

REVALORIZAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL, EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA (AMPLA) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

THE ROLE OF THE VICTIM IN CRIMINAL PROCEDURE, EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE (WIDE) LEGITIMACY OF THE PUBLIC MINISTRY TO REQUEST ASSURANCE MEASURES

Gabriel Marson Junqueira¹

¹ Professor de Direito Processual Penal no Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

Rafael de Oliveira Costa²

² Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

RESUMO

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem hermenêutico-constitucional da temática das medidas assecuratórias no processo penal, propor uma revisão da legitimidade para a propositura do arresto e da hipoteca legal, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal. Trata-se, indubitavelmente, de tarefa hercúlea, à qual pretendemos conferir cientificidade pela realização de recorte epistemológico fundado no princípio da efetividade da tutela jurisdicional. A pesquisa faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que, à luz do novel art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e do art. 60, da Lei nº 11.343/06, a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal não pode ficar adstrita aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

Palavras-chave: Arresto; Hipoteca legal; Legitimidade do Ministério Público; Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

This study proposes the revision of the legitimacy for bringing seizure and legal mortgage suits as a mean for the revaluation of the victim in criminal proceedings. This is undoubtedly a herculean task, conducted scientifically through a framework founded on the principle of effectiveness. The research makes use of hypothetical-deductive reasoning, drawing on data of primary (judgments and statutes) and secondary (doctrine) nature, concluding that, in light of the article 387, IV, of the Criminal Procedure Code, and article 60 of the Law n. 11.343/06, the legitimacy of the prosecution to request seizure or legal mortgage can not be restricted to cases where there is an interest of the State or the victim is poor.

Keywords: Seizure; Legal mortgage; Prosecution legitimacy; Constitutional Hermeneutics.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do Papel da Vítima no Processo Penal. 3. Das Relações entre as instâncias Cível e Criminal. 4. Necessidade de pedido formal? 5. Em busca de uma nova exegese do artigo 142, do CPP: Efetividade da tutela jurisdicional e (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer o arresto e a hipoteca legal. 6. Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a complicada teia de relações que se estabelece entre as diversas figuras jurídicas dificulta a compreensão dos operadores do Direito.

Nessa celeuma, as medidas assecuratórias desempenham papel primordial na tutela dos interesses da vítima e um dos grandes desafios da contemporaneidade continua a ser a aplicação justa e adequada desse instituto.

Tradicionalmente, a jurisprudência vem entendendo que a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto e hipoteca legal se limita às hipóteses em que existe “interesse da Fazenda Pública ou se o ofendido for pobre”³.

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem crítica do tema, propor a revisão da legitimidade para a propositura do arresto e da hipoteca legal, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal. Trata-se, indubitavelmente, de tarefa hercúlea, à qual pretendemos conferir cientificidade pela realização de recorte epistemológico fundado no princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

A pesquisa faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que, à luz do novel art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e do art. 60, da Lei nº 11.343/06, a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal não pode ficar adstrita aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

Esse o nosso plano de estudos. Passemos à sua concretização.

2 DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

O papel da vítima no processo penal tem sido tradicionalmente dividido em três fases distintas⁴.

Na fase do protagonismo, a vítima tinha amplos poderes para exercer a vingança privada, podendo adotar todas as medidas cabíveis para a tutela de seus interesses (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

A segunda fase, chamada de “neutralização”, implicou no deslocamento do poder punitivo para o organismo estatal e teve seu ápice durante o absolutismo monárquico – visto que o Estado passou a ser o titular exclusivo do jus puniendi. Nessa fase, o ofendido passou a ocupar papel secundário ou de mera colaboração no processo penal (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

³ Por fugir ao escopo do presente trabalho, não serão tecidas considerações acerca da parte final do dispositivo legal, que autoriza o Ministério Público a postular a aplicação das cautelares de arresto e especialização de hipoteca se a vítima for pobre e o requerer. Basta lembrar que, com o advento da Constituição de 1988 e com a previsão da Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida precipuamente da defesa dos necessitados, a razão de ser da legitimação do “Parquet”, na hipótese, vai desaparecendo. Contudo, como tal instituição ainda não se faz presente em todos os lugares, o Supremo Tribunal Federal sustentou, no Recurso Extraordinário nº 147.776/SP (relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19 de maio de 1998), a “inconstitucionalidade progressiva” da cláusula final do art. 142, bem assim do art. 68, do Código de Processo Penal.

⁴ Para uma análise aprofundada do tema, conferir Fernandes (1995), e ainda, Gomes e Molina (2010) e, também, Oliveira (1999).

A segunda fase, chamada de “neutralização”, implicou no deslocamento do poder punitivo para o organismo estatal e teve seu ápice durante o absolutismo monárquico – visto que o Estado passou a ser o titular exclusivo do jus puniendi. Nessa fase, o ofendido passou a ocupar papel secundário ou de mera colaboração no processo penal (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

Por fim, a fase do “redescobrimento” busca a revalorização da vítima, deixando de lado o aspecto meramente punitivo da pretensão penal para abranger também um aspecto reparatório do dano causado ao ofendido, especialmente com o advento da Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima aprovada pela ONU em 29 de novembro de 1985; com a Lei n. 9.099/95 – possibilitando, em infrações de menor potencial, a extinção da punibilidade mediante a composição civil (art. 74, parágrafo único, Lei n. 9.099/95) –; e, finalmente, com a nova redação dada ao art. 387, IV, do Código de Processo Penal – que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

Diante desse novo cenário, as medidas assecuratórias, verdadeiras providências cautelares que objetivam assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, dentre as quais podemos citar a hipoteca legal, o sequestro, o arresto, a fiança e a busca e apreensão, passaram a assumir especial importância, tornando-se ferramentas indispensáveis à adequada tutela dos interesses do ofendido e, por via de consequência, estabelecendo nítido diálogo entre as instâncias cível e criminal.

3 DAS RELAÇÕES ENTRE AS INSTÂNCIAS CÍVEL E CRIMINAL

As responsabilidades penal, civil e administrativa, embora possam decorrer de situação fática única, implicam em sanções de naturezas distintas. Um mesmo fato pode configurar, a um só tempo, ilícito penal, ilícito administrativo e ilícito civil. Assim, praticado um crime, pode ocorrer que, além da infração penal a ser apurada, exista também um dano a ser reparado em prol da vítima.

Em linhas gerais, a responsabilidade penal será objeto de apuração no correspondente processo-crime, enquanto a civil será discutida na denominada ação civil *ex delicto*, “que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime” (PACCELLI, 2014, p. 183).

Em regra, a apuração pode ser feita, no âmbito civil e criminal, de modo concomitante, pois, no ordenamento pátrio, são limitadas as hipóteses de interferências de uma instância em outra (princípio da independência das instâncias). Para melhor compreensão, recorde-se que, segundo Araken de Assis (2000, p. 44):

[...] ressalvas e esperanças de rigidez simétrica de lado, se concebem quatro sistemas: o da separação, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da confusão, à semelhança do primitivo direito romano, quando ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da solidariedade, em que, separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e, por fim, o da livre escolha, cujo traço característico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal, de ambas as ações.

⁴ Para uma análise aprofundada do tema, conferir Fernandes (1995), e ainda, Gomes e Molina (2010) e, também, Oliveira (1999).

Tal separação, no sistema brasileiro, não é absoluta, pois a decisão prolatada no âmbito penal pode impactar no processo cível. Nesse sentido, dispõem os arts. 935, do Código Civil, e 65, do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 935 - A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 65 - 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.

No mesmo contexto insere-se o art. 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoriza a suspensão da ação cível, enquanto se aguarda a solução da lide penal. E ainda o teor do art. 315, do Código de Processo Civil, ao dispor que, “se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”, ressaltando o § 2º do mencionado diploma que, proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual incumbe ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

Embora a doutrina, por vezes, afirme que há interferências apenas da sentença penal na esfera cível, e não vice-versa⁵, não parece ser esse o melhor entendimento. É que, quanto às questões atinentes ao estado das pessoas, “excepcionalmente, defere-se à instância civil certo poder subordinante em relação à criminal, quando a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, séria e fundada, de questão dessa natureza” (PACCELLI, 2014, p. 187). Nessas situações, a ação penal deverá, obrigatoriamente, ser suspensa, até a solução definitiva da matéria na seara cível (art. 92, do Código de Processo Penal).

Ocorre que, com a edição da Lei 11.719 (BRASIL, 2008), o sistema brasileiro da independência das instâncias, que já não era absoluto, acabou sofrendo nova mitigação. Isso em razão, principalmente, da nova redação conferida ao inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal. Preceitua o dispositivo que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. De modo complementar, estabelece o parágrafo único do art. 63 que “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Contudo, a aplicação dessas novas regras tem suscitado polêmicas, especialmente no que concerne à legitimidade do Ministério Público para a tutela cautelar dos interesses dos ofendidos. É o que passaremos a analisar nos próximos itens deste ensaio.

4 NECESSIDADE DE PEDIDO FORMAL?

Um primeiro aspecto que merece atenção diz respeito à necessidade, ou não, de pedido formal para fixação de valor mínimo a título de reparação do dano, de modo a autorizar o juiz, em caso de condenação, a fazê-lo.

⁵ Nesse sentido, ver Borges de Mendonça, 2008, p. 238.

De início, parcela da doutrina sustentou a desnecessidade de pedido explícito para que, na sentença penal condenatória, pudesse o juiz fixar valor mínimo de indenização em favor da vítima. Nessa linha, lecionava Andrey Borges de Mendonça, ao argumento de que “não há violação ao princípio da inércia [...]. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado” (BORGES DE MENDONÇA, 2008, p. 240).

Contudo, a jurisprudência, de forma praticamente uníssona, veio a se posicionar em sentido diverso, entendendo pela violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em caso de fixação de valor mínimo a título de indenização sem pedido formalmente deduzido.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, a questão está sedimentada, como se pode verificar na ementa abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL [...] - REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS ART. 387, IV, DO CPP PEDIDO FORMAL DO OFENDIDO E POSSIBILIDADE DE DEFESA Necessidade: A inovação trazida pela Lei 11.719/08, visando à reparação civil na esfera criminal, para não causar ofensa ao princípio da ampla defesa, precisa observar os limites do pedido do ofendido permitindo, ainda, que o acusado se defenda e, sendo o caso, produza contraprova para apuração do prejuízo sofrido. Recurso parcialmente provido apenas para afastar da condenação a necessidade de ressarcimento. (SÃO PAULO, 2013)⁶.

Ressalte-se que, como argumento principal, os julgados têm sustentado que, sem pedido expresso, fica impossível ao acusado se contrapor à pretensão e, desse modo, influir na formação da convicção do julgador. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da 5ª e da 6ª Turmas, igualmente, tem jurisprudência remansosa sobre o tema. A título de exemplo, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO CONSUMADO. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E FORMAL. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No Processo Penal, não cabe ao Juízo fixar o valor mínimo da indenização decorrente da prática de delito, nos termos do art. 387, IV, do CPP, sem pedido expresso da parte no momento processual oportuno. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014a).

Destarte, a jurisprudência dominante tem atestado a necessidade de dedução de pedido formal de fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima como condição *sine qua non* para que o magistrado criminal possa acolher a pretensão na sentença, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa⁷.

⁶ Nessa mesma linha, têm-se julgados de outras Câmaras de Direito Criminal da Corte paulista. Veja-se: Apelação nº 0066421-43.2008.8.26.0114 (1ª Câmara Criminal Extraordinária), Apelação nº 0032704-13.2010.8.26.0068 (3ª Câmara Criminal), Apelação nº 3002354-90.2012.8.26.0271 (2ª Câmara Criminal Extraordinária), entre outros.

⁷ Vale lembrar que a formulação do pedido em sede de memorial não tem sido suficiente. Nesse sentido: “Fixação de indenização a título de reparação aos danos causados pela infração penal. Desacolhimento. Pedido formalizado apenas por ocasião das alegações finais. Inexistência de instrução específica a res-

Destarte, a jurisprudência dominante tem atestado a necessidade de dedução de pedido formal de fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima como condição *sine qua non* para que o magistrado criminal possa acolher a pretensão na sentença, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa⁷.

Essa conclusão, contudo, deve ser vislumbrada sob ótica diversa, atentando o julgador para o fato de que, atualmente, é possível verdadeira cumulação de demandas cível e criminal no bojo de uma única instância: o processo-crime.

Desse modo, o processo criminal hodierno não tem seu objeto limitado ao exercício da pretensão punitiva estatal, mas também desempenha primordial papel na seara cível (com a consequente revalorização do ofendido), razão pela qual toda a sistemática legal atrelada à reparação dos danos causados à vítima deve sofrer uma (re)leitura, especialmente no que concerne à legitimidade para a dedução do pedido previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e para os pleitos vinculados às medidas assecuratórias.

É o que passaremos a analisar nos próximos tópicos deste trabalho.

5 DA LEGITIMIDADE DO MP PARA DEDUÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO

Um segundo aspecto que merece análise, e que se situa na linha de desenvolvimento do precedente, consiste em saber quem possui legitimidade para a formulação do pedido de fixação de “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração”, de modo a viabilizar que o juiz criminal enfrente a questão.

Não é difícil imaginar uma primeira resposta, simplista, no sentido de que, por estarem em jogo questões meramente patrimoniais e disponíveis, apenas o ofendido poderia formalizar o pedido no processo-crime.

Entretanto, não parece ser essa a melhor solução. É que há evidente “interesse social de que todos os efeitos do crime sejam apagados, ou ao menos mitigados, especialmente o dano causado à vítima” (BORGES DE MENDONÇA, 2008, p. 241).

Deveras, como a infração penal pode repercutir em diversos âmbitos (civil, administrativo ou penal), a satisfação do interesse público decorre de um processo efetivo, capaz de equacionar, tanto quanto possível, os diferentes impactos produzidos pelo delito (princípio da efetividade da tutela jurisdicional). Como lembra Antônio Scarance Fernandes, “é generalizada

peito. Ausência de submissão da pretensão ao contraditório e a ampla defesa. Recurso provido em parte” (TJSP, 4ª Câmara Criminal, Apelação nº 0000890-18.2011.8.26.0045). Por outro lado, nada impede seja o pedido formulado de forma ilíquida. A respeito, confira-se o seguinte aresto: “RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE EMPREGO DE ARMA. ART. 157, §2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO. APREENSÃO E PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. ART. 387, INCISO IV, CPP. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. QUANTUM LÍQUIDO E CERTO. NÃO EXIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...]4 - Neste caso houve pedido expresso por parte do Ministério Público, na exordial acusatória, o que é suficiente [...]. 5 - Assim sendo, não há que se falar em iliquidez do pedido, pois o quantum há que ser avaliado e debatido ao longo do processo, não tendo o Parquet o dever de, na denúncia, apontar valor líquido e certo, o qual será devidamente fixado pelo Juiz sentenciante. [...]” (STJ, REsp 1265707/RS, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/05/2014). BRASIL, 2014b.

a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo criminal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos” (FERNANDES, 2012, p. 31). E o Ministério Público, titular da ação penal e defensor dos interesses sociais, não pode ficar alheio a essa realidade.

Observe-se que a matéria não diz apenas com questões patrimoniais, detentores de nítida natureza disponível. Há interesses sociais em jogo. Não por outras razões, os tribunais pátrios têm confirmado a legitimidade do Ministério Público para a dedução do pedido de fixação de indenização mínima, no âmbito penal, em favor do ofendido. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, por ocasião da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Recurso especial provido. (BRASIL, 2015).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (BRASIL, 2013).

Contudo, de nada adianta assegurar ao ofendido a reparação dos danos se não lhe forem disponibilizados meios para que, ao final, a indenização seja efetiva. Não por outro motivo as medidas assecuratórias, verdadeiras providências cautelares que objetivam assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, passaram a assumir especial importância, tornando-se ferramentas indispensáveis à adequada tutela dos interesses do ofendido.

6 EM BUSCA DE UMA NOVA EXEGESE DO ART. 142, DO CPP: EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E (AMPLA) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER O ARRESTO E A HIPOTECA LEGAL

Conforme ressaltado nos tópicos anteriores, a jurisprudência exige pedido expresso da parte para que seja possível a aplicação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conferindo legitimidade ao Ministério Público para deduzi-lo. Ocorre que, diante desse panorama, afigura-se imperiosa uma releitura do art. 142, do Código de Processo Penal. Vejamos o seu teor:

Art. 142. Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer.

No artigo 125 e seguintes, o Código de Processo Penal trata das denominadas medidas assecuratórias, isto é, das medidas cautelares de natureza patrimonial. Em linhas gerais, tem-se, de um lado, o sequestro, que pode incidir sobre móveis ou imóveis, desde que existam indícios da proveniência ilícita dos bens. Vale dizer, o objetivo da medida é alcançar os proventos da infração penal. De outro lado, estão o arresto e a hipoteca legal, cuja implementação independe de prova de origem ilícita dos bens móveis (no caso do arresto) ou imóveis (no caso de especialização da hipoteca). Essas duas últimas medidas assecuratórias têm como objetivo principal garantir a solvência do autor da infração penal, a fim de que a ação civil *ex delicto* seja efetiva, proporcionando, de fato, a reparação do dano suportado pelo ofendido.

Daí que, em se tratando – insiste-se – de medida deferida no interesse da vítima, o ofendido é detentor de legitimidade para requerê-la (art. 134, do Código de Processo Penal). A legitimidade do Ministério Público, nos termos do acima transcrito art. 142, existe apenas em havendo “interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer”⁸.

Ocorre que a exegese tradicionalmente conferida a este último dispositivo não se mostra adequada à realidade hodierna, em razão de a autorização hoje existente, no processo-crime, de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Ora, se ao Ministério Público é conferida legitimidade para a formulação do pedido principal, isto é, para requerer a fixação, na seara penal, de valor mínimo de reparação de danos decorrentes do delito em favor do ofendido, parece claro que ao mesmo Órgão se deva autorizar a postulação de medidas assecuratórias, acessórias, destinadas, tão somente, a resguardar a efetividade daquela tutela jurisdicional.

O caráter acessório das medidas cautelares recomenda, inclusive, tal solução. Se “quem pode o mais, pode o menos” (em latim: “*cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*”), ou, em outras palavras, quem dá os fins dá os meios, conforme a denominada “teoria dos poderes implícitos”, incabível rechaçar a legitimidade do Ministério Público para requerer, em sede de processo-crime, a fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima, devendo ser-lhe assegurada igual legitimidade para postular o arresto e a especialização de hipoteca, medidas cautelares sabidamente voltadas a garantir a solvabilidade do autor da infração penal e, assim, a efetividade de parcela do provimento jurisdicional.

Não bastasse, o art. 60, da Lei nº 11.343 (BRASIL, 2006) confere ampla legitimidade ao Ministério Público para requerer a apreensão ou a decretação de “outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes”, “na forma dos arts. 125 e seguintes do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”. Nesse sentido, a doutrina vem ensinando que:

As medidas previstas no artigo 60 podem ser decretadas em três hipóteses: a) de ofício pelo juiz; b) mediante requerimento do Ministério Público; e c) diante de uma representação formulada pela autoridade policial. (GOMES; SANCHES, 2010, p. 311).

¹ Vide nota nº 3.

Assim, incabível sustentar a legitimidade ministerial para requerer arresto e hipoteca judicial em sede de processo-crime em que se apura a prática de delito de tráfico e, de outro modo, afastá-la em relação aos demais delitos. Isso porque, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, ainda mais justificada a legitimidade do Ministério Público na hipótese da prática de crimes, por exemplo, contra o patrimônio, visto que o bem jurídico violado é exatamente aquele que se pretende ver reparado com o pleito indenizatório.

Ademais, se o positivismo pretendia, de alguma forma, buscar verdades inequívocas, subsumindo a norma ao caso concreto, na atualidade a compreensão é um fenômeno dotado de temporalidade: não ocorre desvinculada das circunstâncias do intérprete, mas sempre em virtude de uma condição historicamente situada (GADAMER, 1997).

Nesse contexto, qual deve ser o ponto de partida para a compreensão do sentido da norma contida no artigo 142, do Código de Processo Penal? Segundo entendemos, a compreensão da norma deve partir do bloco de constitucionalidade. Isso porque a Constituição – sem olvidar dos tratados aprovados em consonância com o artigo 5, § 3º, da Carta Magna, que compõem o bloco de constitucionalidade (ampliação da parametricidade constitucional) – é o ponto de partida para a definição de todos os demais preceitos jurídicos.

Assim, toda compreensão, interpretação e aplicação das normas – que, no dizer de Gadamer (1997), são momentos conexos – é simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação da Constituição. Assim, outra não pode ser a conclusão senão aquela que nos leva à unicidade do fenômeno interpretativo: o processo de compreensão, interpretação e aplicação de um preceito jurídico é unitário e, por este motivo, tem sempre como ponto de partida a Constituição. A Constituição serve de base para a compreensão de todo o Direito, determinando o sentido de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição. Do ângulo axiológico, buscar origem exógena para os princípios gerais do direito é colocar em risco valores universalmente consagrados na experiência jurídica do Direito ocidental, como da segurança ou certeza jurídica e outros. (MEGALE, 2002, p. 111).

Portanto, se toda concretização da norma é sempre uma concretização da Constituição, conclui-se que a Hermenêutica Jurídica Clássica só vem a lume após o exercício da Hermenêutica Constitucional, pois toda interpretação (ainda que indiretamente) é sempre uma interpretação da Constituição⁹.

A partir dessa premissa, resta claro que a hermenêutica adequada do texto processual penal é aquela que busca otimizar a aplicação do direito fundamental ao acesso à jurisdição. Dito de outra forma, não pode o julgador desconsiderar o fato de que o artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição, ao consagrar que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a todo indivíduo o acesso ao Judiciário e à tutela jurisdicional efetiva.

Ora, o mero acesso à jurisdição cível não implica, necessariamente, no esgotamento do conflito decorrente da prática do crime. Para a efetiva tutela jurisdicional não basta colocar à disposição do ofendido os meios para que chegue ao Judiciário, mas é necessário garantir uma solução útil e eficaz para o conflito decorrente da violação do bem jurídico-penal – o que inclui

⁹ Sobre a necessidade de concretização dos princípios, conferir Canaris (1996, p. 96).

a integral reparação dos danos e, conseqüentemente, a adoção pelo Estado de todas as medidas assecuratórias que visem a tutelar os interesses do ofendido.

Em flagrante violação aos postulados hermenêutico-constitucionais da força normativa e da máxima efetividade (COSTA, p. 122-141, 2014), a interpretação restritiva do dispositivo leva à persecução penal do agente, mas desconsidera a demanda cível que tramita nos mesmos autos. Limita, desse modo, a tutela da vítima, reduzindo a força normativa e a efetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Ao condicionar a legitimidade do Ministério Público, cria-se requisito não previsto pela Constituição, violando, por via de consequência, o disposto nos artigos 5.º, inciso XXXV, e 129, inciso I, da Carta Magna.

Com efeito, os mencionados dispositivos pretendem combater exatamente a insuficiência de se responsabilizar o autor do delito e desconsiderar os danos causados ao ofendido. A complexidade estrutural do processo cível dificulta a efetiva responsabilização do sujeito ativo do crime. Ao se compactuar com a interpretação tradicional, a pulverização da legitimidade gera também a responsabilização incompleta ou, até mesmo, ausência de responsabilização do criminoso, o que não se coaduna com o *telos* da Carta Magna.

Em síntese, a ausência de legitimidade ampla do Ministério Público implica em ausência de efetividade do processo-crime. A exegese adequada do artigo 142, do Código de Processo Penal, independentemente do método que seja adotado para realizá-la, não pode desconsiderar os preceitos constitucionais, sob pena de violação dos postulados da força normativa e máxima efetividade da Constituição e, por via de consequência, dilapidação da efetividade da própria norma fundamental.

Nesse cenário, repensar a legitimidade para os pedidos de arresto e hipoteca legal implica em um processo hermenêutico que seja apto a prover: 1) o respeito aos postulados da força normativa e máxima efetividade da Constituição e 2) a racionalidade no contexto de um constitucionalismo fundado na tutela do ofendido e da pessoa humana como centro de imputação da ordem jurídico-normativa (ANDRADE ARAÚJO, 2001).

Portanto, a ampla legitimidade conferida ao Ministério Público para ingressar com medidas assecuratórias vem ao encontro dos princípios constitucionais, assegurando a eficácia de futura decisão judicial e trazendo a vítima para o cerne do processo penal.

Assim, à luz do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal; do art. 60, da Lei nº 11.343/06; do artigo 129, inciso I, da Constituição; e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional merece revisão a lição doutrinária e a jurisprudência tradicional, fincadas em interpretação literal do art. 142, do Código de Processo Penal, segundo a qual a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal ficaria adstrita, basicamente, aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública¹⁰.

¹⁰ Na jurisprudência, colhem-se julgados, admitindo a legitimidade do Ministério Público, em casos de peculato ou de crime contra o sistema financeiro, v.g. Veja: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MEDIDA ASSECURATÓRIA. SEQÜESTRO PRÉVIO E POSTERIOR HIPOTECA LEGAL. PRESSUPOSTOS. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ORIGEM DOS BENS. MEAÇÃO. 1. Nos termos do artigo 142 do CPP, havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de sequestro/arresto provisório e posterior hipoteca legal, independentemente da exigência de qualquer medida anterior. 2. Para o deferimento da hipoteca legal exige-se prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria. 3.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência tradicionalmente vem admitindo a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto e hipoteca legal apenas nas hipóteses em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem crítica do tema, propor a revisão da legitimidade para a propositura das medidas assecuratórias, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal.

Segundo entendemos, toda compreensão, interpretação e aplicação de enunciados normativos – que, no dizer de Gadamer, são momentos conexos – é simultaneamente uma compreensão, interpretação e aplicação da Constituição. E isto porque a Carta Magna se encontra no ápice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade (e, por via de consequência, interpretação) para toda e qualquer diploma normativo vigente (GADAMER, 1997). Em outras palavras, “a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição.” (MEGALE, 2002, p. 111).

Em flagrante violação aos postulados hermenêutico-constitucionais da força normativa e da máxima efetividade (COSTA, p. 122-141, 2014), a interpretação restritiva do artigo 142, do Código de Processo Penal, leva à persecução penal do agente, mas desconsidera a demanda cível que tramita nos mesmos autos. Limita, desse modo, a tutela da vítima, reduzindo a força normativa e a efetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Ao se compactuar com a interpretação tradicional, a pulverização da legitimidade gera também responsabilização incompleta ou, até mesmo, ausência de responsabilização do autor do delito, o que não se coaduna com o telos da Carta Magna.

Ora, se ao Ministério Público é conferida legitimidade para a formulação do pedido principal, isto é, para requerer a fixação, na seara penal, de valor mínimo de reparação de danos decorrentes do delito em favor do ofendido, parece claro que ao mesmo Órgão se deva autorizar a postulação de medidas assecuratórias, acessórias, destinadas, tão somente, a resguardar a efetividade daquela tutela jurisdicional.

Em síntese, ainda que o Código de Processo Penal não tenha estabelecido adequadamente a legitimidade para a propositura de medidas assecuratórias, isso não pode implicar no esvaziamento dos artigos 5.º, inciso XXXV, e 129, inciso I, da Carta Magna. E objetivando impedir que efetividade do processo-crime, a adequada exegese da norma só pode ser aquela que ultrapassa a interpretação restritiva e confere ao dispositivo a máxima força normativa e efetividade.

Em suma, à luz do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal; do art. 60, da Lei nº 11.343/06; do artigo 129, inciso I, da Constituição; e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, merece revisão a lição doutrinária e a jurisprudência tradicional, fincadas em interpretação literal do art. 142, do Código de Processo Penal, segundo a qual a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal ficaria adstrita, basicamente, aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública.

Os bens cautelarmente sequestrados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime. 4. O arresto (sobre bens móveis) e a hipoteca legal (sobre imóveis) incidem sobre o patrimônio do réu, mesmo lícito e sem vinculação com o crime. 5. [...]” (BRASIL, 2011).

REFERÊNCIAS

ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. 2001. 456f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 2000.

BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal n. 814730620034047000/PR*. Sequestro prévio e posterior hipoteca legal. Pressupostos. Índícios suficiente de autoria e materialidade. Periculum in mora. Violação a princípios constitucionais. Inocorrência. Excesso não configurado. 17 fev. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=SEQ%C3%9CESTRO+PR%C3%89VIO+E+POSTERIOR+HIPOTECA+LEGAL>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo regimental no Recurso Especial n. 1428570/GO*. Agravo Regimental no Recurso Especial. Crimes contra a pessoa. Homicídio consumado. Reparação de danos. Art. 387, IV, do CPP. Fixação de ofício. Impossibilidade. Necessidade de pedido expresso e formal. Obediência ao princípio da ampla defesa. Agravo Regimental não provido. Relator: Min. Moura Ribeiro, 08 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;re:sp:2014-04-08;1428570-1345489>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1265707/RS*. Roubo. Divergência jurisprudencial. Julgado proferido em Habeas Corpus. Paradigma. Impossibilidade. Majorante emprego de arma. art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Dissídio jurisprudencial. Ausência de comprovação. Paradigma em Habeas Corpus. Vedação. Apreensão e perícia. Potencial lesivo. Constatação. Desnecessidade. Reparação de danos à vítima. Art. 387, inciso IV, CPP. Pedido expresso. Necessidade. Quantum líquido e certo. Não exigência. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de maio de 2014b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25117357/recurso-especial-resp-1265707-rs-2011-0155194-6-stj>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial 1193083/RS*. Recurso Especial. Penal e Processual Penal. Homicídios duplamente qualificados consumados e homi-

cídio duplamente qualificado tentado. Reparação pelos danos causados à vítima prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Norma de direito processual e material. Irretroatividade. Necessidade de pedido expresso. Submissão ao contraditório. Recurso Especial a que se nega provimento. Relatora: Min. Laurita Vaz, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;re-sp:2013-08-20;1193083-1291400>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial n. 1556926/RS*. Recurso Especial. Extorsão. Reparação de danos à vítima. art. 387, IV, do CPP. Pedido expresso. Necessidade. Recurso provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;re-sp:2015-12-17;1556926-1503937>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 44, p. 122-141, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Legislação criminal especial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: Interpretação das Leis e dos Contratos*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACCELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal n. 0008080-16.2009.8.26.0073*. Relator: Min. J. Martins, 27 de junho de 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2RN7JSH>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Artigo submetido em: 11-06-2019

Artigo aceito em: 31-07-2020

