida sobre a menor parcela necessária do patrimônio do imputado. (Lopes Jr. 2013, p. 727).

A crítica é totalmente pertinente, já que nos dois casos paradigmáticos, a serem analisado em capítulo próprio, as consequências da constrição geraram efeitos devastadores nas vidas dos acusados e de terceiros estranho ao próprio processo. Esse ponto será objeto de análise do estudo dos dois casos práticos.

### **3.2.3.1. Materialidade e Indícios de autoria**

Quando se trata de direito penal há um pressuposto maior que sempre deverá estar presente, em qualquer tipo de medida penal, quais sejam: materialidade do crime e indícios de autoria.

A materialidade é requisito obrigatório, pois sem os vestígios de uma atividade criminosa, não há que se falar na própria infração, ou seja, não há fundamento a ser sustentado sobre o auferimento de vantagem pela atividade criminosa. Por isso não há o que se resguardar e a medida acessória é incabível.

Os indícios de autoria, também, é fundamento obrigatório para qualquer tipo de medida penal, já que há necessidade da identificação sobre a pessoa de quem recaíra. Sem a identificação não há como imputar aproveitamento econômico pela atividade delituosa e, sendo assim, não há o que se resguardar.

Portanto toda e qualquer medida penal obrigatoriamente deve trazer a materialidade do crime imputado e os indícios da autoria sobre a pessoa que deverá arcar com o ônus da medida processual.

### 3.2.3.2. “*Fumus boni iuris*”

A presença do bom direito deve estar bem embasada na decisão judicial, recaindo os fundamentos na demonstração de que os bens objetos da constrição são derivados do aproveitamento econômico do crime.

Como garantidor de direitos fundamentais, cabe ao juiz analisar e verificar quais são os “*indícios veementes da proveniência ilícita do bem*”, fundamentando (motivando) a decisão nesse sentido, ou seja, o “*fumus commissi delicti*”.

PACELLI (2013, P. 318) lembra que o Decreto-lei nº 3.240/41, satisfação de débito oriundo de crime contra a Fazenda Pública, não exige que os bens sejam “*decorrentes da prática criminosa para a obtenção da cautela, sendo, por isso, irrelevante a origem dos bens que sofrerão a constrição*”.

Trata-se de medida excepcional é aplicável apenas nos casos previsto neste instrumento normativo, nos demais casos, salvo leis especiais, aplica-se o Código de Processo Penal.

Nessa linha o sequestro não poderá recair sobre a totalidade do patrimônio do acusado, apenas e tão somente sobre os bens comprados com as vantagens auferidas pelo delito. Jamais poderá recair sobre os bens preexistentes, ou seja, adquiridos antes dos fatos (Lopes Jr. 2013, p. 718). Nesse sentido foi à decisão colacionada no item anterior.

Câmara e Leardini (2015, p. 100), também, afirmam que o “*sequestro é um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença condenatória, e somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal*”. Discorrem sobre a referibilidade dos bens sequestrados e explicam que bens ilícitos decorrentes de outras práticas criminais não pode ser objeto da medida de constrição já que diverso do objeto do inquérito policial ou ação penal.

Os autores deixam clara a necessidade da individualização do bem que irá suportar a medida restritiva, inclusive apontando os motivos determinantes a conclusão da sua aquisição com os “proventos do crime”. Lopes Jr. (2013, p. 718) esclarece alegando a necessidade de se demonstrar o nexo de causalidade entre os bens que se pretende sequestrar e o provento do crime antecedente.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual assegura a vítima o ingresso na via judicial cível para se resguardar de seus direitos, vide:

A medida cautelar de sequestro objetiva reter os bens do indiciado ou acusado, para assegurar o ressarcimento da vítima, desde que adquiridos com os proventos ou os produtos da infração penal. **Restando ausentes os indícios da origem espúria dos bens, bem como do nexo com o crime imputado**, cabe ao interessado se valer de diversa medida acautelatória para assegurar a solvabilidade do pretense devedor. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-PR 8121855 PR 812185-5 (Acórdão), Relator: Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 14/06/2012, 3ª Câmara Criminal).

Há necessidade de o requerente individualizar o bem e apontar a existência de indícios veemente da proveniência ilícita, a alegação de crime antecedente não justifica a medida e não serve como fundamentos motivadores da decisão.

Será visto nos casos pragmáticos que os acusados possuíam patrimônio preexistente e ampla atividade econômica, anterior aos fatos acusatórios, fato comum quando se trata de crimes econômicos. E daí a necessidade de se redobrar a atenção ao analisar a hipótese de cabimento da medida.

Por isso que se amplia a necessidade de individualizar o que é o lícito e aquilo que é decorrente da suspeita do aproveitamento econômico do ilícito. Deve ser destacado o entendimento de Lopes Jr. (2013, p. 719):

Contudo, é elementar que, se o período em que o bem foi adquirido antecede ao do ganho obtido com a infração ou ainda possui o imputado atividade lícita, cujos ganhos são compatíveis com o seu patrimônio, a medida não pode prosperar. Da mesma forma, deve-se ponderar o valor dos bens sequestrados e os ganhos supostamente obtidos com a atividade criminosa, pois deve haver a necessária proporcionalidade.

É de ser lembrado que a dificuldade na realização da prova, não é justificativa para o deferimento da medida, segundo Câmara e Leardino (2015, p. 101). É ônus

de o requerente descrever e provar o seu alegado, vedado a transferência para a parte acusada.

Nem mesmo nos crimes de lavagem de capitais, como visto na decisão *supra*, em que a denúncia poderá vir sem lastro mínimo probatório justifica, já que está hipótese legal não é aplicável em sede de sentença, quando deverá haver o juízo de certeza da responsabilidade penal.

Também, não é fundamento para o deferimento da medida quando houver:

(...) aumento de patrimônio do acusado ou indiciado depois da ocorrência do fato típico não permite a dedução de que este patrimônio se trata de riqueza gerada pela infração. Faz-se necessária uma investigação que *augmente a força dos indícios*, afastando-se da mera possibilidade de uma origem ilícita para se aproximar da probabilidade dela (Câmara e Leardino, 2015, pp. 100 a 101).

Também, a cautela deve ser redobrada quando a medida de sequestro recair sobre bens de terceiros, pois a doutrina de Lopes Jr. (2013, p. 718), diz:

Pensamos que se deve recorrer às lições anteriores, sobre o *fumus commissi delicti*, mas vinculado agora à origem dos bens, de modo que, para a decretação do sequestro, deve o autor do pedido (autoridade policial, Ministério Público ou assistente da acusação) demonstrar a fumaça, a probabilidade de que tenham eles sido adquiridos com os proventos do crime. Assim, é uma prova em dupla dimensão: demonstrar a verossimilhança de autoria e materialidade do delito imputado e ainda de que os bens foram adquiridos com os proventos dessa suposta infração penal.

Então como fica a aplicação da norma para os bens dos terceiros que estão suportando a constrição judicial?

*Primeiro*, o terceiro poderá ter que suportar a medida de sequestro desde que fique demonstrado que este é originário de “proventos da infração”, nos termos do artigo 125 do Código de Processo Penal.

*Segundo*, os bens transferidos anteriormente aos fatos acusatórios não podem ser objeto da constrição de sequestro (trata-se de ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição Federal), já que é impossível serem originários de “proventos da infração”, que é requisito normativo da medida.



*Terceiro*, os bens transferidos anteriormente podem ser objeto de arresto, desde que inexista o bem originário dos “proventos da infração”, porém restrito ao seu valor e não sobre a totalidade patrimonial.

Observe a interpretação jurisprudencial:

1. A constrição de bens móveis e imóveis deve ocorrer quando houver suspeita de tratar-se de bem adquirido com proventos de atividade criminosa. 2. **Não há ilicitude se a requerente possuía um bem lícito, que fora objeto de uma transação comercial, tendo recebido, em razão de alienação, o valor depositado em sua conta corrente, ainda que o comprador esteja sendo investigado por suspeita de prática criminosa.** Neste caso, o seqüestro deve recair sobre o bem adquirido, supostamente com produto de crime. 3. Apelação provida. (TRF-1 - ACR: 9237 GO 0009237-49.2012.4.01.3500, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 10/09/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.781 de 21/09/2012).

Portanto a medida assecuratória somente poderá incidir sobre o benefício auferido pela atividade criminosa e não sobre a totalidade do dano, isto no caso do acusado. Já em relação aos terceiros, a medida de sequestro somente poderá recair sobre o bem proveniente da infração anterior e caso não mais exista o bem, a medida poderá ser de arresto até o montante do aproveitamento econômico. Daí a necessidade de fundamentação concreta da decisão em que defere o pedido.

### **3.2.3.3. “*Periculum in mora*”**

Como em toda medida cautelar o perigo na demora deve estar presente no caso em concreto. Não cabe a justificativa tradicional apontada em decisões judiciais que presumem este requisito.

É dever de o legitimado demonstrar na inicial a presença do elemento, pois, segundo Câmara e Leardine (2015, p. 101), tal requisito é derivado do ordenamento jurídico e da motivação judicial, “(...) *exigindo-se a presença de elementos informativos objetivos e racionais indicadores de que o patrimônio será dilapidado, transferido ou ocultado*”.

Segue igualmente este entendimento Lopes Jr. (2013, p. 719), já que a real necessidade da medida deve ser apontada pelo requerente e “*jamais se admitindo que se presuma o perigo de perecimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução*”.

Portanto na decisão judicial deverão ser apontados claramente os fundamentos do receio de que os bens serão dilapidados, gerando prejuízo a eventual ressarcimento dos danos causados pela infração penal.

#### **3.2.4. Procedimento**

O pedido de sequestro será autuado em apartado, já que se trata de processo incidental, artigo 126, do Código de Processo Penal, sendo admitida a interposição de embargos para a discussão de seu cabimento. Em caso de deferimento será expedido mandado, o qual depois de cumprido o juiz ordenará a inscrição do imóvel no Registro de Imóveis da circunscrição do bem, artigo 128 do Código de Processo Penal.

No que tange a forma excepcional do sequestro de bens móveis, havendo órgão de registro, DETRAN, por exemplo, deverá o julgador inscrever o ato de constrição perante a Entidade, segundo Câmara e Leardini (2015, p. 107), bloqueando a restrição de transferência e alienação.

Sobre o rito procedimental é de salutar a crítica de Câmara e Leardini (2015, p. 107), já que no Código de Processo Penal “*não há disciplina sobre o rito, formas e meios de produção de provas, participação da vítima e atuação da defesa*”. Reforça a crítica relatando sobre a restrição de direitos que a medida importa e a necessidade do devido processo legal. E finaliza citando a Lei de Drogas, pois o acusado poderá produzir provas da origem lícita do bem ou valores objeto da decisão.

É de se recordar que o Código de Processo Penal é inspirado no regime Fascista, cujo objeto é embasado no sistema inquisitório. Após a Constituição Federal de 1988, a Lei Adjetiva deve ser interpretada a luz desta, amoldando-se aos seus princípios.

A total ausência de defesa do acusado em proteger seus direitos não se amolda ao sistema misto acusatório, deve-se garantir a ampla defesa. Por isso, entendo, deve-se assegurar a defesa postergada ao acusado, utilizando o mesmo sistema da execução cível, ou seja, determina-se a medida de constrição, após o seu cumprimento, abre-se vista ao acusado para apresentar defesa e documentos suficientes para reanálise do julgador, nos mesmos termos da Lei de Drogas,

especial e posterior, aplicável, portanto. Observe que é pressuposto das medidas antecipatória a reanálise a qualquer tempo da decisão, desde que haja um fato novo para reapreciação, § 4º, artigo 273, do Código de Processo Civil.

Por mais que não haja norma legal obrigando ao julgador a abertura de vistas ao acusado, os princípios constitucionais permitem esta leitura, inclusive para minorar os efeitos de decisões equivocadas.

Lembrando que a finalidade da medida de sequestro é da reparação do dano, ou seja, está ligada a esfera cível, então seus Institutos devem ser aplicados de forma subsidiária.

Entender que os embargos, previsto no artigo 130 do Código de Processo Penal, atende a ampla defesa é rasgar o texto constitucional, já que não se afastará do Poder Judiciária a apreciação de lesão ou ameaça, e que lesão maior não há em uma constrição de bens, que só será liberado após o transito em julgado da sentença. É afronta direta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, segundo o qual "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

É nítido que o parágrafo único, do artigo 130 do Código de Processo Penal, não foi recepcionado pela ordem constitucional, pois fere o princípio de inocência, do devido processo legal, cessão de ameaça ou lesão à bem jurídico pelo Judiciário. Por isso não há como se postergar o julgamento ou suspensão dos embargos até a decisão definitiva. A doutrina diz que:

Situação complicada, pois estabelece uma suspensão obrigatória dos embargos até o trânsito em julgado da sentença condenatória no processo de conhecimento. A jurisprudência, sem muito critério, tem amenizado um pouco o rigor desse dispositivo, mas não há um rumo bem definido nessa matéria (Lopes Jr. 2013, p. 721).

Desse modo não sendo oportunizado ao acusado se manifestar sobre a medida de constrição, então deverá ser oportunizado a interposição de embargos, o qual deverá ser julgado e não suspenso como ocorre na prática (fato ocorrido no Caso 02, em que se requereu a liberação do veículo haja vista a comprovação da sua origem lícita).

O artigo 130 do Código de Processo Penal traz duas hipóteses de fundamentos para os embargos: a) ao acusado a fim de demonstrar a licitude do bem; b) ao terceiro, que adquiriu o bem onerosamente e de boa fé.

A primeira hipótese trata da desconstituição do tipo normativo, ou seja, proveniência ilícita do bem. Ocorre que em alguns casos (Caso pragmático 01) os embargos se confundem com o próprio mérito da ação penal, ou seja, inviável o manejo desse mecanismo de defesa, pois a discussão passará para a ação principal.

Lembrando que a ampla defesa não pode ser tarifada, ou seja, vinculada apenas a esta hipótese legal. O acusado pode discutir todos os requisitos da cautelar, ampliando o objeto da defesa. Em sentido contrário, Câmara e Leardine (2015, p. 108) diz que *“na dicção do art. 130, o acusado, na limitação vinculativa da lei, deverá se ocupar da comprovação da origem lícita do bem”*.

O terceiro poderá interpor os embargos para demonstrar a sua boa-fé e a aquisição onerosa. Porém, segundo Câmara e Leardine (2015, p. 108), *“se o terceiro tiver recebido o bem auferido com proventos de um crime em doação ou, onerosamente, de má-fé, não poderá se valer dos embargos de terceiros para garantir a manutenção da posse”*.

Lopes Jr. (2013, p. 721) afirma *“que a esposa ou companheira do réu ingresse com embargos de terceiro para defesa de sua meação, especialmente quando aduza que o bem foi adquirido antes da prática do delito e com o esforço comum do casal”*.

Câmara e Leardine (2015, p. 111) afirmam que o acusado poderá interpor recurso de apelação contra a decisão de sequestro, inclusive para afastar as alegações da existência dos requisitos da medida. Nesse sentido:

Da decisão que decretar o seqüestro de bens caberá a interposição de apelação criminal, não de agravo de instrumento, conforme preceitua o artigo 593, II, do Código de Processo Penal. - Constatando-se a ocorrência de erro grosseiro, não há como se avocar o princípio da fungibilidade para dar prosseguimento ao recurso. - A interposição do recurso é intempestiva quando apresentada após o decurso do prazo legal e, portanto, não deve ser conhecida. (TJ-MG - AI: 10568100003629001 MG , Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 05/06/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/06/2014)

Como afirmado *supra*, o debate sobre o cabimento da medida deverá ser levada para peça específica no bojo do incidente ou através de embargos, pois privilegiam a ampla defesa e o acusado poderá trazer novos elementos que sustentam a modificação da decisão.

Ao final, julgado procedente a demanda criminal e declarado o perdimento dos bens, os bens deverão ser avaliados e leiloados no juízo criminal, cujo resultado servirá para a indenização dos lesados e terceiros de boa-fé. Havendo saldo remanescente ou de pessoas a serem indenizadas, então os valores deverão ser recolhidos para a União, nos termos do artigo 133 do Código de Processo Penal.

### **3.2.5. Levantamento**

O artigo 131 do Código de Processo Penal prevê três hipóteses para o levantamento do sequestro: a) a ação penal não intentada após 60 (sessenta) dias da conclusão do ato de constrição; b) o terceiro prestar caução; c) pela extinção da punibilidade com trânsito em julgado.

Lopes Jr (2013, p. 721) diz que na hipótese do inciso I a medida deve ser contada do início de seu cumprimento, não sendo razoável a contagem se iniciar após a intimação do Ministério Público. Também, segundo Câmara e Leardin (2015, p. 113) é irrazoável a prorrogação do prazo estabelecido na lei, já que não há previsão legal para tanto. Reforçam tais argumentos, pois, segundo Pacelli (2013, p. 317), o indiciado poderá se utilizar dos embargos para afastar a restrição patrimonial, pela violação do prazo legal. É de se destacar que há jurisprudência em sentido contrário, afirmando sobre a possibilidade da postergação do prazo, inclusive já foi colacionado este entendimento *supra*.

Nos casos em que o bem for transferido para terceiros e houver a prestação de caução para assegurar os efeitos do artigo 91, II, do Código Penal, o sequestro deverá ser levantado. Isto porque a finalidade da medida é assegurar a reparação do dano, a qual fica acautelada pela caução.

A última hipótese, a princípio simples, trata da extinção da punibilidade. O sequestro deverá ser levantado, já que os efeitos penais secundários são excluídos pelo reconhecimento da prejudicial de mérito.

Nessa linha Câmara e Leardini (2015, p. 114), alegam:

Na situação de se extinguir a punibilidade do acusado, nenhum problema de interpretação: se a cautela pretende assegurar o direito à reparação do dano e o confisco de bens de origem criminosa, e se a obrigação ou perda de bens exige que se reconheça judicialmente a sua existência e autoria, a decisão por meio da qual se extingue a punibilidade faz desaparecer, na esfera penal, a referência – ou referibilidade – da cautela, bem como a característica de acessoriedade da ação cautelar.

Para facilitar a compreensão desse ponto, adiante-se a discussão do segundo caso prático. Veja que o sequestro é derivado da suposta prática de crime ambiental, que no decorrer do processo encontram-se prescritos em abstratos, ou seja, os efeitos penais desse fato não poderão fazer parte da sentença penal e manter a medida cautelar.

Tranquilo era afirmar a aplicação desse Instituto nessa situação, porém, em concurso de crimes a situação é mais complexa, pois ainda restam para a apreciação os crimes de quadrilha ou bando, receptação e falsidade de sinal identificador, como se verá em capítulo próprio. Então, a medida de sequestro perdeu objeto ou se mantém em virtude dos outros fatos?

Para resolver essa questão devemos partir da análise individuada para cada crime, aplicando de forma analógica o artigo 119 do Código Penal. Deve-se partir do resultado naturalístico de cada crime, para identificar qual tem o potencial de gerar os bens “provenientes da infração”.

Nessa linha a questão se torna simplificada, já que a suposta origem ilícita dos bens deriva do proveito econômico do crime ambiental, não havendo influência das demais infrações. Por isso havendo a extinção da punibilidade, principal, a sorte do acessório, sequestro, o seguirá e, também, se extinguirá.

Fato distinto era se a inicial trouxesse elementos demonstrando que os demais delitos influenciaram no resultado naturalístico, criando o nexo de causa entre os delitos e interligando as condutas. Nessa nova situação, não haveria a extinção do acessório, pois, ainda, permanecem fatos delituosos que influenciaram no resultado do crime ambiental – aproveitamento econômico do crime.

Novamente há importância da individualização e discriminação do vínculo entre o fato e a imputação criminosa, pois o julgador estará vinculado aos termos

iniciais, vedado à inovação no processo e prejuízo a parte. Cabem ao requerente da medida, demonstrar na inicial os fatos geradores do aproveitamento econômico, os crimes que concorreram sem a qual o resultado não seria atingido. Dessa forma se está evitando a extinção do acessório pela extinção da punibilidade do crime principal.

O raciocínio vale no caso de absolvição do réu, última hipótese de levantamento.

A doutrina afirma que o levantamento não poderá aguardar o trânsito em julgado, Lopes Jr. (2013, p. 722), devendo ser imediatamente liberador, Pacelli (2013, p. 317), já que está afastado o título executivo da vítima, Câmara e Leardine (2015, p. 115).

E no caso de absolvição sumária, como ficaria a medida?

Os efeitos da decisão sumária têm o mesmo efeito e eficácia da sentença pós-instrução, ou seja, apenas antecipa-se o resultado por ser evidente a caracterização das hipóteses legais.

Como o principal se extingue, o acessório deve seguir a sua sorte, ou seja, a medida de sequestro também deve ser extinta. Em caso de resolução parcial, por exemplo, reconhecimento da prescrição de um dos fatos, caso a medida esteja ligada apenas a este fato o sequestro deverá ser extinto. Caso não tenha ligação, a medida se mantém inalterada. Porém se é caso de influenciar parcialmente no “*quantum*” do dano ou no resultado do crime, a medida de sequestro deverá ser readequada a nova realidade do processo.

Dessa forma, nos casos de absolvição sumária, o julgador deverá reavaliar a sua decisão amoldando os seus requisitos legais a nova realidade fática, reduzindo ou extinguindo a própria medida.

Dá mesma forma, deve ser entendido no caso de recebimento parcial da denúncia, já que há alteração fática e a readequação da medida deverá ser efetuada. Aqui não se trata de atuação de ofício, já que o julgador apenas está readequando a decisão à nova realidade, o que é permitido, por analogia, pelo § 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Ora, quando a medida foi deferida na fase pré-processual, por óbvio, o julgador avaliou a totalidade dos fundamentos, após a apresentação da peça acusatória houve vinculação e o seu recebimento parcial, gera, por efeito de consequência, a automática reapreciação da decisão anterior, já que foi afastada a totalidade dos fundamentos apresentados.



#### 4. O CONFLITO ENTRE A ESFERA CÍVEL E PENAL

As medidas assecuratórias têm como objetivo o ressarcimento ou reparação dos danos causados pela infração penal, porém este não é objetivo principal do processo penal, mas sim apurar a responsabilidade penal do acusado. Cabe ao juízo cível, especializado, aferi-la. Observe as diferenças apontadas por Tourinho Filho (2004, p. 4):

- 1º) a ação penal tem por escopo realizar o Direito Penal objetivo, isto é, visa à aplicação de uma pena ou medida de segurança ao criminoso; a *actio civilis* tem por objetivo precípuo e único o ressarcimento do dano produzido pela infração;
- 2º) a ação penal, de regra, é pública, isto é, só poderá ser promovida pelo Ministério Público; a *actio civilis ex delicto* somente pode ser intentada pela vítima do crime, seu representante legal ou herdeiros. (...). Se a ação tiver por objeto uma pretensão punitiva, será penal; se a pretensão for de ressarcimento, será civil.

Importante destacar o entendimento de Aury Lopes Junior (2013, p. 334) sobre esse vínculo fático, pois:

Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória). Representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores.

Como exemplo dessa errônea *privatização do processo penal*, o próprio Direito Penal nos oferece as absurdas “condenações penais disfarçadas de absolvição de fato”. Ocorrem quando alguém é condenado a uma insignificante pena de multa (responsabilidade penal) quando o que se pretende, na realidade, é uma substancial indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando a sentença penal condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.

Porém não há como afastar-se dos efeitos gerados pelo juízo penal na esfera cível, porque aquele garante o dever de indenizar neste, desde que presente a autoria e materialidade delitiva, conforme previsto na norma processual e é entendimento da jurisprudência, nesse caso:

Medida cautelar. Sobrestamento de ação civil ex delicto. Impossibilidade. Instâncias cível e criminal. Independência, exceção. I - As esferas cível e criminal guardam independência, salvo quanto à autoria ou inexistência do fato. II - Não se defere medida cautelar quando ausentes seus pressupostos, máxime sendo ela usada com objetivo de impedir o acesso à jurisdição cível. III - Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg na MC: 3080 MG 2000/0086387-4, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/10/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.11.2000 p. 140 JBCC vol. 186 p. 168).

Outra informação importante trazida na decisão do Superior Tribunal de Justiça é o reconhecimento da independência das Instâncias, apesar de haver um vínculo fático entre o juízo penal e o cível, ambas devem manter uma hegemonia e não conflitar em seus julgados. Nesse caso, o sistema brasileiro adotou a independência relativa e a influência poderá haver. Não destoam a doutrina.

Entende-se por independência entre o juízo penal e o juízo cível a possibilidade de obtenção de decisões judiciais diversas sobre um mesmo e único fato, o que somente pode ser admitido, ao menos em termos absolutos, em um sistema de separação total de instâncias. No Brasil, adota-se o sistema da independência relativa ou mitigada, em razão da existência de uma subordinação temática de uma instância a outra, especificamente em relação a determinadas questões, conforme desenvolveremos a seguir (Pacelli, 2013, p. 183/184).

Tourinho Filho (2004, pp. 11/12) complementa e aponta as diferenças do sistema brasileiro:

- a) Se a sentença penal for condenatória e transitar em julgado, o ofendido, seu representante legal ou herdeiros poderão promover-lhe a execução na Justiça cível, visando à satisfação do dano.
- b) Se a parte interessada não quiser aguardar o desfecho do processo penal, poderá promover, na sede civil, a competente ação. Se se tratar crime de ação privada, pode até a vítima não querer promover a ação penal, preferindo, apenas, a ação civil, o que acontece, comumente, nos crimes de dano.
- c) Se for proposta a ação civil e estiver em curso a ação penal, ou, se em andamento a ação civil, for proposta a ação penal, sem embargo do que dispõe o parágrafo único do art. 64 do CPP, que deixa entrever a simples faculdade de o Juiz do cível sobrestar o andamento da ação civil até que se efetive o julgamento definitivo da ação penal, estamos que ele deve paralisar o seu andamento, a fim de serem evitadas decisões contrastes, irreconciliáveis.
- d) Tratando-se de crime contra o patrimônio, é possível a satisfação do dano *ex delicto*, consistente na restituição, perante o Juiz penal e até mesmo nas Delegacias de Polícia. Muito a propósito o art. 120 do CPP. Assim, por exemplo, furtada uma alimária, e uma vez apreendida, não havendo dúvida quanto ao direito da vítima, ser-lhe-á restituída; se alguém furta um relógio, apreendida a *res furtiva*, será ela devolvida ao dono, e nesses dois exemplos não se justifica a propositura de uma ação civil, porquanto com a restituição operou-se a satisfação do dano.
- e) A parte interessada pode, no juízo penal (para evitar o *periculum in mora*, isto é, o perigo de uma insatisfação do dano), requerer providências cautelares).

f) Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções e os crimes apenados no máximo com 2 anos, subordinados ou não ao procedimento especial (art. 61 da Lei n. 9.099/95 c/c o art. 2º da Lei n. 10.259, de 12-7-2001), o ressarcimento do dano *ex delicto* normalmente se dá na presença do próprio Juiz penal.

A vítima poderá aguardar o andamento da ação penal, sem a preocupação com o prazo prescricional, já que este fica suspenso enquanto não definida a responsabilidade penal. Ao final a sentença penal condenatória será título executivo, artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil e parágrafo único, do artigo 63, do Código de Processo Penal e configurará o dever de reparar o dano, cabendo apenas à discussão do *quantum debeatur*. A jurisprudência:

O entendimento predominante no STJ é o de que, em se tratando de ação civil ex delicto, objetivando reparação de danos, o início do prazo prescricional para ajuizamento da ação só começa a fluir a partir do trânsito em julgado da ação penal (STJ, AgRg no Ag 441273/RJ, 2ª T., Min. João Otávio Noronha, DJ de 19.04.2004; REsp 618934/SC, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 13.12.2004).

A preocupação legislativa com a reparação dos danos e resguardo dos direitos da vítima foi elevada, tanto que no ano de 2008 o Código de Processo Penal foi modificado para inserir a fixação da indenização mínima pelos danos causados a vítima, artigo 387, IV, do Código de Processo Penal. Segundo Lopes Jr. (2013, p. 333 a 334) o juiz deverá fixar um valor mínimo de indenização, podendo a vítima ingressar na esfera cível para discutir a reparação integral do dano, não podendo, apenas, ser discutidos a existência do fato e seu autor. Continua afirmando que a liquidação da sentença e a execução não pertencem ao juízo penal, o que foi uma grande vantagem.

Frise-se que a reparação no juízo penal deve ser aquela concreta e imediata, como o valor do objeto do furto, por exemplo, protegendo-se os direitos daquele vitimizado pela ação delitiva.

Entendeu o Estado que devia dar um substrato de Direito Público à pretensão de ressarcimento, zelar pela vítima do crime e, ao mesmo tempo, fazer com que aquele que violasse a norma penal satisfizesse integralmente os prejuízos ocasionados à ordem jurídica. Receber a pena, por si só, não basta. É preciso que se restabeleça, tanto quanto possível, o status quo ante, isto é, é preciso que desapareçam os efeitos do crime. E a reparação da ofensa causada pelo delito só será completa se à pena se somar a reparação do dano. Na verdade, os efeitos do crime, de certo modo, desaparecem com o castigo decorrente da pena e a satisfação do dano (Tourinho Filho, 2004, p. 5).

Essa modalidade passou a integrar as outras duas modalidades de reparação de danos, cito: a ação de execução “*ex delicto*” e ação cível “*ex delicto*”.

Deve ser destacada a possibilidade de conflito entre as esferas na questão de assegurar a reparação de danos, devendo ser priorizado o juízo cível, por ser especializado, frente à apuração delitiva, quando houver a complexidade na identificação do “*quantum debeator*” a ser reparado. Observe que, segundo Nucci (2007, p. 63): “(...) *uma vez que há sentença condenatória definitiva na esfera criminal, já não se discute culpa no juízo cível, restando, apenas, o debate em torno do quantum debeatur, ou seja, da quantia adequada à satisfação do dano sofrido pela vítima*”.

Nem sempre há clareza sobre qual é o bem litigioso ou a sua substituição pela *res* objeto do crime. Há casos em que é visível a prática delitiva criminal, mas não é possível aferir de imediato o dano causado pela ação. Quando pela melhor prudência deverá o juízo criminal remeter a discussão para o juízo cível, não obstante a autoria e materialidade criminal são declaradas naquele influenciando neste.

Há casos em que o juízo cível já está adiantado, inclusive emitindo juízo sumário de aferição e restringindo a esfera patrimonial do acusado, quando é aberto novo procedimento na esfera penal e buscando-se a responsabilidade penal, porém com pedido de ampliação da medida restritiva. Ora, já há decisão sobre o fato e não é prudente a manipulação do sistema jurídico para burlar decisões judiciais, sob a justificativa de independência de instâncias.

Como afirmado acima, tal independência é relativa e não absoluta, portanto devem os juízos se comunicar para evitar decisões conflitantes. Ressalte-se o entendimento de Pacelli (2013, p.185): “*ação civil ex delicto, diz respeito à regra da separação de instâncias, com o reconhecimento da supremacia do juízo criminal em relação a algumas matérias*”.

Tome como nota o seguinte exemplo, imagine que o juízo criminal decreta o sequestro de bens, sob o fundamento da ilegalidade patrimonial, porém o juízo cível já havia apreciado a matéria e negado medida cautelar, sob a alegação de inexistência de “*periculum in mora*”. Qual decisão valerá?

Nesse caso o juízo de especialidade é o cível e não o penal, devendo preponderar à decisão civilista, já que seu objeto é a reparação de dano, enquanto no outro é a proteção de bens jurídicos penalmente tutelados.

Observe que a “*actio civilis ex delicto*” comporta os seguintes objetivos, segundo Tourinho Filho (2004, p. 14 a 15): a) restituição (é a devolução da coisa objeto do crime); b) ressarcimento (é a reparação do dano causado à vítima – dano emergente e o lucro cessante); c) reparação (é a compensação do dano sofrido pela vítima); d) indenização (é a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular).

A complexidade do tema deverá ser aferida no caso em concreto, ponderando-se o material probatório, já que, apesar de não haver vedação legal, não é prudente ampliar o objeto da ação penal para apurar o “*quantum debeatur*”, devendo esta concentrar-se na apuração da materialidade e autoria delitiva, sua persecução finalística, constituindo-se o título executivo judicial para, inclusive, auxiliar na esfera cível.

Não obstante:

É de se registrar, todavia, que a matéria vedada à discussão na instância cível limita-se exclusivamente à existência do fato e à respectiva autoria. Assim, parece-nos perfeitamente possível a alegação, no cível, da concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal (Paceli, 2013, p. 189).

Portanto havendo conflito entre juízos cível e penal deverá preponderar o juízo especializado, pois a cautela do julgador deve estar coligada ao seu fim último perquirido no processo.

Ainda a norma legal, em seu artigo 65 do Código de Processo Penal, estabelece que: “*Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito*”.

Não há discordância doutrinária quanto ao efeito dessa norma, pois há vinculação fática entre as esferas, obrigando resultados similares, já que haveria insegurança jurídica caso houve absolvição pelo reconhecimento de uma das

excludentes de ilicitude e o afastamento desse fato para reconhecer o dever de indenizar.

Inclusive vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTORIA. LEGÍTIMA DEFESA RECONHECIDA. EFEITO NA PRETENSÃO INDENIZATORIA. CAUSA SUPERVENIENTE. ARTS. 65/CPP, 160/CC E 741, VI/CPC. A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL COM BASE EM LEGÍTIMA DEFESA EXCLUI A "ACTIO CIVILIS EX DELICTO", FAZENDO COISA JULGADA NO CÍVEL. A ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL, PELO MOTIVO ACIMA APONTADO, POSTERIOR A SENTENÇA DA AÇÃO CIVIL REPARATORIA POR ATO ILÍCITO, IMPORTA EM CAUSA SUPERVENIENTE EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO, POR ISSO QUE PODE SER VERSADA NOS EMBARGOS A EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL, NA PREVISÃO DO ART. 741, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO. (STJ - REsp: 118449 GO 1997/0008609-7, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 26/11/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.04.1998 p. 89 LEXSTJ vol. 109 p. 142 RMP vol. 9 p. 503 RSTJ vol. 107 p. 278).

Porém tal efeito não é aplicável nos casos das excludentes putativas, já que há uma falsa percepção da realidade, a qual impede há exclusão da responsabilidade civil. Nesse sentido:

Assim, por exemplo, preveem os arts. 929 e 930 do CC que o agente causador do dano à coisa deverá indenizar o seu proprietário, ainda que tenha agido - e, assim, causado o dano - em legítima defesa ou no exercício regular de um direito (art. 188, 1 e II, CC), ou a fim de remover perigo iminente, desde que não seja aquele (o dono da coisa) culpado pelo perigo ou responsável pela agressão, e que tenha, efetivamente, sofrido prejuízo. Campo fértil para aplicação dessas regras, com especial destaque, existe nos casos de *aberratio ictus* (art. 73, CP) e *aberratio criminis* (art. 74, CP), sempre que o atingido ou o lesado não tiver culpa pela agressão ou perigo. Assim, no exemplo em que um agente, em legítima defesa, atinge terceiro inocente, deverá ser responsabilizado pela lesão causada, cabendo-lhe o direito de regresso contra o culpado pelo perigo ou pela agressão, nos termos do art. 930 e seu parágrafo único do CC (Paceli, 2013, p. 191 a 192).

Igualmente Lopes Jr (2013, p. 337 a 338), o qual acrescenta, ainda, não haver coisa julgada no cível as seguintes situações:

- a) estado de necessidade agressivo (arts. 929 e 930 do CCB): trata-se de uma situação de perigo, em que é sacrificado o bem de um terceiro, diverso daquele causador do perigo. Como exemplo de estado de necessidade agressivo, podemos pensar numa situação em que "A", para defender-se de uma situação de perigo causada por "B", acaba sacrificando um bem de "C". Logo, poderá ser absolvido no processo penal e condenado na esfera cível (ação de indenização), tendo, porém, direito regressivo contra "B";
- b) legítima defesa real e *aberratio ictus* (art. 73 do CP). É o caso em que "A" agride injustamente "B", que para se defender atira e vem a ferir "C".

Nesse caso “B” poderá ser absolvido na esfera penal, mas isso não impede a ação indenizatória a ser ajuizada por “C”, cabendo, em caso de condenação, direito de regresso contra “A”.

Já o artigo 386, I, do Código de Processo Penal – absolvição por inexistência do fato – também faz coisa julgada no cível e impede a ação reparatória. Como a vinculação é decorrente da própria existência do fato, em contrário *sensu*, a sua inexistência vincula o juízo cível e impede a continuidade do feito, novamente sob pena de insegurança jurídica.

Os mesmos fundamentos são aplicáveis à hipótese do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal – o acusado não concorreu para a prática delitiva – não havendo a ação humana por parte do réu a causar o dano à vítima, e tal fato foi reconhecido no juízo penal, o juízo cível estará vinculado e não poderá afrontar a coisa julgada penal. A doutrina segue este entendimento:

E, em consequência, uma vez reconhecido na decisão absolutória, não só como fundamento do julgado, mas como parte dispositiva da sentença, a prova de não ter o réu praticado a infração, parece-nos irrecusável que a instância cível haverá de se submeter ao referido conteúdo decisório, impedindo-se qualquer tentativa de responsabilização civil pelo fato. O postulado da unidade da jurisdição o impediria (Pacelli, 2013, p. 193).

Porém estes entendimentos não são aplicáveis em relação à absolvição por ausência de prova, pois o juízo criminal exige prova robusta, presença marcante do elemento subjetivo e a certeza da responsabilidade penal, ao contrário, no juízo cível o nível do grau subjetivo não necessita de intensidade, mas agindo o agente com culpa lese já estará obrigado a reparar o dano (a maioria dos crimes exige dolo – vontade livre e consciente da ilicitude), portanto o fato não ensejará a responsabilidade criminal, mas será um ilícito cível. Observe que:

Não produzem coisa julgada no cível, possibilitando a ação de conhecimento para apurar a culpa: a) absolvição por não estar provada a existência do fato (art. 396, II, CPP); b) absolvição por não constituir infração penal o fato (art. 386, III, CPP); c) absolvição por não existir prova suficiente de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, CPP); d) absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VI, CPP); e) absolvição por excludente de culpabilidade e algumas de ilicitude, estar últimas já vistas na nota 13 anterior (art. 386, V, CPP); f) decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação (art. 67, I, CPP); g) decisão de extinção da punibilidade (art. 67, II, CPP). Em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno de o fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta (Nucci, 2007, p. 181).

É de se ressaltar que a responsabilidade penal é aferida em face do agente que praticou o tipo penal, impossibilitando a intervenção de terceiros. Pelo regramento civilista a reparação dos danos podem atingir pessoas estranhas à relação processual criminal, os quais deverão arcar com o ônus da condenação criminal.

O título executivo judicial apenas valerá contra o autor do crime, porém os efeitos do reconhecimento da materialidade e a autoria delitiva impedem a rediscussão na esfera cível, não sendo legítimo aos terceiros discutir a temática e buscar a rescisão da coisa julgada criminal.

Entretanto, poderão se utilizar de outros argumentos visando o afastamento da responsabilidade civil, inclusive pela negativa denexo de causalidade com o causador do dano penal, sem adentrar no conteúdo de autoria e materialidade. A doutrina sustenta que isso é permitido por que:

Em primeiro lugar, porque o nosso ordenamento jurídico não autoriza qualquer modalidade de intervenção de terceiros no processo penal, a não ser a assistência (que, aliás, não é, tecnicamente, modalidade de intervenção de terceiros), reservada exclusivamente ao ofendido - e demais legitimados, no caso de sua incapacidade, ausência ou morte - no interesse da acusação. E assim é porque o conteúdo do processo penal, no que respeita unicamente à imposição de sanção penal, não evidencia qualquer interesse jurídico para o responsável civil, dado que, vedada também a formação de litisconsórcio passivo, a pena não passará da pessoa do acusado, e somente dele (art. 5º, XLV, CF).

Em segundo lugar, porque o exame e a apreciação das questões ligadas à autoria e à materialidade do delito não se inserem no campo da fundamentação de semelhante modalidade de responsabilidade civil. Esta se localiza no âmbito das relações juridicamente relevantes existentes entre o agente do crime e o responsável civil (Paceli, 2013, p. 195).

Em sentido contrário Nucci:

(...) Entretanto, pensamos ser melhor a outra posição, que homenageia o devido processo legal. Não pode responder, como fato incontroverso e definitivo, aquele que não participou da ação penal. Assim, caso o empregado de alguém cometa, no exercício da função, um ilícito penal qualquer, a vítima não pode valer-se da sentença condenatória para, formando o título executivo, exigir, no cível, indenização do seu patrão. Desejando, pode ingressar com a ação de execução contra o próprio autor do delito, mas, caso queira – ou necessite – voltar-se contra o empregador, deve mover ação de conhecimento, permitindo a este a ampla defesa, assegurada a qualquer pessoa. Mais uma vez, este é o inconveniente da separação da jurisdição. Se o juiz penal pudesse decidir acerca da responsabilidade penal e também da civil, logo poderia ser chamado o patrão a integrar a ação penal, querendo, tornando possível a condenação a quem efetivamente possa indenizar o dano causado. Abrindo-se ampla



possibilidade de prova e resolvendo-se a culpa do empregado, pode-se gerar a inconveniente disparidade de decisões” (Nucci, 2007, p. 179).

A reforma do Código de Processo Penal, também, trouxe a figura da absolvição sumária, a qual pode fazer coisa julgada no cível. Observe a análise:

*I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato:* quando o réu é absolvido sumariamente porque praticou o fato ao abrigo de causa de exclusão da ilicitude, como regra geral estará impedida a pretensão indenizatória na esfera cível, como determina o art. 65 do CPP. Pensamos, contudo, que se aplicam aqui as duas exceções anteriormente explicadas, do estado de necessidade agressivo e da legítima defesas real e *aberratio ictus*. Nesses dois casos, a vítima poderá postular na esfera cível o valor correspondente aos danos sofridos.

*II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade:* nesse caso, a absolvição penal não impede a propositura da ação indenizatória.

*III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime:* é uma situação similar àquela prevista no art. 386, III, do CPP, de modo que essa decisão não impede a propositura de ação indenizatória (art. 67, III, do CPP).

*IV – extinta a punibilidade do agente:* não impede a propositura de ação civil a decisão que julgar extinta a punibilidade do agente, conforme determina o art. 67, II, do CPP (Lopes Jr, 2013, p. 338).

Portanto a “*actio ex delicto*” é um instrumento de garantir a eficiência do Poder Judiciário, porém há situações de alta complexidade em apurar o “*quantum debeat*”, devendo o juízo criminal remeter a apuração para o juízo cível, não adentrando ou instruindo o feito para liquidar a sentença penal. Deve haver a concentração dos atos para apurar a responsabilidade penal, reconhecendo a materialidade e autoria do delito.

## 5. ANÁLISE DE CASO

Para melhor analisar do tema, ilustramos o presente trabalho com dois casos reais, vide:

CASO 01 – 4º Vara Criminal da Comarca de Curitiba, autos nº. 0025456-04.2014.8.16.0013 – pedido de sequestro e/ou arresto. Trata-se do caso envolvendo a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, sendo que o Ministério Público ingressou com várias ações civis, outras criminais (na essência pelo crime de peculato) e a presente como forma preparatória para ingressar com ação penal por lavagem de dinheiro. Nesse caso a restrição patrimonial incidiu sobre os bens da pessoa investigada do crime antecedente e estendeu para a integralidade do patrimônio dos demais familiares, agora no suposto crime de lavagem. Analisemos o retrocesso histórico:

O acusado havia recebido de herança uma construtora de grande porte e através do desenvolvimento de suas atividades passou a angariar patrimônio. Em 1976, adquiriu, em conjunto com os irmãos, duas fazendas, denominadas de “Cachorro Morto” e “Jatobá”, sendo que a primeira ficou a sua disposição e passou a ser denominada por “Fazenda Isabel”. No mesmo ano, adquiriu terras na região da cidade de Quatro Barras e fundou uma pedreira, passando a auferir renda de vários pontos econômicos.

Na década de 80, efetuou a venda de sua construtora e investiu na área do agronegócio (ampliação da infraestrutura) e aquisição de imóveis, immobilizando o patrimônio consolidado e de alta rentabilidade, sendo que ao final dessa década assumiu a Diretoria-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

Em 1996, por meio de escritura pública, o acusado e seus irmãos efetuaram a divisão das fazendas, consolidando a realidade fática, passando a exercer única e exclusiva a propriedade da “Fazenda Isabel”, sendo que a “Fazenda Jatobá” deixou de lhe pertencer.

No início da década de 90 até o ano de 1999, efetuou a compra de dois imóveis na cidade de Rio Azul, os quais mais tarde foram incorporados na constituição da Holding. Bloqueados pela medida judicial da 4ª Vara Criminal.

De 2000 a 2003, efetuou a aquisição de três extensões de terras limítrofes a sua propriedade, com o fim de ampliar a produção agrícola e aproveitar o preço elevado da soja (passaram para Holding). Frise-se que as terras eram fechadas (havia a necessidade de desmate e retirada dos tocos das árvores), ou seja, o preço era reduzido, já que o custo de preparo da terra era significativo. Para o acusado o custo era moderado, já que possui todos os equipamentos agrícolas e mão de obra para realizá-lo, restando apenas à necessidade de aquisição de óleo diesel. Fato registrado na contabilidade.

Em 2002, efetuou a compra de outra fazenda, a qual permaneceu em sua própria esfera patrimonial e suporta as restrições judiciais.

Em 2007, foi realizada a constituição da holding para efeitos de transferência hereditária, já que a incidência de tributação é isenta pela Constituição Federal e posteriormente as cotas foram transferidas para os herdeiros (planejamento tributário). Já, em 2008, a empresa passou a ser administrada pelos herdeiros.

Houve outras aquisições de bens no período, em especial de bens imóveis, mas que se mantiveram sem destinação.

Em 2009, membros do Ministério Público obtiveram por meio ilícitos dados fiscais de todos os funcionários da Assembleia Legislativa, através dos autos nº. 390/2009, 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba. Os documentos permaneceram sob a custódia da Promotoria de Patrimônio Público, porém sem a possibilidade de utilização, conforme termo de compromisso firmando perante o r. juízo.

Impossibilitados, os dados foram fornecidos a empresa jornalística que efetuou a divulgação, sob o argumento de análises de Diários Oficiais. Porém falharam ao relatar que haviam “*outros documentos obtidos com exclusividade*” e divulgaram o período e valores supostamente auferidos pelo funcionário, dito como “*fantasma*”.

Por ser utilizado o fundamento de Diários Oficiais, a responsabilidade recairia sob a pessoa do Diretor Legislativo, já que pelo Decreto Estadual nº. 52/84 era o responsável pela biblioteca, gráfica, confecção e distribuição dos documentos oficiais. Todavia o seu nome foi retirado da inicial, já que é irmão do Procurador-Geral da época, consequência, há nulidade por: a) ausência de litisconsórcio necessário; b) impedimento do Procurador-Geral; c) delegação nula, pois concedida por pessoa impedida.

Portanto todo e qualquer processo, administrativo, cível ou criminal, são nulos por estas duas razões. Há inúmeras ilegalidades, mas no momento reportamos apenas há estas.

O Ministério Público, após o protocolo de pedido de investigação pela empresa jornalística, passa a empreender “investigação” e ingressar com ações judiciais. Imputa o período do suposto desvio de dinheiro do ano de 2000 até março de 2010.

Há ações cíveis, sob o fundamento de improbidade administrativa, iniciadas em 2010 até o ano de 2015, porém nem todas imputam a responsabilidade ao acusado, ou seja, não é possível imputar a totalidade do valor (o Ministério Público sustenta o valor de R\$ 216 milhões).

A responsabilidade é decorrente da solidariedade do cargo exercido, pela falta de fiscalização, apenas lhe é imputado um aproveitamento econômico de um pouco mais de três milhões (não imputam destinação clara, apenas o valor), inferior ao valor que consta em sua declaração de imposto de renda (alcançado pela indisponibilidade de bens declarado pelo r. juízo cível). Tal valor é passível de debates, porém não é o espaço para este trabalho.

Foram instauradas duas ações criminais, que foram anuladas, em 2015, perante o Egrégio Tribunal de Justiça e estão em fase de recurso especial e provavelmente ocorrerá a prescrição. Para buscar a nova reprimenda criminal, o “*parquet*” ingressou com nova ação criminal nesse mesmo ano, simplesmente porque não se conformou com a derrota.

No final de 2014, o Ministério Público havia ingressado com ação de lavagem de capitais, buscando a responsabilidade do acusado e familiares, inclusive com

pedido de bloqueio integral de bens, sob o fundamento da ilicitude patrimonial e garantia de devolução da suposta totalidade de valores desviados (R\$ 216 milhões atualizados). O juízo decide sob o seguinte fundamento:

Pois bem, cinge-se o presente pleito a viabilizar a apreensão de bens utilizados pelos investigados para a consecução do crime de lavagem de dinheiro, segundo diligências oriundas da denúncia de José Carlos Thimoteo da Silva, que levaram à interceptação telefônica de diversos numerais pertencentes aos integrantes do grupo, bem como a outras diligências realizadas pelo *parquet*.

Segundo consta, Abib Miguel é o “cabeça” de uma organização criminosa envolvendo seus filhos Luciana, Eduardo e Isabel, além do seu “braço direito” Edivan e o irmão deste, Sandro, com a colaboração de Djalma, amigo pessoal e contador de Abib, todos envolvidos no esquema de lavagem de dinheiro de verbas provenientes do erário estadual (Assembleia Legislativa).

Restou apurado pelas diligências até então realizadas que enquanto Abib tem por função gerenciar todo o estratagema, sua filha Luciana, na companhia de Edivan, operacionaliza o esquema, detendo estes participação ativa nos negócios realizados pelo grupo, sendo Edivan quem gerencia os negócios do grupo no estado de Goiás.

Ainda, Eduardo e Isabel, apesar de deterem menor participação na empreitada, constam como sócios ou proprietários de diversos bens do grupo, restando claro ao longo das interceptações que estão a par de todo o esquema criminoso, sendo que atuam como verdadeiros “testas de ferro”.

Da mesma forma, demonstrou-se pelas investigações até então realizadas que Sandro, irmão de Edivan, gerencia parte dos bens do grupo junto ao estado de Goiás (consistente em parte das fazendas e no esquema de plantação de Eucaliptos), tudo a mando de Abib Miguel, mediante as empresas “Moeda Verde Transporte de Cargas”, “Moeda Verde Agroindustrial Ltda. ME”.

Outrossim, considere-se que a empresa Moeda Verde, localizada no município de São João D’Aliança/GO, possui um dos escritórios no mesmo local em que reside Edivan Bataglin, cuja atuação nas empreitadas do grupo são bastante expressivas.

Cumprе ressaltar a informação obtida por meio da interceptação telefônica de que Abib Miguel recebe mensalmente a importância de R\$ 70.000,00, oriunda de seus negócios agrícolas junto ao Município de São João D’Aliança/GO, numerário o qual vai mensalmente à cidade de Brasília/DF recolher (com exceção do mês de outubro do corrente ano, em que o numerário lhe foi trazido a esta capital por esquema orquestrado por Edivan e Eduardo).

No mais, em relação à Djalma, este gerencia diversas empresas e bens do grupo junto ao estado do Amapá, em especial a empresa “Agronorte do Amapá S/A”, na qual detém o investigado Abib Miguel participação (vide doc. do mov. 1.2-1.7 e 1.10), sendo ele quem “montou” a empresa “Cerrado Participação e Administração Ltda.”, holding criada para facilitar a divisão dos bens entre os membros do grupo (vide documentos em anexo, mov. 1.10-1.21).

Destaque-se que conforme informação do Ministério Público do estado do Amapá, a empresa “Agronorte do Amapá S/A” não foi localizada fisicamente, havendo fortes indícios de que sua constituição seja meramente documental, comprovando a prática delituosa de lavagem de dinheiro por meio de “empresa fantasma” (vide mov. 1.12).

Ainda, a fazenda “Charrua Comercial Agrícola Ltda.”, conforme diálogos obtidos, fez diversos negócios com empresas do grupo ora investigado, tendo arrendado terras e realizados outros negócios de grande monta.

Quanto à empresa “Mineração e Comércio de Pedras Santa Edvigés Ltda.”, a qual tem por nome fantasia “Pedreira Santa Edvigés”, esta consta como tendo por sócias as investigadas Luciana e Isabel, porém nada foi apurado durante as interceptações que aponte para a efetiva gestão da empresa por parte delas, havendo dúvidas quanto à higidez e idoneidade da empresa. Destarte, forçoso reconhecer que se fazem presentes indícios suficientes de autoria em desfavor dos investigados e das empresas investigadas pertencentes aos membros do grupo acima mencionadas, os quais permitem a concessão das medidas de sequestro ora requeridas.

A denúncia foi oferecida, porém atingiu apenas e tão somente os bens do acusado e familiares, sendo que a suposta atividade criminosa restringiu-se do ano de 1997 em diante (supostamente algumas pessoas já trabalhavam no Legislativo desde este período).

Presumiu-se que desse ponto em diante o patrimônio era ilícito (basicamente aquisição ilícita), sem apontar como efetivamente isso ocorreu, sem demonstração do nexos de causalidade entre o crime antecedente com o atual, sem demonstração do aproveitamento econômico por parte do acusado e terceiros (lembre que na esfera cível há o indicativo de que o aproveitamento seria de um pouco mais de R\$ 3 milhões). Os bens do acusado e dos terceiros anteriores a denúncia, também, estão bloqueados, sob a alegação de garantir a reparação do suposto dano (na totalidade do suposto desvio de R\$ 216 milhões).

Como elemento probatório há as matrículas dos bens, atos comerciais (recibos, procurações, notas fiscais, etc.) e anotações. O Ministério Público não arrolou testemunhas ou requereu novo elemento de prova, precluindo a diligência de novas provas.

A defesa requereu a nulidade do processo até a apresentação da manifestação inicial já que não teve acesso ao material apreendido. Era necessária cópia dos documentos para a comprovação da licitude patrimonial e afastamento da reprimenda. Essa é a síntese do primeiro caso.

CASO 02 – Vara Ambiental Federal, autos nº 5011246-22.2011.4.04.7000, foi deferida a medida de sequestro para restrição de todo e qualquer bem supostamente ilícito. Trata-se de ação penal por crime ambiental e demais delitos conexos, sendo cumprida a ordem e sequestrado a casa do acusado, inclusive com registro de hipoteca na matrícula. Observe o retrocesso histórico:

O acusado era proprietário de uma empresa de produtos de higiene, com faturamento de mais de um milhão de reais por mês, inclusive o próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná era cliente, havendo diversos produtos espalhados com o nome da empresa pela estrutura deste.

O acusado possuía patrimônio consolidado e derivado de sua atividade comercial.

Em 2007, influenciado por seu vizinho, passou a adquirir, reproduzir e comercializar aves exóticas, inclusive contratando pessoas habilitadas do ramo para a regularização da atividade. Inclusive com pedido de criador comercial perante o IBAMA.

Em 2009, teve uma desavença com um jogador de pôquer, o qual efetuou duas representações: perante a Polícia Federal e outra perante o Batalhão da Força Verde.

A Força Verde autuou e lavrou boletim de ocorrência. O processo tramitou no Juizado Especial de São José dos Pinhais e foi arquivado, com parecer do Ministério Público, por atipicidade de conduta.

Na Justiça Federal o caso foi mais amplo, inclusive com ordem de sequestro de bens, sob o seguinte fundamento:

Requerem a autoridade policial e o Ministério Público Federal o sequestro de veículos e imóveis identificados como de propriedade de MARCIO RODRIGUES, bem assim o bloqueio de ativos financeiros em seu nome e de suas irmãs, e o bloqueio dos bens em nome da empresa TRAFFICK, usada para lavagem de dinheiros oriunda do tráfico.

De fato, aparentemente MARCIO RODRIGUES não possui atividade lícita, denotando-se que movimentava grande quantidade de recursos financeiros em função da atividade criminosa através de laranjas, em especial da empresa TRAFFICK (vide a respeito não apenas a ligação em que MÁRCIO fornece a conta da empresa para depósito de comprador, como as ligações entre seu pai e sua irmã a respeito da ingerência do investigado na empresa). Evidencia-se que seus bens tem proveniência ilícita, tendo sido adquiridos com os proventos da infração, merecendo o sequestro previsto nos arts. 125, 126 e 132 do CPP.

Ademais, bastante plausível que depois do desencadeamento da fase ostensiva das investigações, quando serão cumpridas ordens de prisão temporárias e de busca e apreensão, os investigados procurem se desfazer de seus bens com o fim de frustrar quaisquer medidas judiciais de cunho patrimonial. Presente, portanto, o *periculum in mora* consistente na possibilidade de desaparecimento dos bens antes do fim do processo.

O *fumus boni iuris*, representado pelos indícios de autoria e materialidade delitivos, já foi reconhecido acima.

É de ser deferida, assim, a medida cautelar requerida.

Mostrando-se impossível a indicação dos bens do investigado MÁRCIO RODRIGUES e da empresa TRAFFICK a serem sequestrados, tenho por bem determinar a expedição de mandado cautelar de sequestro, a ser cumprido pela própria autoridade policial, que deverá arrecadar todos os bens de MÁRCIO RODRIGUES e da empresa TRAFFICK sobre os quais recaia fundada suspeita de que tenham sido adquiridos com os proventos da infração.

Entendo necessário determinar o sequestro, inclusive, dos ativos financeiros do investigado com os proventos da infração.

O mesmo porém não se pode afirmar no que pertine às irmãs do investigados, ao menos no presente momento.

Da medida restou o sequestro de dois veículos e a casa do investigado (adquirida antes de 2007). No entanto, a repercussão negativa sobre a empresa foi fatal para a sua existência, os contratos de fornecimento foram rompidos, multas contratuais por inexecução, ausência de credibilidade em seus serviços e queda de clientes. Consequência, em menos de dois meses tornou-se inviável o seu funcionamento e restou apenas a alternativa de fechamento, tendo que suportar diversas ações judiciais, inclusive trabalhistas.

Atualmente o processo está em fase de sentença, porém de todas as condutas praticadas, apenas três crimes permanecem: a) receptação (infundado, já que há “*bis in idem*”, pois é crime consequente do artigo 31 da Lei Ambiental); b) falsificação de sinal identificador (infundado, já que não há normativa exigindo o anilhamento das espécies exóticas, a obrigação só surge em 2011, pós-fato); c) formação de quadrilha (há coisa julgada sobre a suposta ilicitude, mas em eventual condenação, a pena é inferior a dois anos e, portanto, prescrito).

Apenas frise-se que o presente trabalho não tem a função de adentrar no mérito desses casos, apenas utilizar como fonte de informação e avaliação, sem apego ao que efetivamente ocorreu na prática.

Ilustrado a temática, passamos a avaliação dos casos *supra*.

### **5.1. Análise do Caso 1**

A decisão judicial *supra* transcrita, não enfrenta os requisitos legais da medida de sequestro, restringiu em apontar questões genéricas sobre o caso, sem especificar o aproveitamento econômico dos supostos envolvidos. No elemento subjetivo do magistrado, este partiu da ideia de que por existir um suposto crime antecedente o seu consequente é ilícito, falta o nexo de causalidade entre o suposto



desvio e o conseqüente patrimônio do acusado. Em total desacordo com o estudado sobre a medida cautelar.

A primeira pergunta que fica é de como ocorreu o crime de lavagem de dinheiro?

A suposta ocorrência do crime antecedente não é suficiente para concluir pela ilicitude do patrimônio. Observe que o acusado possuía amplo patrimônio antes dos fatos narrados como crime e é de se presumir que a sua ampliação é em decorrência da própria evolução econômica. Há compatibilidade patrimonial.

Não fica claro como se deu o nexo de causalidade entre o crime antecedente e o conseqüente, nem mesmo com o oferecimento da denúncia, que restringe a uma suposta ilegalidade na aquisição.

Mas como ocorreu essa aquisição ilegal? Analisando os autos, nada é dito. Consta matrícula de imóveis, escrituras públicas, contratos, recibos, procurações, dentre outros documentos empresariais, típicos das relações de pessoas jurídicas. Isso configura a ilegalidade? Óbvio que não, já que é previsto na legislação civilista.

Fato importante, já que a medida de sequestro e arresto geralmente são deferidas em crimes econômicos, onde há ampla e irrestrita atividade econômica e há necessidade de separar o lícito do suposto ilícito. Já que a restrição total do patrimônio impede a continuação da atividade e a quebra é inevitável. Por isso a maior responsabilidade do julgador ao exarar a decisão judicial.

A decisão fere o primeiro requisito legal básico de qualquer tipo de medida penal: indícios de autoria e materialidade.

No caso a materialidade não se constitui pelos atos de comércio, já que o requisito do crime de lavagem é a introdução de capital ilícito no patrimônio da pessoa ou terceiro, recolocando o ativo em circulação. Deve haver a prova clara a afirmar que houve introdução ilegal de valores no capital ativo da pessoa, sem presunção – essa é a prova da materialidade dos crimes econômicos.

Cite-se como exemplo o caso da atividade no Amapá e Rio Grande do Sul, já que são DPMN (autorização para exploração de atividade de propriedade da União – recurso hídrico e minério), não havendo operação comercial, até a liberação.

Entenda, caso as empresas estivessem operando, com contabilidade e movimentação financeira, sem existência física, estaria configurado o crime de lavagem e todo o movimento econômico seria suspeito, cabível, portanto, a medida cautelar.

Ocorre que não havia contabilidade ou movimento financeiro, já que se trata apenas da DPMN, a qual após liberação da União, a empresa poderá ser instalada. Ressalte-se que não há necessidade da aquisição da área onde será instalado o empreendimento, poderá ocorrer após a liberação. Inclusive a própria denúncia exclui esses dois fatos.

Na denúncia é trazida a ideia de aquisição ilícita de todos os bens, desde o ano de 1997, sem apontar o lícito do ilícito, ponto encampado pelo magistrado. Nova falha, já que falta outro requisito da norma legal, bens adquiridos com proveito do crime.

A decisão deve ser clara em apontar o aproveitamento econômico do crime, podendo ser pelo atual, lavagem, ou anterior (não foi requerido sequestro ou arresto). Esse aproveitamento foi apontado na decisão judicial? Pela simples leitura não.

Observe que no r. juízo cível a conduta não ultrapassa a pessoa do acusado, seus familiares foram excluídos, e a responsabilização é decorrente da solidariedade por suposta falta de fiscalização. A única advertência no processo é decorrente de uma auditoria nos caixa do Banco e foi-lhe imputado um suposto aproveitamento de um pouco mais de três milhões (dado utilizado no processo crime de lavagem).

Como há uma limitação de responsabilidade pelo r. juízo civil não há como o r. juízo criminal negar-lhe valor, sendo que para ampliar o valor do “aproveitamento econômico” deve haver prova suficiente a demonstrá-lo.

Ora há necessidade de o requerente individualizar o bem e apontar a existência de indícios veemente da proveniência ilícita, a alegação de crime antecedente não justifica a medida e não serve como fundamentos motivadores da decisão.

Lembrando que no caso pragmático o acusado possuía patrimônio preexistente e ampla atividade econômica, anterior aos fatos acusatórios, fato comum quando se trata de crimes econômicos. Deve o magistrado se pautar pela segurança jurídica, já que decisão arbitrária não só são nulas por ausência de fundamentação, como repercutem negativamente no mercado econômico-financeiro.

Poderia a decisão assegurar a totalidade do suposto desvio de recursos públicos (R\$ 216 milhões)? Não, já que não há prova desse aproveitamento econômico por parte do acusado ou dos terceiros, requisito obrigatório da medida de sequestro, restringindo-se o arresto nos bens do acusado até o valor de um pouco mais de três milhões, cabendo à ampla discussão.

Nessa linha, no caso dos processos referentes aos crimes antecedentes, era plausível a medida de arresto até o valor discutido naqueles processos, já que se visava a eventual reparação de danos. Nunca a totalidade, já que os processos criminais foram fracionados.

A responsabilidade desse suposto valor desviado não pode recair na pessoa do acusado? No juízo cível a responsabilidade é derivada da solidariedade legal, não há necessidade de demonstração de aproveitamento econômico, apenas o valor dos danos ao erário, passando o acusado a ser responsabilizado pela totalidade, mas não na esfera criminal, que exige resultado naturalístico do crime (aproveitamento econômico).

Porém a medida de sequestro recaiu sobre bens de terceiros, familiares do acusado, onde a cautela é redobrada e digna de debate. Então como fica a aplicação da norma para os bens dos terceiros que estão suportando a constrição judicial?

*Primeiro*, o terceiro poderá ter que suportar a medida de sequestro desde que fique demonstrado que este é originário de “*proventos da infração*”, nos termos do artigo 125 do Código de Processo Penal.

*Segundo*, os bens transferidos anteriormente aos fatos acusatórios não podem ser objeto da constrição de sequestro (trata-se de ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição Federal), já que é impossível serem originários de

“*proventos da infração*”, que é requisito normativo da medida. Portanto jamais os bens dos terceiros, podiam ter sido objeto da medida de sequestro.

*Terceiro*, os bens transferidos anteriormente podem ser objeto de arresto, desde que inexista o bem originário dos “*proventos da infração*”. Todavia restrito ao seu valor e não sobre a totalidade patrimonial. Ou seja, os bens transferidos aos terceiros, familiares, permaneceram em sua esfera patrimonial, então jamais poderia haver a incidência de arresto.

Portanto a medida assecuratória somente poderá incidir sobre o benefício auferido pela atividade criminosa e não sobre a totalidade do dano, isto no caso do acusado. Já em relação aos terceiros, a medida de sequestro somente poderá recair sobre o bem proveniente da infração anterior e caso não mais exista o bem, a medida poderá ser de arresto até o montante do aproveitamento econômico. Daí a necessidade de fundamentação concreta da decisão em que defere o pedido.

Ressalto que a suposta prática delituosa do acusado principal, não tem o condão de ser transmitida para terceiros, familiares, já que a Constituição Federal não permite que a pena ultrapasse a pessoa do acusado. Apenas atingirá o terceiro, caso este tenha algum benefício, ou seja, teve aproveitamento econômico da infração.

No caso pragmático, também, houve o bloqueio dos veículos, inclusive com restrição de circulação e emissão de certificado, forma que se encontram normalmente na prática forense. Todavia a medida é desarrazoada, já que o objetivo da medida é resguardar uma possível reparação de danos, não sendo crível impedir a utilização do bem e sua conservação. A simples restrição de alienação ou transferência já é suficiente para atender a finalidade da medida, apenas e tão somente com fundamentos concretos o julgador poderia impedir a circulação, justificando o prejuízo em atender a finalidade de reparação do dano.

Ademais, tais bens não foram arrolados na denúncia, ou seja, afastada a incidência de qualquer tipo de ilegalidade. Isso demonstra a necessidade de constante readequação da medida judicial, amoldando-se a nova realidade fática.

Esses bens imóveis e móveis fora da denúncia estão alcançados pela decisão de sequestro? Não, já que descaracterizado o requisito básico da medida, origem ilícita em decorrência de ser aproveitamento do resultado do crime. Na teoria, os bens deveriam ser liberados, porém na prática isto até o presente momento não ocorreu.

Na readequação da medida, poderia ser declarado o arresto, no entanto não poderia atingir os bens de terceiros, já que a responsabilidade penal é intransmissível e no cível a responsabilidade é limitada ao benefício recebido em herança, não aplicável no caso já que se trata de pessoa viva.

Por isso que se não for oportunizado ao acusado a manifestação postergada sobre a medida de constrição (nos moldes do procedimento cautelar ou executório do Processo Civil), então deverá ser oportunizada a interposição de embargos, o qual deverá ser julgado e não suspenso como ocorre na prática (fato ocorrido no caso 02, em que se requereu a liberação do veículo haja vista a comprovação da sua origem lícita).

A primeira hipótese trata da desconstituição do tipo normativo, ou seja, proveniência ilícita do bem. Ocorre que em alguns casos (caso pragmático 01) os embargos se confundem com o próprio mérito da ação penal, ou seja, inviável o manejo desse mecanismo de defesa, pois a discussão passará para a ação principal.

É de suma importância entender as consequências da decisão judicial, já que afetaram a vida de várias pessoas. Isto porque a atividade econômica foi prejudicada e empregos foram desligados, fornecedores deixaram de receber, crédito bancário não foi cumprido e a própria paralisação dos negócios e atividades comerciais que giravam em torno da atividade lícita desempenhada.

Porém, ainda mais grave é o fato de um dos acusado ter ficado descapitalizado e impedido na continuidade do tratamento do câncer, correndo sério e eminente risco de vida (a paralisação do tratamento gerou o alastramento da doença e a morte é uma realidade). Mesmo levado o fato ao Judiciário houve a negativa da liberação dos valores para o tratamento, sob a justificativa da existência de plano de saúde (a pessoa possuía recursos econômicos para o tratamento,

afastou-se o princípio da inocência para presumir culpa; ainda, são correntes decisões judiciais obrigando o Estado a fornecer tratamento de saúde, já que é a vida é o bem maior – nada mais justo a liberação, devendo haver prestação de contas). Ora, como é de conhecimento público os planos não cobrem tratamentos caros, nem mesmo fornecem os remédios necessários.

Diante da presente explanação pode ser aferido que a decisão judicial não fundamenta e demonstra a presença dos requisitos legais para o deferimento da medida. Não há justificativa plausível para a constrição patrimonial total, gerando graves prejuízos e colocando em risco vida de terceiros. Faltou cautela do magistrado e sensibilidade.

## **5.2. Análise do Caso 02**

O segundo caso pragmático traz uma situação interessante. O r. juízo federal delega poderes para a autoridade policial para identificar os supostos bens provenientes da suposta atividade criminosa e sequestrá-los.

Como não há possibilidade de identificação imediata, mas havendo o receio de que haja bens derivados da atividade é possível esta prática, porém no caso estudado há erro.

Após o cumprimento da medida pela autoridade policial, esta deve instruir o feito com os documento pertinentes da proveniência ilícita e repassar para o r. juízo para ratificação da decisão e individualização dos bens supostamente ilícitos. No caso a autoridade policial exerceu a autonomia, suprimento a atividade jurisdicional (controle) e gerou a nulidade do ato.

Nesse caso o sequestro é derivado da suposta prática de crime ambiental, que no decorrer do processo encontram-se prescritos em abstratos, ou seja, os efeitos penais desse fato não poderão fazer parte da sentença penal e manter a medida cautelar.

Nesse caso a suposta autoria e materialidade, em princípio, estavam presentes, havendo forte suspeita de ilicitude. A proveniência da ilicitude do bem foi mal avaliada e a decisão inovou delegando poderes para a autoridade policial para

identificar os bens cuja aquisição é proveniente do provento do crime, porém sem ratificação posterior.

Deve ser observado que a restrição patrimonial não deveria ser operada pelos fundamentos do “*periculum in mora*”, já que ofendem os ensinamentos doutrinários. Deve haver verdadeiro receio de dilação patrimonial, não podendo haver presunção, conforme estudado no capítulo próprio.

Como consequências do ato de constrição igualmente empregos foram desligados, contratos foram descumpridos, penalidades foram aplicadas, total embaraço na atividade empresária e, conseqüentemente, em dois meses a empresa perdeu o seu capital e teve que ser encerrada. Nem há de se falar que o acusado passou para a penumbra.

Utilizando os casos 01 e 02, podemos verificar que está ponderação doutrinária não foi respeitada, já que o sequestro atingiu bens preexistentes. Destaco que no caso 01 o montante a ser sequestrado era o suposto valor do dano causado ao erário, o que não é compatível com a medida de sequestro, principalmente em face de bens de terceiros, como dito acima. No caso 02, o sequestro recaiu sobre a casa do acusado, adquirida anteriormente aos fatos imputados, também descabendo a sua aplicabilidade, porém nem mesmo a medida de arresto é cabível, já que se trata de bem de família e protegido legalmente e sem efeitos na esfera cível.

Em ambos os casos mostra-se a ausência do preenchimento dos requisitos legais, principalmente a inexistência de fundamentos jurídicos e fáticos a justificar a medida, cuja consequência foi devastadora. O sistema inquisitório deveria ter sido superado, e a persuasão racional da prova era o que deveria estar em vigor, porém a arbitrariedade e fundamentos genéricos predominam em face das medidas assecuratórias, a qual paulatinamente deverá a jurisprudência modificar os paradigmas.

## 6. CONCLUSÃO

A evolução dos sistemas processuais penais demonstrou que o sistema acusatório, nascido na Grécia, possuía caráter privado e focado nos ditames Democráticos. Com o desenvolvimento social, o sistema foi sendo substituído pelo inquisitivo e gradualmente o Estado passou a ser o regente da persecução penal.

Pelos abusos da Santa Inquisição, o sistema foi duramente criticado pelos juristas da época e passou-se a se assegurar garantias ao acusado, abrindo-se margem para a criação do sistema misto, embasado no princípio do contraditório e da ampla defesa.

Para evitar os arbítrios dos julgadores, passou-se a exigir a fundamentação nas decisões, em elementos objetivos e concretos, não podendo haver busca extra-actos para sustentar o êxodo condenatório. A persecução racional da prova passa a ser o vetor de julgamento.

Ilustrado a evolução e o desenvolvimento do sistema processual penal, foi possível compreender com maior exatidão o segundo capítulo, quando se trata, propriamente dita, sobre a medida assecuratória.

Foi firmada a compreensão sobre a finalidade da medida, o que se busca resguardar e qual é o seus objetivos. Ilustrando o alcance e utilidade real da constrição jurisdicional.

Entrando ao mérito dos requisitos, foi traçado algumas críticas e apontado às consequências ao ser deferidas à medida. Demonstrando ao leitor a necessidade de cautela e o apontamento específica de sua aplicabilidade, já que se está tratando de vidas humanas.

Não foi deixada de lado a forma procedimental do instituto e foi discorrido críticas sobre a míngua de hipóteses defensivas, alertando-se que o Código de Processo Penal deve ser lido a luz da Constituição Federal e não o inverso.

Também, foi tratado sobre as formas de levantamento da medida, demonstrando que a complexidade poderá aparecer durante o correr do processo e a cautela jurisdicional amplia-se.

Posteriormente foi dissertado sobre a medida e sua pertinência para os efeitos penais em face do cível. Determinados crimes podem gerar o dever de



indenizar, pois além de serem considerados como ilícito penal são, também, ilícitos cíveis, já que derivam do mesmo fato.

Porém apenas os fatos concretos e determinados podem gerar a imediata reparação do dano, pois no juízo criminal não é prudente alargar o objeto da ação para definir o “*quantum debeator*”, devendo haver a remessa dessa questão ao juízo cível.

Indiscutível é o reconhecimento do fato e sua autoria em caso de sentença condenatória, ou a inexistência em caso de absolutória, fazendo-se coisa julgada na esfera cível. Não ocorrendo tal efeito em caso de insuficiência de provas, já que na justiça privada o elemento subjetivo leve gera o dever de indenizar, reforçando o caráter reparatório dessa esfera.

Controvérsia há quanto à sentença penal condenatória for atingir terceiros estranhos a lide penal, parte da doutrina entende que os terceiros não seriam atingidos pela decisão podendo rediscutir o tema, fundamentando a tese no devido processo legal. A outra parte entende que a condenação finda a discussão quanto à autoria e a existência do fato, não podendo haver reabertura do debate, devido à coisa julgada.

Portanto o julgador deve possuir cautela em seu juízo de conhecimento jurisdicional, a fim de evitar conflitos e decisões dispares. Não deve invadir competência ou ampliar de forma irrestrita o seu poder. Deve ponderar os efeitos da decisão e fundamentar os motivos determinantes da pacificação do conflito, inclusive apontando claramente a presença dos requisitos legais, garantindo segurança jurídica ao sistema processual penal.

Para compreensão do tema foi utilizado dois casos de parâmetro a fim de ilustrar a norma a realidade fática. Foi elaborada uma análise das decisões judiciais e sua carência de fundamentos perante a realidade fática, demonstrando os prejuízos decorrentes da medida judicial.

## REFERÊNCIA

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CD, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Presidência da República, 1988.

CÂMARA, Luiz Antônio e LEARDINE, Márcia. **Breves Considerações sobre o Sequestro no Processo Penal Brasileiro**, disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/211/184>, acessado em 07 de julho de 2015.

KAFKA, Franz. **O Processo**, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LOPES JR., Aury. **Processo Penal**, 10. ed.. *e-book*, – São Paulo : Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: RT. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014.

STJ - AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no AREsp: 370025 RJ 2013/0263235-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/09/2014, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/10/2014.

STJ - AgRg na MC: 3080 MG 2000/0086387-4, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/10/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.11.2000 p. 140 JBCC vol. 186 p. 168.

STJ, AgRg no Ag 441273/RJ, 2ª T., Min. João Otávio Noronha, DJ de 19.04.2004; REsp 618934/SC, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 13.12.2004.

STJ - HC: 93693 SP 2007/0257422-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.03.2008.

STJ - REsp: 118449 GO 1997/0008609-7, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 26/11/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.04.1998 p. 89 LEXSTJ vol. 109 p. 142 RMP vol. 9 p. 503 RSTJ vol. 107 p. 278.

TJ-DF - APR: 20101210040933 DF 0004047-63.2010.8.07.0012, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 08/05/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/05/2014 . Pág.: 277.

TJ-MG - AI: 10568100003629001 MG , Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 05/06/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/06/2014.

TJ-PR 8121855 PR 812185-5 (Acórdão), Relator: Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 14/06/2012, 3ª Câmara Criminal.

TRF-1 - ACR: 18446 MG 2007.38.00.018446-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 28/04/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/05/2008 e-DJF1 p.130.

TRF-1 - ACR: 9237 GO 0009237-49.2012.4.01.3500, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 10/09/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.781 de 21/09/2012.

TRF-2 - MS: 8779 RJ 2006.02.01.001898-9, Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE, Data de Julgamento: 06/09/2006, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::26/09/2006 - Página::214/215.

TRF-3 - ACR: 1917 SP 0001917-76.2011.4.03.6102, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 16/07/2012, QUINTA TURMA.

TRF-4 - ACR: 163029720064047000 PR 0016302-97.2006.404.7000, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 13/05/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/05/2014.

TRF-4 - ACR: 11544620064047000 PR 0001154-46.2006.404.7000, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 09/04/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/04/2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 01, 02 e 03, São Paulo: Saraiva, 2004.