

# CAUTELARIDADE E RESTAURAÇÃO CIVIL DOS DANOS PENAIIS

Luciano Marcel NAGIMA\*

**Resumo:** O presente artigo trata da necessidade de providências cautelares no processo penal como meio de assegurar à vítima a reparação civil dos danos decorrentes do delito, demonstrando, principalmente, as garantias constitucionais bem como as características e requisitos elementares a toda cautelar.

**Palavras-chaves:** tutela cautelar – medidas assecuratórias – seqüestro – arresto – hipoteca legal

## INTRODUÇÃO

Em virtude de determinadas condutas delituosas causarem um dano maior ao ofendido do que ao próprio Estado são indispensáveis meios eficazes que possibilitem a restauração do patrimônio daquele.

Com o intuito de assegurar maior efetividade à pretensão da vítima, o legislador processual penal dispôs, nos artigos 125 a 144, a possibilidade de serem concedidos provimentos cautelares denominados medidas assecuratórias.

Tais medidas destinam-se a impedir que o réu se desfaça de seu patrimônio no decorrer da ação penal, evitando, desse modo, prejuízo que adviria da demora na conclusão da prestação jurisdicional.

## DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura no artigo 5º, inciso XXXV, o direito de acesso à justiça. O texto constitucional revela a inafastabilidade do controle jurisdicional e o direito de invocar a jurisdição sempre que se tenha um direito lesado ou simplesmente ameaçado.

Quanto ao dever do Estado para com os jurisdicionados, segue a percepção aguda do professor Barbosa Moreira:

---

\* O autor é graduando do 5º ano do Curso de Direito nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP.

[...] se, o Estado proibiu a justiça de mão própria, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas, pelo que o processo avizinha-se do *optimum*, na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a satisfação abstrata prevista na regra jurídica material. (MOREIRA, 1980, p.21, apud MARINONI, 2000, p.202).

O serviço judicial deve ser acessível a todo cidadão, ou seja, tem a obrigação de atender e compor os conflitos sociais de modo a não dificultar jurídica e, principalmente, economicamente que o interessado exerça, de modo efetivo, seu direito de pedir ao Judiciário uma prestação jurisdicional.

Nos dizeres de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”.

Nesse passo, o acesso à justiça não pode ser confundido com o mero acesso ao Poder Judiciário, mas sim vislumbrado como um conjunto de garantias capazes de converter o mero procedimento em um processo que viabilize, de modo concreto e efetivo, a prestação da tutela jurisdicional.

O acesso à justiça para que seja efetivamente justo é imprescindível que a tutela jurisdicional seja prestada num prazo razoável. Implicitamente os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (XXXV) e do devido processo legal (LIV), asseguravam uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Com o advento da emenda constitucional nº. 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º, tornou-se expresso o princípio da celeridade processual.

Assim, apesar de o tempo ser necessário para um melhor desenvolvimento do processo, o excesso de tempo no seu transcurso pode tornar ineficaz a prestação jurisdicional operada ao final ou pode ocorrer o desaparecimento do próprio direito da parte durante a tramitação processual.

O tempo, como fator de corrosão dos processos, é motivo de muita preocupação para os operadores do direito, sempre em busca de um processo de resultados que seja efetivo e eficaz a quem dele necessite.

Como instrumento de combate ao mal que o tempo pode causar ao processo, colocou-se à disposição do jurisdicionado as medidas assecuratórias, com a finalidade única e exclusiva de, por meio delas, buscar uma providência acautelatória, de garantia a um outro processo onde se pretenda o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito.

## DAS CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS ESSENCIAIS ÀS CAUTELARES

O legislador constituinte da atual Magna Carta incluiu na formulação do acesso à ordem jurídica justa a expressão “ameaça a direito”, ficando clara a previsão constitucional do direito à tutela cautelar.

A primeira idéia que se poderia ter sobre essa espécie de tutela de urgência é que por meio dela se busca um provimento de natureza assecuratória. Pode-se então dizer, que por meio dela não se poderá buscar nem a definição e nem a satisfação de um direito, sendo seu resultado sempre voltado ao processo e não ao direito material da parte.

As cautelares penais têm finalidade específica, qual seja, garantir a reparação do dano provindo da conduta típica. Nesse sentido Magalhães Noronha exara a seguinte conclusão:

Essas medidas assecuratórias destinam-se a prevenir o dano ou prejuízo que adviria fatalmente da demora, da espera até que se pudesse tomar uma solução definitiva, em prol dos interesses do ofendido. Graças às medidas aqui previstas, garante-se, através da guarda judicial das coisas, o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito. (NORONHA *apud* MOSSIN, 1998, p. 104).

São características do processo cautelar: a instrumentalidade, a acessoriedade, a autonomia, a provisoriedade e a revogabilidade. É instrumental porque, “enquanto o processo principal serve à tutela do direito, o processo cautelar serve à tutela do processo. Não faz atuar o direito; contenta-se em proteger o simples interesse da parte [...]” (THEODORO JR., 2002, P. 71).

Por essa razão é que se chama a cautelar de instrumento do instrumento, porque sua finalidade é assegurar, garantir a eficácia de um provimento que se busca ou buscará no processo principal.

É acessório por ser dependente a um processo principal. Diz-se que o processo cautelar é autônomo porque seu resultado não está vinculado ao resultado do processo principal, isto é, a cautelar pode ser julgada procedente e o principal improcedente, ou vice versa. A provisoriedade significa, nas palavras de Theodoro Júnior (2002, p. 72): “[...] que as medidas cautelares têm duração *temporal limitada* àquele período de tempo que deverá transcorrer entre e sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo.”.

Por fim, a cautelar é revogável a qualquer tempo por ser concedida sob juízo de plausibilidade e não de certeza. Assim, nos dizeres de Victor Marins:

A revogação ocorre a pedido ou de ofício quando surgem fatos que desaconselhem a continuidade da cautela implementada, seja em função das

alegações do réu (provando, p.ex., a inocorrência do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*), seja em função de causa superveniente, que faça desaparecer a situação perigosa anteriormente constatada [...] (MARINS, 2000, p. 162).

Não obstante as características acima, estará o juiz autorizado a conceder uma medida acautelatória quando presentes seus pressupostos elementares: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O Código de Processo Civil, no artigo 798, refere-se ao *periculum in mora* prevendo que "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.". Assim, para não tornar inútil e ineficaz a tutela jurisdicional o legislador permitiu ao julgador a concessão de medidas cautelares.

Não se pode, portanto, exigir prova da certeza do perigo. No entanto, o fundado receio de dano deve ser analisado dentro de critérios objetivos que permitam ao julgador concluir pelo risco de danos ou prejuízos, ainda que por meros indícios.

Sobre o tema enfocado, Mossin leciona:

As medidas assecuratórias, como toda a providência de caráter cautelar, encerram em seu bojo o *periculum in mora*, ou seja, a probabilidade de dano, tendo em vista a demora própria e natural da prestação jurisdicional que sobrevirá no processo de conhecimento de índole condenatória. (MOSSIN, 1998, p.119).

A expressão latina *fumus boni iuris* significa, grosso modo, a probabilidade da existência do direito invocado pela parte. Posta a urgência da medida preventiva, não é possível ao julgador examinar plenamente o direito material invocado pela parte interessada, sobejando apenas, uma rápida análise quanto a uma plausível existência de um direito.

A respeito do juízo de plausibilidade, Victor Marins anota:

O juízo de probabilidade ou verossimilhança, que o juiz deve fazer para a constatação do direito aparente é suficiente para o exame (deferimento ou não), do pedido de cautela. [...].

Por outra perspectiva, o reconhecimento da aparência de um direito não implica em o juiz prejudicar a lide principal, posto permanecer incerta a definição da relação jurídica substancial controversa. (MARINS, 2000, p. 98).

As medidas assecuratórias, dada sua natureza cautelar, ensejam uma resposta urgente com vistas a neutralizar, exatamente, a ação do mal do tempo no processo, dada a finalidade precípua autor de tal medida: garantir a reparação dos danos civis decorrentes da prática de um ilícito penal.

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROVIDÊNCIAS ACAUTELATÓRIAS PENAIS**

Uma das principais funções do processo penal – que deixou de ser um simples meio de satisfazer a pretensão punitiva do Estado-juiz – é a de assegurar uma proteção a todos os direitos da vítima, dentre os quais o de ver realizada a justiça penal e o de ter reparados todos os seus prejuízos decorrentes da infração penal.

Com efeito, em determinados crimes há escassa gravidade onde o interesse em restabelecer o dano patrimonial é muito superior à pretensão punitiva do Poder Público. Como, por exemplo, “em um acidente de carro com lesões leves, o sujeito passivo está muito mais preocupado em receber a reparação do dano patrimonial sofrido do que em ver o agente condenado criminalmente.” (CAPEZ, 2003, p. 356). Em outros casos, pode ocorrer a absolvição perante a justiça penal e restar responsabilidade do agente no âmbito civil, como, por exemplo, aquele que foi absolvido por agir em estado de necessidade.

No intuito de propiciar uma maior segurança à vítima quanto ao ressarcimento do dano resultante do delito, o legislador processual penal, por meio da guarda judicial da coisa, possibilitou a ela um mecanismo denominado medida assecuratória.

As medidas assecuratórias, portanto:

[...] são providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para a efetiva execução da pena a ser imposta. (CAPEZ, 2003, p. 357).

Cumprе registrar que tais medidas destinadas à reparação civil dos danos decorrentes de delito são: o seqüestro, a hipoteca legal e o arresto.

O seqüestro consiste na apropriação judicial de bem certo e determinado (específico), objeto do litígio em que se discute a posse ou a propriedade, para assegurar sua entrega ao vencedor da causa principal.

O Código de Processo Penal dispõe que para a concessão da cautelar em tela são necessários alguns requisitos além daqueles essenciais a qualquer medida cautelar. Assim, somente o bem (móvel ou imóvel) adquirido pelo indiciado com os proventos da infração pode ser seqüestrado. Para tanto, devem existir indícios veementes de sua proveniência ilícita.

Insta que o produto do crime não é passível de seqüestro, mas sim de busca e apreensão<sup>1</sup>.

Já a hipoteca legal é um direito real de garantia que recai sobre bens imóveis, bem como sobre seus acessórios, e tem como finalidade assegurar os efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado. Destina-se também a garantir o pagamento das custas processuais e da pena pecuniária. Para a concessão dessa cautelar é necessária a prova inequívoca da materialidade do fato delituoso e indícios suficientes da autoria.

É salutar que essa providência atinge qualquer imóvel do autor da infração independentemente de ter sido adquirido com o produto do crime ou com proventos da infração sem, no entanto, retirá-lo de sua posse.

Por fim, o arresto previsto no artigo 137 do Código de Processo Penal é semelhante à hipoteca legal. A diferença é que recai sobre bens móveis (adquiridos licitamente) do réu. Somente os bens suscetíveis de penhora podem ser arrestados.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se, assim, que ante os princípios constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da celeridade processual, e o relevante interesse da vítima em ter reparados os danos civis decorrentes da conduta delituosa independentemente da condenação do indiciado ou do réu, o conhecimento e a aplicação das medidas assecuratórias é elementar a todo e qualquer processo em que estejam presentes os seus requisitos, tanto os comuns como os específicos a cada espécie.

---

<sup>1</sup> Art. 240 CPP.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Prisão. Das questões e processos incidentes: Medidas assecuratórias. In: \_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355-364.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. O significado de um direito ao acesso efetivo à justiça: os obstáculos a serem transpostos. In: \_\_\_\_\_. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Tradução Ellen Gracie Northfleet. p. 15-29.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Questões e processos incidentes: Medidas assecuratórias. In: \_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 229-238.

MOSSIN, Antônio Heráclito. Medida cautelar real: Medidas assecuratórias. In: \_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo, 1997. vol. 2, cap. 4, p. 118-154.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Das medidas assecuratórias. In: \_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, cap. 34, p. 25-47.