

AS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, O DISPOSTO NO ART. 91-A, DO CÓDIGO PENAL E A (POSSÍVEL) INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS

THE SECURITY MEASURES IN THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE, AS
PROVIDED IN ART. 91-A, OF THE PENAL CODE AND THE (POSSIBLE)
UNCONSTITUTIONALITY OF THE DEVICES

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO DE PROCESO PENAL, SEGÚN
LO DISPUESTO EN EL ART. 91-A, DEL CÓDIGO PENAL Y LA (POSIBLE)
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DISPOSITIVOS

Gabriela de Oliveira das Neves¹

RESUMO: O presente artigo se dedicou a analisar as medidas assecuratórias no código de processo penal e o disposto no art. 91-A, do código penal, a fim de se debruçar sobre a possível inconstitucionalidade dos dispositivos. A partir de pesquisa bibliográfica-documental buscam-se analisar o sistema processual penal e as medidas de caráter patrimonial, os fenômenos histórico-culturais que os permeiam e as concepções e implicações do instituto em estudo. Os resultados alcançados demonstram claramente a incompatibilidade da aplicação dos institutos com a presunção de inocência garantida constitucionalmente, já que o ônus da prova acerca da ilicitude dos bens deve recair, por obvio, ao Estado e todo seu aparato organizado de persecução penal, e não ao indivíduo. Conclui-se que há emergência na releitura do dispositivo, quiza na declaração de sua inconstitucionalidade.

1210

Palavras-chave: Medidas assecuratórias. Sistema Penal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article was dedicated to analyzing the security measures in the criminal procedure code and the provisions of art. 91-A, of the criminal code, in order to address the possible unconstitutionality of the provisions. Based on bibliographical-documentary research, we seek to analyze the criminal procedural system and patrimonial measures, the historical-cultural phenomena that permeate them and the concepts and implications of the institute under study. The results achieved clearly demonstrate the incompatibility of the application of the institutes with the constitutionally guaranteed presumption of innocence, since the burden of proof regarding the illegality of the assets must fall, obviously, on the State and its entire organized criminal prosecution apparatus, and not the individual. It is concluded that there is an emergency in re-reading the device, perhaps in declaring its unconstitutionality.

Keywords: Security measures. Penal System. Unconstitutionality.

¹Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL, é especialista em execução criminal e tribunal do Júri, com linha de pesquisa em Processo Penal, sistema penal e justiça restaurativa.

RESUMEN: Este artículo estuvo dedicado a analizar las medidas de seguridad en el código procesal penal y lo dispuesto en el art. 91-A, del código penal, con el fin de abordar la posible inconstitucionalidad de las disposiciones. A partir de una investigación bibliográfica-documental buscamos analizar el sistema procesal penal y las medidas patrimoniales, los fenómenos histórico-culturales que los permean y los conceptos e implicaciones del instituto en estudio. Los resultados alcanzados demuestran claramente la incompatibilidad de la aplicación de los institutos con la presunción de inocencia garantizada constitucionalmente, ya que la carga de la prueba sobre la ilegalidad de los bienes debe recaer, obviamente, en el Estado y en todo su aparato persecutorio criminal organizado, y no el individuo. Se concluye que existe urgencia en releer el dispositivo, tal vez en declarar su inconstitucionalidad.

Palabras chave: Medidas de seguridad. Sistema penal. Inconstitucionalidad.

1. INTRODUÇÃO

O sistema processual penal contempla medidas cautelares pessoais, as prisões cautelares, por exemplo, que restringem a liberdade pessoal do sujeito, e medidas cautelares reais ou patrimoniais, que recaem sobre o patrimônio do acusado, refletindo em uma restrição a disposição e uso de bens e valores pecuniários, com objetivo de ressarcimento de prejuízos a vítima e a sociedade como um todo. (LOPES JR, p. 850, 2019)

O processo penal, a despeito de não se caracterizar por questões de ordem patrimonial, inclui em seu bojo inúmeros institutos de natureza notadamente econômicos. Seja para ressarcir a vítima, ou evitar o enriquecimento ilícito dos réus, o Estado, através de seu *ius puniendi*, tem autorização legal para confiscar bens moveis e imóveis que sejam fruto de atos ilícitos ou, mesmo que não tenham essa correlação direta, estejam no patrimônio do autor da prática delituosa.

Dentre essas prerrogativas, estão as medidas assecuratórias de natureza patrimonial, que estão previstas no Código de Processo Penal, entre os arts. 125 e 144-A. Tem o escopo de assegurar o confisco de bens frente ao efeito da condenação, garantir a indenização ou reparação dos danos a vítima, o pagamento das despesas e custas processuais e, ainda, garantir eventuais penas pecuniárias ao final do processo penal. Em breve síntese, essas medidas buscam garantir a preservação dos bens para que, posteriormente, possam garantir os efeitos da condenação penal (LIMA, p. 2276, 2016)

Historicamente, as medidas assecuratórias tiveram pouco espaço no processo penal, com uma preocupação mais ligada a sanção retributiva de natureza privativa de liberdade. Entretanto, os crimes financeiros e as organizações criminosas têm

exigido do processo penal novas soluções, que atinjam de forma contundente o ponto central desses delitos, o capital. Com a crescente expansão do direito penal econômico e tributário, as medidas assecuratórias vêm ganhando cada vez mais prestígio no processo penal (LOPES JR, p. 850, 2019).

Nesse sentido, se até pouco tempo atrás as medidas assecuratórias de natureza patrimonial visavam apenas garantir os interesses do Estado no confisco e da vítima quanto à reparação dos danos, atualmente, entretanto, há uma importante mudança na mentalidade, que passou a tratar esses institutos como importante ferramenta de combate à movimentação de dinheiro ilícito oriundos de infrações penais com um escopo claramente financeiro, nos quais se torna irrelevante a prisão do agente quando não há recuperação dos bens (LIMA, p. 2277, 2016).

Ao analisarmos as medidas cautelares, não se pode perder de vista que toda e qualquer decisão está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, pois, a Constituição Federal enfatiza que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo”, restando claro que qualquer restrição de natureza patrimonial deve ser previamente apreciada pelo juízo competente.

Do mesmo modo, por se tratarem de medidas de natureza cautelar, imperiosa a verificação do risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional - *periculum in mora* - e a probabilidade da pretensão ser acolhida futuramente - *fumus boni iuris*. Discorrendo mais sobre os requisitos, LOPES JR (p. 852, 2019):

Também exigem, para sua decretação, a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ainda que, por se tratarem de medidas patrimoniais, esses elementos adquiram um referencial conceitual um pouco distinto daquele que norteia o sistema das cautelares pessoais. Cada uma das medidas possui a sua especificidade, exigindo certa flexibilização dos conceitos a ponto de, por sua estreita relação com as medidas cautelares do Direito Processual Civil, não constituir uma impropriedade falar-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Inclusive, em relação ao *periculum in mora*, é ele ainda mais evidente, na medida em que o perigo não decorre do “estar em liberdade o agente”, senão das possibilidades de deterioração dos bens móveis ou imóveis, alienações fraudulentas etc. Logo, efetivamente o perigo decorre da demora entre a medida cautelar e o provimento cível definitivo, fazendo com que o bem indisponibilizado corra risco de perecimento.

Pelo exposto, se pode observar que as medidas assecuratórias são um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos e, ainda, ferramenta hábil para reparar os danos oriundos da prática de crimes. Sendo imperiosa a criação de uma nova cultura que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas de natureza patrimonial e ao confisco os valores espúrios. Para isso, se faz necessário um estudo aprofundado sobre o tema, a fim de garantir uma caracterização e definição melhor embasada e, ainda, verificar as hipóteses em que as medidas poderão ser aplicadas. É com esse objetivo que o trabalho se desenvolve nos capítulos posteriores.

1.1 Medidas assecuratórias

As medidas assecuratórias são providências tomadas no processo penal com a finalidade de garantir a futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado ou, ainda, para evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa, se dividindo em três categorias: o sequestro, o arresto e a hipoteca legal (NUCCI, p. 220, 2016).

São medidas de caráter cautelar, pois, como a entrega da prestação jurisdicional não é imediata, o que possibilita haver alteração na situação patrimonial do agente, por meio de desfazimento de bens, ocultação de patrimônio, dilapidação ou alienação, visam tentar assegurar que, ao final do processo, exista patrimônio para garantir as medidas estatais (REIS, p. 282, 2013).

1.2 Sequestro

É uma medida assecuratória que baseia-se em reter os bens móveis e imóveis do indiciado ou acusado, mesmo que em poder de terceiros, quando adquiridos com o proveito da infração penal, para que este não se desfaça deles durante a ação penal, tornando possível a indenização a vítima ou ainda impossibilitando que o agente lucre com a atividade criminosa (NUCCI, p. 220, 2016).

É uma medida cautelar patrimonial baseada no interesse público, unido a posterior perda dos bens como efeito da condenação e no interesse privado do ofendido na reparação do dano causado pela infração penal (LIMA, p. 1254, 2020).

O sequestro recai sobre bens imóveis e móveis, desde que estes tenham sido adquiridos com o produto do crime, não se sujeitando ao sequestro os bens móveis que

sejam produtos diretos da infração, já que esses são passíveis de busca e apreensão. Ainda, os bens imóveis que são produtos direto da infração também são passíveis de sequestro, mesmo que já tenham sido transferidos a terceiro, salvo quando demonstrada a boa-fé, em razão da sua insuscetibilidade natural à apreensão (REIS, p. 283-284, 2013).

Os bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime, quando estes se localizarem fora do território nacional ou quando não forem encontrados, também estão sujeitos ao seqüestro (REIS, p. 283-284, 2013).

As restrições da Lei 8099/1990 quanto à impenhorabilidade de alguns bens não alcançam o sequestro, já que o artigo 3º, inciso VI afasta a impenhorabilidade de bens adquiridos com o provento de crime (AVENA, p. 783, 2020).

Quanto ao sequestro de bens adquiridos do réu por terceiros, embora haja previsão legal nos artigos 125 e 130, II, do CPP, como sua aplicação traz muitas inseguranças jurídicas, além de trazer efeitos assoláveis as relações negócios, a jurisprudência majoritária entende que, quando não comprovada a má-fé na aquisição, deve-se levantar o sequestro e liberar o bem (AVENA, p. 783, 2020).

Para a decretação do sequestro, se faz necessário à existência de indícios veementes da origem ilícita dos bens. O autor do pedido deve demonstrar a conexão entre a autoria e a materialidade, bem como de que os bens foram adquiridos com os proventos da infração penal. Além disso, também se faz necessário a para a decretação do sequestro que o autor do pedido demonstre *opericulum in mora*, não podendo ser presumido o perigo de perecimento do bem ou a fraude a futura execução (LOPES JÚNIOR, p. 1099-1101, 2020).

Assim, o pedido deve vir instruído com um lastro probatório que se sobreponha ao imenso constrangimento e prejuízos que gera a indisponibilidade patrimonial, além da ponderação acerca da proporcionalidade dos valores dos bens sequestrados e os ganhos supostamente obtidos com a atividade criminosa (LOPES JR; p. 1099-1101, 2020).

O sequestro só pode ser determinado por autoridade judiciária, tanto na fase investigatória como na fase judicial, tendo legitimidade para requerimento o Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou mediante representação da autoridade policial, não se admitindo mais a decretação *exoffice* pelo juiz, considerando as alterações introduzidas pelo Pacote Anticrime (LIMA, p. 1256, 2020).

O pedido de sequestro será analisado pelo juízo criminal, em autos apartados apensado ao processo principal, podendo somente ser decretada pelo juiz criminal competente. Ainda, se a decretação ocorrer antes da denúncia, o juiz que a determinou torna-se prevento (LOPES JR; p. 1102, 2020).

Considerando as circunstâncias do sequestro, o juiz analisará se estão presentes os requisitos e decidirá independentemente da manifestação da parte contrária, já que a intimação da outra parte poderia prejudicar a eficácia da medida, uma vez que sua finalidade é impedir a livre disposição e ocultação do bem, mesmo que sem interferir na faculdade de uso da coisa e na obtenção de frutos civis (LENZA, p. 285, 2013).

Quando realizado o sequestro, em caso de bens imóveis, será providenciado o resguardo na matrícula do bem (no Registro de Imóveis) e em caso de bem móveis, como carros, motos e caminhões, deve ser feita a comunicação ao órgão de trânsito respectivo, para que conste no documento do veículo a restrição e evite que terceiros de boa-fé venham a adquirir o bem (LOPES JR; p. 1102, 2020).

Ante o sequestro, a pessoa que teve o bem constrito pode apresentar defesa por meio de embargos e, considerando que o sequestro é realizado *inaudita altera parte* (sem o conhecimento prévio do titular do bem), deve a ciência ocorrer logo após a inscrição do sequestro no registro competente (AVENA, p. 786-788, 2020).

Nesses termos, podem ocorrer três situações:

1. Quando o sequestro incide sobre bem de propriedade de terceiro: quando o sequestro atinge bem ou parcela de bem que pertence a terceiro estranho a qualquer negócio com o agente da infração, o terceiro pode interpor embargos para demonstrar que o bem não tem relação nem com o acusado, tampouco com a infração, devendo ser julgados logo pelo juiz criminal e, se considerados procedentes, importam desoneração imediata do bem.

2. Quando o sequestro incide sobre bem de propriedade do réu ou indiciado: nesse caso, os embargos só podem ser opostos sob o argumento de que o bem foi adquirido de forma lícita, cabendo ao embargante comprovar a licitude da verba utilizada para aquisição do bem sequestro.

3. Quando o sequestro incide sobre bem de terceiro que adquiriu de boa-fé: os embargos são opostos pelo terceiro de boa-fé que adquiriu o bem mediante o argumento de quando comprou desconhecia que este tinha sido adquirido com verbas

ilícitas. No caso, não é necessário comprovar a boa-fé, bastando alegá-la, já que, senão comprovada a má fé por quem requereu o sequestro, deve o gravame ser levantado.

Quanto aos embargos opostos pelo imputado e pelo terceiro de boa-fé (de forma simultânea), só poderão ser julgados após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória proferida no processo criminal, conforme o artigo 130, parágrafo único, do CPP, ficando o bem constrito, salvo no caso do terceiro de boa-fé prestar caução (AVENA, p. 786-788, 2020).

Importante ressaltar que não se aplica a proteção ao bem de família quando o imóvel for adquirido com os proventos do crime. Além disso, necessário destacar que o CPP não determina um prazo para a oposição dos embargos, podendo os embargos ser admitidos a qualquer tempo, inclusive após a sentença penal condenatória, desde que antes do trânsito em julgado (LOPES JR; p. 1104, 2020).

O sequestro pode ser levantamento perdendo sua eficácia, nas seguintes hipóteses (LIMA, 1262-1264, 2020):

1. Conforme o artigo 131, I, do CPP, se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência;
2. Conforme o artigo 131, II, do CPP, se o terceiro, a quem foi transferido os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no artigo 91,II, “b”, segunda parte do Código Penal;
3. Conforme o artigo 131, III, do CPP, se for julgada extinta a punibilidade ou se o acusado for absolvido por sentença transitada em julgado.
4. Apesar de o CPP não regular, por óbvio, que a procedência dos embargos causa o levantamento do sequestro, seja pelo reconhecimento que o bem não foi adquirido com os proventos da infração penal, seja porque reconhecido que o terceiro comprou de boa-fé ou ainda no caso do terceiro não adquirente.

Em caso de não haver embargos ou deles terem sido rejeitados, o juiz criminal, após a sentença condenatória transitada em julgado, determina que os bens sejam avaliados e vendidos em leilão público, devendo os valores ser empregados para a satisfação do lesado e de eventual terceiro de boa-fé. No caso de saldo, será utilizado para pagamento das custas processuais e de penas pecuniárias e, se ainda assim tiver sobra, será revertido ao Tesouro Nacional (LENZA, p. 286, 2013).

1.3 Arresto

Trata-se de medida cautelar que cuida da apreensão judicial de quaisquer bens móveis do autor da conduta delituosa. Tal medida assecuratória tem a finalidade de garantir a reparação na esfera cível dos prejuízos que foram causados em razão da conduta praticada, além do pagamento das custas processuais e da pena pecuniária (LOPES JR; p. 1102, 2020).

Diferentemente do sequestro que recai necessariamente sobre bens relacionados à prática criminosa ou dos bens adquiridos com o provento da infração, o Arresto consiste na apreensão dos bens, móveis ou imóveis, que integram o patrimônio de quem cometeu o ilícito. Tal medida pode ser decretada durante a fase do inquérito ou durante o curso do processo, devendo recair, preferencialmente, sobre bem imóvel (REIS, p. 127, 2017).

Além disso, de acordo com o (art.136 do CPP), quando recair a medida de Arresto sobre o bem, o processo de inscrição da hipoteca legal, a qual falaremos adiante, deverá ser promovido no prazo de quinze dias, sob pena de revogação da medida. Desta forma, é possível identificarmos que o arresto de imóvel é, portanto, medida previa à hipoteca legal, que se destina a evitar que ocorra, enquanto não se realiza sua especialização e inscrição, a alienação do bem ou o desvio de frutos ou rendas (REIS, p. 127, 2017).

Esse arresto, identificado sistematicamente como arresto prévio, deve ser promovido perante o juízo criminal, cabendo ao interessado convencer o juízo acerca da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com a ressalva de que, diversamente do procedimento pertinente à inscrição da hipoteca legal, não há necessidade de estimação do dano causado pela infração penal, tampouco do valor dos bens cujo arresto é pleiteado (LIMA, p. 1274, 2020).

Ainda, durante o processo do arresto prévio, não é cabível a oposição e embargos - que cuida o art. 130 do CPP-visto que trata-se de um instrumento destinado exclusivamente ao sequestro - isso porque, conforme já mencionado, o arresto tem natureza de garantia à hipoteca legal. Outrossim, também não é possível a interposição de apelação, visto que tal recurso só poderá ser fomentado contra decisões definitivas, o que não é o caso (LIMA, p. 1274, 2020).

Vale sinalizar que, caso o agente que praticou o delito não possua bens imóveis ou não possua valores suficientes para ressarcir o patrimônio da vítima, o juízo poderá determinar que se faça o chamado arresto subsidiário dos bens móveis. (LOPES JÚNIOR, p. 1102, 2020). O arresto subsidiário, previsto do art. 137 do CPP, recai sobre bens móveis e é convertido em penhora na fase de execução (LIMA, 1275, 2020).

Outrossim, o arresto subsidiário só deve ser utilizado caso a inscrição da hipoteca legal não seja suficiente para resguardar os interesses do ofendido. Dessa forma, cabe ao ofendido demonstrar a impossibilidade de utilizar a medida prévia, seja porque o causador do delito não possui bens imóveis ou porque não se conseguiu satisfazer seu prejuízo com aquela medida (LIMA, 1276, 2020).

1.4 Hipoteca legal

A hipoteca legal pode ser compreendida como um direito real de garantia instituído sobre imóveis, com o fim de assegurar uma obrigação de cunho patrimonial, sem a transferência da posse do bem gravado ao credor. Nesses termos, a hipoteca pode ser: (1) Convencional - quando resulta de um acordo entre o credor e o devedor; (2) judicial: - quando advém de direito por sentença contra o devedor; e (3) legal - quando advém da lei - que a institui em favor de determinadas pessoas em virtude de situação peculiar em que se encontram, estando sempre relacionadas a uma dívida eventual, que pode vir a ser reconhecida (ou não) (LIMA, p. 1265, 2020).

Vejamos o exposto no Art. 134 do CPP

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

Nesse sentido, o art. 1489, inciso III, do Código Civil, aponta que se confere hipoteca legal ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais (LIMA, 1266, 2020).

Como se pode ver, objetivando assegurar que o acusado tenha patrimônio disponível para responder pela indenização do dano causado pela infração penal e o pagamento das custas, o Código Civil institui um direito real de garantia em favor da

vítima, direito este que recai sobre bens imóveis lícitos pertencentes ao acusado, não podendo atingir patrimônio registrado em nome de terceiros (LIMA, 1266, 2020).

Ao contrário do sequestro, que visa garantir não só a reparação do dano como também o confisco, a especialização e registro da hipoteca legal destinam-se apenas a assegurar a indenização ao ofendido pelos danos causados pelo delito e o pagamento das despesas judiciais. A inscrição da hipoteca legal não tem, portanto, qualquer finalidade de confisco. (LIMA, 1266, 2020).

Por isso, pode-se dizer que tanto ela quanto o arresto, acima mencionado, são medidas assecuratórias fundadas no interesse privado, que têm por finalidade assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou de seus sucessores (LIMA, 1266, 2020).

Pelo fato de recair sobre os bens imóveis obtidos licitamente pelo acusado, a especialização e registro da hipoteca legal deve ser utilizada como medida subsidiária à busca e apreensão e ao sequestro de bens, visto que a reparação do dano pode ocorrer com a simples restituição do próprio produto direto do crime, apreendido durante as investigações, ou com o valor apurado com o leilão dos bens seqüestrados (LIMA, 1267, 2020).

Desta forma, a especialização e registro da hipoteca legal deve funcionar, portanto, como medida de ultima *ratio*, isto é, deve ser empregada apenas quando as demais medidas assecuratórias se revelarem insuficientes para garantir a reparação do dano causado pelo delito (LIMA, 1267, 2020).

Em relação à possibilidade de defesa do acusado, o CPP não explicita nenhuma hipótese. Apesar disso, se vislumbra e utilizam-se algumas possibilidades, essas muito bem explicadas por Renato Brasileiro de Lima, vejamos:

1) **Embargos de terceiro estranho à infração penal:** nos mesmos moldes que ocorre no sequestro, reputa-se plenamente possível a oposição de embargos de terceiro, quando atingidos bens, quota-parte ideal ou meação de terceiros, completamente estranhos à relação entre a vítima e o acusado. Nesse caso, os embargos devem ser opostos com fundamento nos arts. 674 e seguintes CPC;

2) **Substituição da hipoteca legal por caução:** a despeito da presença de todos os requisitos necessários para a especialização da hipoteca legal, o art. 135, § 6º, do CPP, prevê que, se o acusado oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, poderá o juiz deixar de mandar proceder

à inscrição da hipoteca legal. Interpretação literal do disposto no art. 135, § 6º, pode levar à conclusão (equivocada) de que essa substituição da hipoteca legal pela caução só poderia ocorrer antes de o juiz proceder à inscrição do gravame. No entanto, a nosso juízo, não há justificativa razoável para não se autorizar essa mesma substituição ainda que já tenha havido a inscrição da hipoteca legal. Com efeito, a depender do caso concreto (v.g., substituição da hipoteca legal por caução em dinheiro), essa substituição pode acabar se revelando muito mais conveniente aos interesses do ofendido. Diversamente do quanto disposto no art. 1.491 do Código Civil, que prevê que a hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente, o CPP faz referência aos títulos de dívida pública pelo valor de sua cotação em bolsa, isto é, deve ser levada em consideração a cotação do dia em que for prestada a caução. Quanto à obrigatoriedade de se aceitar (ou não) a substituição da hipoteca legal pela caução oferecida pelo acusado, pensamos que, estando os interesses do ofendido devidamente garantidos, não há qualquer faculdade conferida ao juiz, que se vê, nesse caso, obrigado a deferir a substituição;

3) Oitiva das partes no curso do procedimento de especialização e registro da hipoteca legal: segundo o art. 135, § 3º, do CPP, no curso do procedimento de inscrição da constrição, o juiz deve ouvir as partes no prazo de 2 (dois) dias, após a apresentação do laudo pericial. Essa regra acaba por assegurar o exercício do contraditório ao acusado, que poderá se valer dessa oportunidade não só para se insurgir contra o valor estimado para a reparação do dano e dos imóveis, como também para questionar a própria existência dos pressupostos indispensáveis para a concessão da medida pleiteada.

Por fim, cumpre sinalizar que, diferente do sequestro que todo o processo da medida se dá diante do juízo criminal, a hipoteca legal, passando em julgado sentença condenatória, os autos da hipoteca devem ser encaminhados e distribuídos a uma vara cível, desta maneira, apesar do processo ser iniciado no juízo criminal, o processo será encerrado no juízo cível, nos termos do art. 143 do CPP. (LIMA, 1273, 2020).

2. Semelhança (ou não) entre as medidas assecuratórias e o art. 91-A, do CP, a previsão do dispositivo e sua eventual inconstitucionalidade.

As medidas assecuratórias previstas nos arts, 125-144-A, CPP, têm como objetivo assegurar o (eventual) efeito da condenação de confiscar os bens do

condenado, garantir a futura indenização ou reparação da vítima da infração penal e o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado, além de evitar que o acusado se locuplete ilicitamente (LIMA, p. 1248-1249, 2020).

Nesse sentido, em síntese, as medidas mencionadas visam garantir o resguardo e preservação dos bens a fim de que, ao final, possam suportar os efeitos da sentença penal condenatória a que se refere, por exemplo, o art. 91-A, CP (LIMA, p. 1248-1249, 2020).

As medidas assecuratórias são provimentos de natureza cautelar, condicionadas a presença de *fomuscomissi delicti* e do *periculum libertatis* e, por esse motivo, não se confundem com efeitos condenatórios da prática de determinada infração penal (LIMA, p. 1248-1249, 2020).

Podemos dizer, com isso, que, embora guarde certa semelhança à medida assecuratória de sequestro com o disposto no art. 91-A, CP – pois ambos preveem o perdimento de bens ilícitos – elas não se confundem, já que a primeira busca, em verdade, garantir que a última se efetive ao final do processo.

Feito o breve relato sobre a distinção/semelhanças das medidas, cabe, por ora, pontuar a nova disposição do art. 91-A, CP.

Importante alteração foi trazida pela Lei 13.964/2019, que modificou o disposto no art. 91-A, do Código Penal (LOPES, JR. p. 1126, 2020), o qual dispõe:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a

ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Com o confisco alargado de bens, foi introduzido, por força do pacote anticrime, mais um efeito extrapenal específico – não automático – da sentença penal condenatória, incidindo em determinadas infrações (LIMA, p. 1643-1644, 2020).

A referida hipótese de perdimento dos bens, trata de presunção de enriquecimento ilícito nos casos de condenação – em regra com trânsito em julgado – por infrações com pena máxima cominada superior a 6 anos de reclusão (LOPES, JR. p. 1128, 2020).

No caso, necessariamente há de ter crime que gere enriquecimento, pois o perdimento do produto (direto) ou proveito (bens adquiridos com o lucro ou ganho do crime) de bens deve corresponder à diferença entre o rendimento decorrente da atividade lícita e o volume patrimonial total do condenado, aponto que se possa presumir que houve enriquecimento ilícito (LOPES, JR. p. 1128 - 1129, 2020).

A lei, conforme se observa no §2º do art. 91-A, do, CP, atribui ao condenado o ônus de provar a procedência lícita de seu patrimônio, a fim de afastar o perdimento de bens (LOPES, JR. p. 1128, 2020).

Ainda, cabe pontuar que a perda de bens e valores deve ser objeto de pedido expreso pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia, assegurando-o, por óbvio, o contraditório e a ampla defesa no procedimento e, ao final, deve-se ter uma decisão fundamentada do magistrado para que a perda ocorra (LOPES, JR. p. 1128, 2020).

Ante a breve consideração sobre a disposição do art. 91-A, CP, há de deixarmos consignada uma advertência: a atribuição probatória atribuída à defesa acerca da não ilicitude dos bens é manifestamente incompatível com a presunção constitucional de inocência, já que se está atribuindo a alguém presumidamente inocente o ônus de comprovar o caráter lícito (ou não ilícito) de seus proveitos (LOPES, JR. p. 1129, 2020).

Nesse sentido, temos que a nova regra inverte o ônus da prova em prejuízo da defesa, impondo ao acusado o dever de demonstrar a origem lícita de seus bens, quando o princípio da presunção de inocência atribui ao Estado o dever de provar os fatos que justifiquem a intervenção estatal na liberdade e no patrimônio do réu (LOPES, JR. p. 1129, 2020)

A inexistência de prova sobre a origem dos bens do acusado (lícita ou ilícita) deveria presumir sua licitude, e não ao contrário. Ainda, a comprovação deveria ser

realizada por meio de prova pericial contábil e financeira capaz de demonstrar - de forma inequívoca - o enriquecimento ilícito do acusado (LOPES, JR. p. 1128, 2020).

Sem esses termos, questiona-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal inserido pela Lei 13.964/2019, já que fere flagrantemente a presunção de inocência e os direitos mínimos e básicos que devem ser observados no processo penal ao longo da busca da satisfação da pretensão estatal.

CONCLUSÃO

O processo penal brasileiro garante ao aplicador medidas cautelares de natureza pessoal e reais. As medidas reais, ou, como tratado, assecuratórias, são aplicadas no patrimônio do sujeito passivo do processo e tem por objetivo o confisco de bens, frutos de crimes, assim como o ressarcimento das vítimas.

Apesar de terem sido relegadas a pouca utilização em outros tempos, as medidas assecuratórias vêm ganhando nobre espaço nos julgados atuais. A mudança da natureza criminal, com maior incidência de crimes econômicos e tributários, justifica a maior aplicação dessas medidas.

Por sua natureza cautelar, as medidas assecuratórias devem seguir requisitos para sua aplicação. O primeiro requisito é a apreciação jurisdicional, nunca sendo aplicada de forma automática. Da mesma forma, há de se verificar o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* na sua aplicação. Ainda, é também necessário se verificar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

As medidas assecuratórias são aquelas medidas cautelares com o objetivo de garantir uma indenização a vítima, pagar despesas do processo ou da pena pecuniária e, também, evitar que o criminoso obtenha enriquecimento ilícito com o crime. No ordenamento jurídico brasileiro há previsão legal para três medidas: o seqüestro, o arresto e a hipoteca.

O seqüestro é uma medida que tem como fundamento a retenção de bens moveis e imóveis do indiciado/acusado, quando estes sejam fruto da infração penal. Tem o objetivo de garantir que os bens não sejam desfeitos durante a ação penal. Além disso, tem uma base no interesse publico, garantindo a perda dos bens na condenação e um interesse privado, garantindo uma eventual indenização ou reparação. Não há qualquer restrição de impenhorabilidade aos bens de família, prevista na lei 8099/1990, o art. 3º, VI, afasta essa garantia quando o bem for adquirido com o provento do crime.

Para a decretação do seqüestro, é necessária a presença de fortes indícios da origem ilícita dos bens, restando provado a conexão entre a autoria do crime, a materialidade e que o dinheiro tenha sido utilizado para adquirir os bens. Pode ser decretado tanto na fase investigatória quanto na fase judicial. Via de regra, é decretado *inaudita altera parte*, e o acusado pode se defender através dos embargos.

Por sua vez, o arresto trata da apreensão judicial dos bens moveis do autor da pratica criminosa. A medida tem como escopo garantir a reparação cível do dano causado e, também, do pagamento das custas do processo e da pena. Diferentemente, do seqüestro, não recai sobre os bens adquiridos com o fruto dos ilícitos, e sim sobre o patrimônio do acusado. Ainda, também pode ser decretada na fase de inquérito ou judicial. É considerado uma medida previa a hipoteca legal, impedindo a alienação do bem antes que esta ocorra. Não cabe a oposição de embargos para a defesa, ao contrario do sequestro.

Nesse sentido, com a mesma natureza, a hipoteca legal recai sobre os bens do acusado, mesmo que de origem licita, diversa do crime. Busca satisfazer a indenização do ofendido e, da mesma forma, pagar as despesas judiciais. Assim, pode-se dizer que, como o arresto, tem um interesse privado, assegurando a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor da vitima ou de seus sucessores. A despeito do CPP não trazer hipóteses de defesa, a doutrina determina que o acusado possa se defender através de embargos ou substituindo a hipoteca por caução;

As medidas assecuratórias não se confundem com as medidas previstas no art. 91-A, CP, mas guardam relação. Como tratado no trabalho, às medidas cautelares reais tem uma natureza de garantir os efeitos da sentença e a indenização da vitima. Em apertada síntese, pode-se dizer que são medidas preparatórias para os efeitos previstos no art. 91-A do CP, a perda e confisco de bens. Ou seja, a primeira busca garantir que a segunda se efetive ao final do processo.

Por fim, importante salientar que a inversão do ônus da prova, trazida no bojo do art. 91-A, é claramente incompatível com a presunção de inocência garantida constitucionalmente. O ônus de prova a ilicitude dos bens deve recair, por obvio, ao Estado e todo seu aparato organizado de persecução penal, e não ao individuo. Desse modo, o referido artigo está eivado de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo penal/Norberto Avena. – 12. ed., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal/Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito processual penal esquematizado / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Processo penal, parte geral / Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 21. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.