

DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME *

PROF. E. D. MONIZ DE ARAGÃO
(Catedrático de Direito Judiciário Civil)

Sumário: — 1. Introdução. 2. Influência Recíproca das Jurisdições. 3. Breve Notícia Histórica. 4. Ressarcimento, Reparação, Indenização. 5. Sistemas. 6. A "Ação Civil". 7. Duas Sugestões: Conciliação e Execução Imediata da Sentença Contra Réu Foragido. 8. Motivação da Sentença Absolutória. 9. Medidas Cautelares. 10. Seqüestro. 11. Hipoteca Legal. 12. Arresto. 13. Substituição Processual. 14. Restituição. 15. Seqüestro nos Crimes Contra a Fazenda. 16. Conclusões.

1. O Anteprojeto de Código de Processo Penal — devido à sabedoria dêsse grande mestre paulista que é o Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES — no Livro VII, trata da reparação do dano causado pelo crime.

Divide-se o livro em quatro títulos, a saber: da ação civil, arts. 803 a 808, o primeiro; das medidas preventivas de reparação do dano, arts. 809 a 839, êste subdividido em quatro capítulos, que cuidam, do seqüestro (arts. 809 a 819), da hipoteca legal (arts. 820 a 827), do arresto (arts. 828 a 836). e de disposições gerais, pertinentes às medidas cautelares, (arts. 837 a 839), o segundo; da restituição arts. 840 a 848, o terceiro; e, por fim, do seqüestro nos crimes contra a Fazenda Pública, arts. 849 a 856, o último.

Sôbre êsse imenso assunto é que procurarei tecer algumas considerações neste ciclo de palestras a que compareço pela mão amável do meu prezado e eminente amigo, Professor FRANCISCO BUENO TÔRRES.

2. O tema de que o Anteprojeto trata nesse livro é parte do relevante problema da interdependência existente entre as diversas manifestações do poder jurisdicional, pois estas ultrapassam,

* (Conferência pronunciada a 6 de novembro de 1970 na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.)

de muito, a reparação do dano causado pelo crime. Há diversos outros casos em que a sentença proferida pelo juiz penal atua sobre relações de natureza civil (Cód. Civil, arts. 1.183 ou 1.595, *v.g.*), ⁽¹⁾ assim como vários em que sucede o inverso, isto é, sentença pronunciada em sede civil interfere no setor criminal (declaração da nulidade do casamento e delito de bigamia, por exemplo). O próprio Anteprojeto fornece argumento a este raciocínio, no título alusivo às chamadas questões prejudiciais (arts. 554 a 558), cuja solução vincula, dentro de certos limites, o juiz penal.

Mesmo sem tomar partido na disputa armada em torno da possível incompatibilidade entre disposições do Cód. Civil, de um lado, e do Cód. de Proc. Penal, de outro, ⁽²⁾ pode-se afirmar que não é absoluta a regra da autonomia das jurisdições, enunciada pelo art. 1.525 do primeiro, pôsto que elas se entrecruzam, de modo a não ser possível negar-lhes uma evidente interdependência.

A reparação do dano causado pelo crime, portanto, é um dos capítulos do complexo estudo da influência que causam e sofrem as jurisdições entre si, não esgotando toda a gama de efeitos que a sentença penal pode produzir em matéria civil, por via reta ou oblíqua.

3. Assim nos **Princípios** como nas **Instituições**, CHIOVENDA historia a unidade jurisdicional, vigente no Direito antigo, quanto aos efeitos penais e civis de um ato ilícito. Explica que a perseguição em juízo dos efeitos decorrentes do delito se fazia unicamente perante o magistrado penal, a quem cabia apreciar nem só a pretensão punitiva como a de ressarcimento do dano, pois ao ofendido cumpria pedir "num só libelo a pena e a reparação". ⁽³⁾ Esse modo de compreender o problema gerado pela infração assentava no raciocínio, ainda válido, de o delito, sendo um fato uno, lesar simultaneamente normas e interesses diversos, informado, ademais, pela preocupação de regulamentar o exercício da jurisdição e evitar recíprocas usurpações no desempenho, por juízes distintos, do direito de julgar. ⁽⁴⁾

Em sua **História de Portugal** — que até certo ponto é a nossa própria história — ALEXANDRE HERCULANO indica e examina múl-

-
1. Vide A. L. DA CÂMARA LEAL, que trata especificamente de tais casos. (*Dos Efeitos Cíveis do Julgamento Criminal*, São Paulo, 1930, ps. 225/286).
 2. Vide: AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 2.^a ed., Rio, 1950, II/422, e, retificando em parte opiniões expendidas: *Sobre a Influência Recíproca das Jurisdições* in *Revista Forense*, 146/18; BASILEU GARCIA, *Efeitos Cíveis da Sentença Penal*, in *Revista Forense*, 133/336 ou *Revista dos Tribunais*, 191/3, e autores por eles indicados.
 3. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed. brasileira, São Paulo, 1965, II/127. Vide, também, alguns dados históricos recordados pelo Des. FLORÊNCIO DE ABREU em conferência sobre o tema. (*Reparação do Dano*, in *Revista Forense*, 93/16.)
 4. *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4.^a ed., Nápoles, 1928, p. 327.

tiplos forais cujo teor confirma a doutrina e as conclusões de CHIOVENDA.

A par da unidade judiciária e procedimental no cível e no crime, ⁽⁵⁾ HERCULANO aponta, entre outros exemplos, o do foral que o Mestre do Templo, Frei ESTEVAM DE BELMONTE, outorgou aos moradores de Ega no ano de 1241, contendo regra segundo a qual "quem espancar ou matar o juiz no acto de exercer o seu ministério, pague mil soldos, metade para elle e metade para o commendador. Do mesmo modo, se espancarem ou matarem o almotacé no acto de distribuir justiça, paguem cem morabitinos ao comendador". ⁽⁶⁾ Ressalva contudo o escritor que, nem por existirem provisões tais, podia-se chegar à conclusão, por êle reputada errônea, de serem tôdas as sanções penais conversíveis em multa, ou evitáveis mediante pagamento em dinheiro. Casos havia em que a pena era necessariamente imposta, sem embargo da reparação. ⁽⁷⁾ Não se trata, portanto, de simples conversão de pena corporal em multa mas da existência paralela da pena, da reparação e de um tributo, que era denominado "calúnia", tudo em consequência da infração criminal.

Relata ainda o notável jurista e literato um interessante exemplo de preservação do exercício da jurisdição, por parte dos juizes que dela eram investidos, no instituto do **medianido**, empregado para solucionar pleitos, ao que parece criminaes, ⁽⁸⁾ envolvendo pessoas de lugares distintos, sujeitas, pois, a jurisdições independentes. "A juncta ou medianido (**juncta, medianidum**)", diz HERCULANO, "era a reunião dos magistrados de dous concelhos e dos seus assessores e officiaes nas extremas dos respectivos territorios quando limitrophes, e, segundo parece, quasi sempre nas daquelle a que pertencia o réu quando não estavam contiguos. Era ahi que, por uma ou por outra das fórmulas de juizo então usadas, se resolvia a contenda". ⁽⁹⁾

Aí se vêem os aspectos referidos por CHIOVENDA: procedimento perante um mesmo juiz, reparação civil de envolta com a sanção criminal, preocupação judicial de ressalvar a própria jurisdição, através de disciplina capaz de evitar intromissões ou usurpações.

4. O magistral processualista Prof. HÉLIO TORNAGHI acen-tua a diferença entre ressarcimento, reparação e indenização, à qual

5. *História de Portugal*, 9.^a ed., Lisboa, s/d., VIII/127.

6. *História de Portugal*, ob. cit., VII/136.

7. *História de Portugal*, ob. cit., VIII/170 e segs.

8. *História de Portugal*, ob. cit., VII/274.

9. *História de Portugal*, ob. cit., VII/269.

dedicou o art. 365 de seu Anteprojeto de Cód. do Proc. Penal, ⁽¹⁰⁾ isto porque, arrimado na doutrina alemã, que expõe em suas obras, ⁽¹¹⁾ são coisas distintas o **Shadenersatz**, a **Busse**, e o **Schmerzugeld**, aquêle como satisfação do dano patrimonial direto, essa como satisfação do dano patrimonial indireto, e êste como reparação do dano moral. JOSÉ DA SILVA COSTA também aludira à distinção entre reparação civil e indenização, buscando-a de autores franceses, para rematar, porém, que já não vigorava. ⁽¹²⁾

O Anteprojeto do Prof. FREDERICO MARQUES não formula distinções a respeito de modo que, sob o título reparação do dano, abrange as diversas situações.

5. Ao Prof. FREDERICO MARQUES ofereciam-se várias soluções, que poderia eleger, na escolha da fórmula para equacionar o problema da reparação do dano.

Realmente, aponta a doutrina variados sistemas ⁽¹³⁾ que podem ser adotados no particular, agrupando-os os tratadistas, fundamentalmente, em três, que seriam o da autonomia ou separação, o da interdependência ou da livre escolha, e o da solidariedade, ponderando HÉLIO TORNAGHI que "na verdade, tais sistemas podem reduzir-se a dois grandes esquemas, o da cumulação das duas ações em um só processo e o da separação". ⁽¹⁴⁾

O vigente Cód. de Proc. Penal não misturou a punição do delito com a reparação do dano, seguindo neste ponto a opinião exposta pelo Des. VERGÍLIO DE SÁ PEREIRA, de que "1.º, a reparação do dano é matéria de direito civil e, 2.º, a representação sofreria, se, no crime, a pleiteássemos", reproduzida literalmente na Exposição de Motivos subscrita pelo Min. FRANCISCO CAMPOS, razão esta que deu causa aos encômios do Prof. TORNAGHI. ⁽¹⁵⁾ O Anteprojeto atual manteve, confessadamente, a orientação do Código, que alterou em outros setôres, como o da "restituição" e o do "arbitramento do dano causado à vítima".

Quanto ao sistema seguido, portanto, não há novidade a salientar, de sorte que manifesto apenas minha plena adesão ao critério escolhido pelo projetista, de conservar o **status quo**.

10. "Para os efeitos desta lei, considera-se ressarcimento o pagamento dos danos patrimoniais resultantes do crime; reparação, a compensação em dinheiro do dano moral decorrente do crime; indenização, a compensação em dinheiro de dano decorrente de ato lícito".

11. **Comentários ao Código de Processo Penal**, ed. da Revista Forense, Rio, 1956, v. I, t. 2, p. 127 e segs.; **Instituições de Processo Penal**, Rio, 1959, III/428.

12. **Estudo Teórico e Prático Sobre a Satisfação do Dano Causado Pelo Delito**, Rio, 1866, p. 20

13. Vide VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, **Crime — Dano — Reparação**, São Paulo, 1934, p. 19; TORNAGHI, **Comentários**, ob. cit., I/2-107, **Instituições**, ob. cit., III/432, e autores por êles indicados.

14. **Comentários**, ob. cit., I/2-107; **Instituições**, III/433.

15. **Comentários**, I/2-108; **Instituições**, III/433.

O Anteprojeto não reproduz o art. 64 do Cód. Penal, que permite a propositura da ação cível independente da criminal, facultando ao juiz daquela sobrestar-lhe o andamento se ajuizada esta, e até que decidida. Comentando-o, TORNAGHI vê nesse dispositivo o comprovante de que o Código "adotou o sistema da independência".⁽¹⁶⁾

Suprimida a regra, ter-se-ia, **contrario sensu**, que o Anteprojeto abandona o sistema, filiando-se a outro, portanto. Mas o egrégio Prof. FREDERICO MARQUES informou-me, verbalmente, que tudo não passa de omissão e que já emendou o Anteprojeto para incluir, **ipsis litteris**, o texto do art. 64 do Código atual.

6. Sob o título "Ação Civil", o Anteprojeto transcreve, quase literalmente, o disposto no Código a êsse mesmo respeito — embora, como visto acima, haja sido omitido o art. 64. Nota-se, contudo, alguma diferença, resultante de alterações de pequena monta.

Diversamente do art. 63 do Código, o Anteprojeto (art. 803, **caput**), substitui o vocábulo **ofendido** por **lesado**. Nenhuma consequência deriva dessa mudança, pois, no § 2.º, o substantivo **ofendido** está presente, equivalendo a **lesado**.

A mais do que o teor do art. 65 do Código, o Anteprojeto expressa, vantajosamente a meu ver, que o reconhecimento de excluídas penais — o que faz coisa julgada no cível — terá seus efeitos, no juízo civil, subordinados ao que dispuser a propósito a legislação de Direito Privado (art. 807).

Aos casos enumerados no art. 67 do Código, o Anteprojeto acrescenta o da rejeição da queixa ou denúncia por inépcia ou falta de justa causa entre as situações que não obstam a propositura da ação civil (art. 808, II). Como a enunciação me parece explicativa e não taxativa, assim no Código como no Anteprojeto, creio que a alteração prescinde de comentários.

Inovação digna de análise, porém, é a que se lê nos dois parágrafos do art. 804 e no art. 805, nos quais o Anteprojeto regula, com pormenores, a execução da sentença penal a fim de ser estimada e paga a indenização que fôr devida.

Para êsse fim o interessado extrairá, no juízo penal, carta de sentença e dará início à execução apresentando requerimento no qual já formulará os quesitos para o arbitramento do dano. Se o juiz penal tiver, também, competência civil, a execução correrá nos próprios autos da ação penal, dispensada a carta de sentença.

16. Comentários, I/2—137.

A liquidação da sentença far-se-á em procedimento expedito, para o qual serão citados, a fim de apresentarem alegações (inclusive seus quesitos), sobre o pedido do exeqüente, o réu-condenado e o responsável civil, permitida a este a apresentação de defesa que possa eximí-lo de responder civilmente. Esta franquia é acertada, pois o civilmente responsável nem sempre participa do processo criminal, o que não sucede, é óbvio, com o réu-condenado.

No arbitramento, funcionará perito único, da confiança e escolha do juiz no ato de despachar a petição inicial da liquidação, podendo as partes indicar assistentes técnicos. Depois de apresentado o laudo, para o que disporá o perito de dez dias após a prestação do compromisso, terá lugar a audiência de instrução e julgamento, incluída pelo Anteprojeto entre as **sumárias**, que estão disciplinadas nos arts. 559 a 561, e na qual serão ouvidos o perito, as partes e testemunhas. As partes tanto poderão debater a causa oralmente como pleitear, em lugar da discussão verbal, a entrega de memoriais no prazo de cinco dias, "reservado igual prazo para o juiz proferir a decisão" (art. 560, II), de que caberá agravo de instrumento, sem efeito suspensivo.

Após a sentença o exeqüente requererá a intimação dos executados para efetuarem o pagamento em vinte e quatro horas, pena de penhora, seguindo-se, daí por diante, o que prescrever o Cód. de Proc. Civil.

7. Duas observações podem ser feitas a propósito da regulamentação que o Anteprojeto traçou para liquidar a sentença.

A primeira diz respeito à conciliação. O Anteprojeto procurou dar um rito breve à liquidação da sentença, assim protegendo interesses do ofendido: por que, então, não incluir uma tentativa de conciliação, através da qual o resultado poderia ser atingido ainda mais celeremente?

Basta dispor que o juiz, recebida a petição inicial, além do que impõe o art. 804, I, marcará dia e hora para ouvir os interessados, correndo o prazo de defesa da data desta audiência, em caso de não ser obtida a composição ou de não comparecerem os executados; absolvendo a estes da instância se não comparecer o exeqüente.

A conciliação, sobre ser perfeitamente compatível com a reparação patrimonial, pode ser fator de desafogamento dos juízos.

A segunda respeita ao problema do título — pressuposto de toda execução. Segundo o art. 803, **caput**, que reflete a melhor doutrina, é o trânsito em julgado da sentença condenatória que autori-

za a execução. Acontece, porém, que o Anteprojeto protela a passagem da sentença em julgado, assim aumentando oportunidades para o réu. Com isso, em natural contrapartida, obstaculiza o início da execução.

De fato, o art. 595, par. único, dispõe que o prazo para apelar será contado da intimação pessoal do réu, "quando se tratar de sentença condenatória", e os arts. 768 a 774 regulam uma forma **sui generis** de revisão criminal prévia, denominada "Ação Penal Revocatória", cujo papel é propiciar ao foragido insurgir-se contra a sentença condenatória que ainda não passou em julgado, sem perder, no futuro, o direito de, recolhendo-se à prisão, apelar, o que só é possível porque a decisão não passa em julgado enquanto não ocorrer a intimação pessoal do réu.

Destarte, durante êsse tempo, o lesado ficará tolhido em seu direito de pleitear, executando a sentença, a reparação do dano. Dir-se-ia que pode exercitar, independentemente, a ação civil, prevista no art. 64 do Cód. de Proc. Penal e que será incluída, como visto, no projeto em análise. Mas isto, dado o rito do processo e a repetição do debate em torno da responsabilidade, implica em agravar a situação do ofendido, já alcançado pelo delito, em favor do delinqüente, cuja presunção de inocente até final condenação não deverá aumentar o sacrifício impôsto à vítima.

A sugestão para resolver êste aspecto do problema talvez possa ser encontrada no Código Criminal do Império, que, a despeito de adotar o princípio da confusão das duas ações, ⁽¹⁷⁾ previa a hipótese de o réu estar ausente (vale dizer foragido), caso em que seria facultado, desde logo, o ajuizamento da ação civil. ⁽¹⁸⁾

Outro tanto poderá tentar-se agora. O Anteprojeto, por sinal, encoraja tal idéia, pois, determinando que a sentença só transita em julgado depois da exaustão das vias recursais, ordinárias ou extraordinárias, (art. 436), esclarece que o cumprimento da sentença sujeita a recurso extraordinário dar-se-á como se passara em julgado (art. 443). Vale dizer: o recurso extraordinário não terá efeito suspensivo a respeito da prisão do condenado (art. 445, I).

Se o Anteprojeto procura proteger, ao mesmo tempo, os interesses da sociedade e do condenado, por que deixar de fora os do ofendido? Caso seria, portanto, de alongar um pouco mais a ressalva e

(17) TORNAGHI, *Comentários*, 1/2-113; *Instituições*, III/439.

18. Cód. Crim. do Império: art. 31: A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinqüente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Excetua-se: § 1.º O caso de ausência do delinqüente, em que se poderá demandar e haver a satisfação por meio da ação civil. ...

nela incluir o lesado. Para isso bastará dispor que, se o réu estiver foragido, poderá ter início a execução da sentença, ainda não passada em julgado, resguardando-se-lhe ação de repetição do indébito no caso de vir a ser absolvido em apelação, ou recurso extraordinário.

A solução nada tem de estranha, como se viu, porque enraizada em velho diploma penal, nem de ilógica, porquanto o condenado, contra quem se moveu, com êxito, a execução da sentença a fim de obter a reparação do dano, poderá vir a obter a absolvição em revisão criminal, após indenizado um dano por que, na verdade, não era responsável. Assim como, neste exemplo, pode dar-se a hipótese de indenização seguida de absolvição, também no outro, da sugestão ora feita, pode ocorrer o mesmo. Será um ônus a recair sobre o réu que, em vez de cooperar com a administração da justiça, prefere a fuga. Esta última opção não deverá ser causa de agravamento da situação da vítima, além do que já resulta do próprio delito.

Outra solução para o mesmo problema, encarado por ângulo diverso, será permitir que o condenado recorra em liberdade — rumo seguido pelo Prof. TORNAGHI em seu projeto. Assim se evita a dificuldade apontada e se torna desnecessária a ação penal revocatória. Talvez seja a fórmula preferível. (19).

8. Conquanto não se inscreva entre os temas que compõem o livro da reparação do dano, um há que a meu ver merece destaque neste momento: o da fundamentação da sentença que absolve o réu.

Sem necessidade de trazer ao debate a imensa controvérsia a respeito de saber até que ponto os motivos da decisão podem ou devem integrar a coisa julgada, certo é que o art. 386 do atual Código presta serviços relevantes no que tange à reparação do dano, pois impõe ao magistrado mencionar a causa da absolvição e isto facilita, sobremaneira, estabelecer os limites exatos da responsabilidade civil. Neste assunto divirjo, respeitosamente, do eminente Prof. FREDERICO MARQUES, a quem o artigo se afigura "inútil e absolutamente desnecessário, pressupondo até que o juiz não saiba quando deva absolver o acusado", conforme leciona na Exposição de Motivos (n.º 25).

Se a regra fôr abolida, como resultará do art. 420, **caput**, do Anteprojeto, continuar-se-á a pesquisar na sentença as razões do veredicto, para estabelecer as extremas da responsabilidade civil, mas sem a mesma segurança que o texto atual proporciona. Penso que

19. Aplaudi a solução adotada pelo Prof. TORNAGHI. (Vide: **Estudos Sobre a Reforma Processual**, Curitiba, 1969, p. 124.)

não se dará um passo avante com tal supressão, a qual deverá ocasionar disputas e dificuldades de interpretação da sentença penal absolutória à hora de promover a responsabilidade civil.

9. Sob a epígrafe "das medidas preventivas de reparação do dano", cuida o Anteprojeto de providências cautelares, as quais são hábeis e fadadas a tornar possível e efetiva a reparação do dano causado pelo delito.

Note-se que estas medidas têm natureza apenas civil, não se confundindo, portanto, com outras — também previstas pelo Anteprojeto — que têm caráter penal e se encontram no Título IV, instituídas "para assegurar a atuação da justiça penal" (arts. 476 a 553).

O processo visa a permitir que o interessado obtenha a prestação jurisdicional do Estado, servindo as ações cautelares — qual tutela da tutela — para assegurar a outorga dessa prestação, de modo a que não se revele vazia de conteúdo ou de significado práticos, à falta de ter sido conservado o **status quo**, por exemplo. Como a prestação jurisdicional no que tange à reparação do dano tem sentido patrimonial, nesse mesmo rumo se orientam as medidas que servem a acautelá-la.

Entre tais medidas, o Anteprojeto inclui o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal. Se os dois primeiros mantêm paralelismo, a última apresenta determinadas particularidades. Sendo, embora, medida cautelar pela função e efeitos, (20) a hipoteca legal difere do arresto e do seqüestro quanto à decisão, (21) a qual nesses dois é indispensável à sua existência como outorga da prestação jurisdicional cautelar. Daí CALAMANDREI haver escrito que ela mais se aproxima dos efeitos que a lei faz derivar da sentença, como há certos casos em que os efeitos derivam da própria sentença, do que das ações cautelares propriamente consideradas. Mas é, indubitavelmente, providência acautelatória e está bem situada no lugar em que a coloca o Anteprojeto.

Feitas estas breves considerações, cumpre observar o texto do Anteprojeto a respeito das medidas cautelares em si.

10. A propósito do seqüestro, pouco há para ser dito.

O Anteprojeto altera em mínima parte, por exemplo, o que

20. "La funzione cautelare di questa ipoteca cosiddetta giudiziale non può esser materia di discussione, tanto essa è evidente", diz CALAMANDREI (Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari, Cedam, Pádua, 1936, p. 129).

21. "Non si può dunque considerare in questo caso la costituzione del diritto di ipoteca come effetto di un provvedimento del giudice, a cui corrisponda, a parte actoris, un'apposita azione cautelare volta alla concessione di tale garanzia" (CALAMANDREI, ob. cit., p. 130).

diz o Código sobre a extensão do seqüestro (art. 809), permitindo-o em relação a todos os bens e não apenas aos imóveis, como faz o art. 125 do Cód. de Proc. Penal. Igual fôra a atitude do Prof. HÉLIO TORNAGHI em seu Anteprojeto (art. 415).

Mais relevante é a modificação que se nota no art. 810, consistente em exigir "fundada suspeita" para a decretação do seqüestro, ao invés dos "indícios veementes" de que fala o Código. FREDERICO MARQUES seguiu, também neste ponto, a regra projetada por TORNAGHI (art. 416).

Duas correntes podem ser isoladas na interpretação do Cód. de Proc. Penal quanto a êsses indícios veementes.

Uma, em que se inscreve a opinião de CÂMARA LEAL, aproxima-os demasiado da certeza, ensinando que o cabimento do seqüestro só tem lugar se os indícios forem tais que excluam toda e qualquer dúvida plausível: "se houver alguma outra hipótese também provável, não afastada pelos indícios, êstes deixam de ser veementes e não autorizam o seqüestro". (22)

Outra, mais próxima da realidade, é a dos que amenizam o rigor da lei, como faz TORNAGHI, para quem êsses indícios veementes "são os que levam a grave suspeita, os que eloqüentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza." (23)

Em matéria de ação cautelar, o Cód. de Proc. Civil é muito mais coerente com a boa doutrina, pondo como exigência "fundados receios" (dos quais também fala o Anteprojeto BUZAID — art. 847), ou "provável ocorrência", requisitos evidentemente menos rigorosos. (Cód. de Proc. Civil, art. 675, I e II.)

Criticando o Cód. de Proc. Penal, TORNAGHI apontara como exemplo a seguir o do legislador italiano de 1930, que inseriu no Cód. de Proc. Penal a exigência de "**sufficienti prove**" (art. 374) — o que já vinha do Código anterior — conquanto o dispositivo indicado não se refira ao seqüestro, ou a medida cautelar. Nosso Cód. de Proc. Penal também fala em **indícios suficientes** (arts. 134, 311 e 409), com o que se teria ser a lei mais benévola com a hipoteca legal, a prisão preventiva, ou a pronúncia, do que para com o seqüestro dos bens obtidos com o produto do crime.

O Anteprojeto fala em "fundada suspeita da proveniência ilícita dos bens", regra muito mais adequada ao **fumus boni iuris** que se

22. Comentários ao Código de Processo Penal, Rio, 1942, 1/365.

23. Comentários, ob cit., 1/2-351.

quer presente para as ações cautelares, e corrige assim a distorção notada no atual Código.

Duas outras pequenas alterações podem ser indicadas: a) — pautando-se pelo exemplo da lei vigente, o art. 815, IV, porém, exclui a extinção da punibilidade, prevista no art. 131, III, do Código, de entre as causas que autorizam o levantamento do seqüestro, e o projetista deve ter agido em consonância com o princípio da reparação do dano causado pelo crime, que não fica excluído por tal motivo; b) — o art. 817, II, alarga o cabimento dos embargos de terceiro, admitindo-os por parte de quem, de boa fé, haja recebido os bens, sem restringir, como o Código (art. 130, II), aos casos de transferência a título oneroso.

11. Menos ainda do que sobre o seqüestro, é o que pode ser dito da hipoteca legal (arts. 820 a 827). O Prof. FREDERICO MARQUES, neste passo, reproduz quase **ipsis litteris** o que escrevera o Prof. HÉLIO TORNAGHI em seu Anteprojeto (arts. 426 a 433).

Os dois autores, por sua vez, seguem o texto do Código, com as alterações, mínimas, que estava a exigir, tendo, contudo, o mérito de ordená-lo adequadamente. Desta sorte a apresentação da matéria melhorou muito em relação ao que figura na lei atual.

12. Outro tanto cabe falar a respeito do arresto, pois também neste ponto JOSÉ FREDERICO MARQUES (arts. 828 a 836), reedita com insignificante modificação o que dissera TORNAGHI (arts. 434 a 440), e ambos acompanham o Código.

Há porém, duas particularidades a sublinhar.

A primeira, respeita a que os projetos são muito melhores do que o Código, em termos de técnica processual, chamando arresto ao que era dito seqüestro e desvinculando, em capítulo a parte, o que estava misturado com a hipoteca legal. Aliás o Código versa em um único capítulo tôdas as medidas cautelares, ou "assecuratórias", como prefere dizer.

A segunda, consiste em uma peculiaridade — o arresto exerce função cautelar em face de outra medida também cautelar. Tem-se, então, uma dupla cautelaridade: a hipoteca legal, servindo a garantir ao lesado que os danos sofridos serão reparados, e o arresto, a garantir que a garantia representada pela hipoteca legal não sofrerá os males que adviriam da demora no procedimento necessário a sua inscrição e especialização.

Talvez fôsse mais simples e útil reduzir tudo ao seqüestro, per-

mitindo-lhe a decretação liminar em casos de urgência. Objetar-se-ia que o seqüestro visa a resguardar o bem sôbre o qual recai o litígio, e, no caso, não há litígio sôbre o bem, cifrando-se o litígio, muitas vêzes, ao dinheiro obtido criminosamente e com o qual foi adquirido o bem. Mas o seqüestro visa também a preservar a coisa em si e sob êsse aspecto se justificaria. Aplacar-se-iam disputas, por outro lado, limitando tudo ao arresto, também decretável *in limine*, e lhe dando regulamentação adequada a tais e novas finalidades.

A jurisprudência contém casos tão poucos da aplicação dessas medidas cautelares que se chega a pensar que a ausência resulta de lhes faltar flexibilidade, pôsto que a criminalidade está bem longe de haver diminuído.

13. Em disposição geral e final sôbre as medidas cautelares, o Anteprojeto (art. 837), atribui legitimidade ao Ministério Público para postular as providências cautelares em nome do ofendido pobre, como faz o Código no art. 142. Acrescenta, contudo, ser um caso de substituição processual.

Não me parece que assim seja.

ROSENBERG, ⁽²⁴⁾ CALAMANDREI, ⁽²⁵⁾ e LIEBMAN, ⁽²⁶⁾ entre outros, refutam essa caracterização, dizendo que o Ministério Público atua em razão do ofício, não ocorrendo, portanto, substituição processual. Melhor fôra suprimir a explicação, desnecessariamente incluída no texto projetado, pois o silêncio trará proveito. Deve ficar para a Doutrina e a Jurisprudência, no caso, analisar o papel do Ministério Público — se representante em razão do ofício ou substituto processual.

14. A restituição, de que cuida o Anteprojeto nos arts. 840 a 848, está melhor traçada do que no Cód. de Proc. Penal, como, aliás, anuncia a Exposição de Motivos.

Esclarece o art. 840 que ela terá lugar “nos crimes contra o patrimônio e sempre que houver espoliação”, tendo por finalidade o ressarcimento do dano, o que será alcançado pela restituição da “coisa ao ofendido, mais o valor de suas deteriorações”, podendo dar-se o caso de reposição de seu valor em dinheiro, se tiver perecido ou não fôr encontrada. Não será óbice o fato de estar em poder de terceiro, mas êste terá direito a haver indenização do autor do delito.

24. *Derecho Procesal Civil*, trad. de ANGELA ROMERA VERA, Buenos Aires, 1955, I/214-217.

25. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Pádua, 1943, I/124. A opinião de CALAMANDREI é seguida por J. RAMIRO PODETTI, *Tratado de la Tercería*, Buenos Aires, 1949, p. 457 e segs.

26. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Giuffrè, Milão, 1955, I/45. Diz LIEBMAN haver uma “substituição oficiosa”, peculiar ao Ministério Público, cuja legitimação, embora extraordinária ou anômala, não coincidir com a do substituto processual propriamente dito. Volta ao assunto à p. 177.

Conviria explicar, a fim de não haver margem para explorações, que a devolução da coisa e indenização pela deterioração sofrida não exclui, nem poderia excluir, a composição de perdas e danos.

O pedido poderá ser feito ao delegado, na fase do inquérito, ou ao juiz, na fase processual, desde que o interessado, seja o ofendido (art. 842), terceiro de boa-fé (art. 843), ou o proprietário, que não haja sido vítima do delito (art. 846), prove seu direito, para o que poderá formar-se um procedimento que culmina com a realização de audiência sumária. Quando não mais interessarem ao processo, as coisas apreendidas poderão ser devolvidas desde logo, sem necessidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença, exigência formulada pelo Código, em dispositivo (art. 118) que mereceu crítica certa de HÉLIO TORNAGHI. (27)

Prevê o Anteprojeto medidas preventivas, de natureza tipicamente cautelar, que visam a assegurar a restituição: a) busca e apreensão, cabível para ser obtida coisa não-apreendida (art. 844); b) seqüestro, que será empregado em caso de dúvida relevante sobre o direito da pessoa que reclama a coisa em face do terceiro de boa-fé em cujo poder fôra encontrada (art. 845, **caput**); c) leilão, se se tratar de coisa facilmente deteriorável (art. 845, § 1.º).

Mesmo que o caso exija solução na via civil, poderá ser alcançada nos próprios autos da ação penal se o juiz desta tiver, também, competência no cível.

Diversamente do Código (art. 123), e do Projeto TORNAGHI (art. 414), o Anteprojeto não cogita do fim a ser dado às coisas apreendidas, se os proprietários não as reclamarem. Seria conveniente uma disposição a tal respeito. O Cód. de Proc. Penal Militar dispõe no mesmo sentido do Cód. de Proc. Penal atual (D. L. n.º 1.002, de 21.10.1969, art. 196). Silencia, também, o Anteprojeto a respeito do destino das coisas que não podem ser devolvidas, sobre as quais tanto o Código (art. 124), como Projeto TORNAGHI (art. 413), falam a mesma coisa, ocorrendo outro tanto com o Cód. de Proc. Pen. Militar. Também conviria uma regra a propósito, pois o preceito do Cód. Penal é o mesmo, antes como agora (D. L. n.º 1.004, de 21.10.1969, art. 91, II).

15. O derradeiro título do livro que trata da reparação do dano abrange o "seqüestro nos crimes contra a Fazenda Pública" e está visivelmente decalcado no Decreto-Lei n.º 3.240, de 8 de maio de 1941, que cuida do mesmo assunto.

27. Comentários, ob. cit., I/2-324, 325.

O Anteprojeto, neste ponto, deixa um pouco a desejar, apresentando pequenas falhas que ainda podem ser retocadas. Há dois tipos de senão, ao que me parece: um relativo à redação propriamente dita, outro relativo à maneira de dispor as matérias.

Quanto ao primeiro, alguns artigos reúnem disposições que poderiam estar separadas. No D. L. n.º 3.240, por exemplo, os arts. 1.º e 2.º provêm sobre o conteúdo do art. 849, **caput**, do Anteprojeto; o art. 851 dêste engloba o texto dos arts. 3.º e 6.º do Decreto-Lei.

Nada de mais haveria se a concentração contribuísse para aprimorar o texto. Mas parece ter vindo em seu detrimento, nem só quanto à beleza estética, que as leis devem perseguir, como da própria clareza. A divisão em incisos e parágrafos é solução que muitas vezes se impõe ao redator da lei como forma de torná-la perfeitamente clara e estreme de dúvidas.

Quanto ao outro, podem ser indicados alguns exemplos, a saber:

a) dispõe o art. 849 sobre o prazo para a contestação do seqüestro (§ 1.º), e os bens que lhe ficam sujeitos (§ 2.º), mas o art. 851, **caput**, é que vai apontar os requisitos para sua decretação, os quais devem estar indicados na petição inicial, por constituírem fundamentação do pedido;

b) trata o art. 854 do despacho saneador e do arbitramento dos danos causados à Fazenda, ao passo que o art. 851, § 1.º, já falara do recurso contra a sentença, concessiva ou denegatória da medida. Não refere o Anteprojeto, porém, a audiência de instrução e julgamento, ato indispensável uma vez que há defesa e provas a serem apreciadas pelo juiz. Tudo indica que a audiência deverá ser a mesma adotada para outros procedimentos cautelares também disciplinados neste livro do Anteprojeto: audiência sumária;

c) enquanto o art. 853 regula o levantamento definitivo do seqüestro e suas consequências, somente o artigo seguinte cuida do saneamento do feito e do arbitramento dos danos. Também antes de falar na decisão, já o Anteprojeto prevê a conversão do seqüestro em hipoteca legal (art. 850);

d) última regra de procedimento, incluída como parágrafo do artigo referente à adjudicação dos bens seqüestrados à Fazenda Pública nos próprios autos do seqüestro em virtude do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, encontra-se o preceito que permite a execução no cível da sentença que, no juízo penal, concede o seqüestro (art. 855).

Como se nota, conviria submeter a redação a um reexame. Em boa ordem ficariam as coisas se o procedimento fôsse disciplinado consoante o método comum a tôda lei de processo, dispostas as fases na seqüência que lhes é própria: postulação e saneamento, instrução e decisão, para só então entrar o cumprimento da sentença proferida, seja a do próprio seqüestro, seja a condenatória proferida na ação penal.

16. Feita a apreciação, item por item, ponto por ponto, dos aspectos que se me afiguraram relevantes no livro da reparação do dano causado pelo crime, cumpre expender um juízo de valor, neste particular, sôbre o Anteprojeto escrito pelo Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES.

O julgamento é favorável.

Como se procurou destacar, o ilustre mestre manteve em magna parte as disposições do Código de Processo Penal, o que é salutar, pois aproveita a larga experiência sedimentada por juristas e tribunais ao longo de quase trinta anos de sua aplicação cotidiana.

A solução para o problema da interferência das jurisdições é tradicional entre nós, remontando à Lei n.º 261, de 3 de setembro de 1841. Durante o breve lapso em que vigeu, a regra oposta, prevista no art. 31 do Código Criminal do Império, provou mal, segundo o depoimento dos tratadistas. ⁽²⁸⁾

O sistema italiano da parte civil, por sua vez, também tem merecido apreciações desfavoráveis, valendo recordar as que estão expostas nos anais do 3.º Encontro da Associação Italiana dos Estudios de Processo Civil, realizado em 1960, sobrelevando a severa crítica de CARNELUTTI. ⁽²⁹⁾ Tirante os efeitos da sentença absolutória em certos casos, nosso regime não enseja as conseqüências que foram reputadas daninhas na regra italiana da parte civil. E mesmo essas, próprias da sentença absolutória, não merecem a oposição que se ergue contra as da parte civil.

Talvez se pudesse simplificar as medidas cautelares previstas para assegurar a reparação do dano, atribuindo-lhes nova feição, como referi no momento próprio.

Feitos pequenos retoques aqui e acolá, em crítica manifesta e positivamente construtiva, o Anteprojeto, como dito acima, merece um julgamento favorável.

28. PIMENTA BUENO, *Apontamentos Sôbre o Processo Criminal Brasileiro*, 4.ª ed., Lisboa, 1910, p. 390, 391.

29. *L'Efficacia del Giudicato Penale nel Processo Civile*, Giuffrè, Milão, 1960, p. 96. (A apresentação do tema estêve a cargo de LIEBMAN, p. 11/24, e GIONFRIDA, p. 25/76. CARNELUTTI interveio mais de uma vez, estando na página indicada a que interessa.)