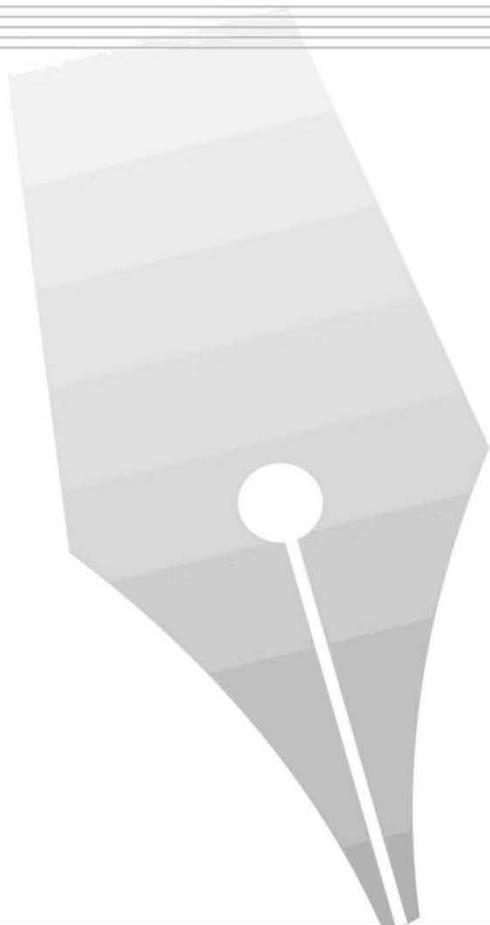


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**COMO COMBATER A CORRUPÇÃO?
uma avaliação de impacto legislativo
de propostas em discussão no
Congresso Nacional**

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira
Ernesto Freitas Azambuja
Frederico Retes Lima
João Trindade Cavalcante Filho
Fernando B. Meneguim

Textos para Discussão

179

Julho/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, J. M. F. *et al.* **Como Combater a Corrupção?** uma avaliação de impacto legislativo de proposta em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2015 (Texto para Discussão nº 179). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 16 de julho de 2015.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO.....	5
II – CORRUPÇÃO: BREVE RESUMO DA LITERATURA.....	8
III – AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	9
IV – ANÁLISE DE MÉRITO.....	13
IV.1 <i>ACCOUNTABILITY</i> (TRANSPARÊNCIA E CONTROLE) NO JUDICIÁRIO	13
IV.2 TESTE DE INTEGRIDADE DE AGENTES PÚBLICOS	16
QUESTIONAMENTOS DE ORDEM ÉTICA.....	19
QUESTIONAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA.....	20
CUSTOS FINANCEIROS E DE OUTRAS ESPÉCIES.....	21
CONCLUSÕES PARCIAIS E OUTRAS OBSERVAÇÕES.....	22
IV.3 APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS MÍNIMOS EM AÇÕES DE PROPAGANDA	23
IV.4 ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL (RESPONSABILIZAÇÃO DE PARTIDOS POR ATOS DE CORRUPÇÃO, CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA DO CAIXA 2 ELEITORAL E PREVISÃO DE PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS ELEITORAIS).....	29
CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA DO “CAIXA DOIS” ELEITORAL	32
RESPONSABILIZAÇÃO DE PARTIDOS POR ATOS DE CORRUPÇÃO.....	35
POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	38
IV.5 CONFISCO ALARGADO E AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO	40
PEC Nº 10, DE 2015 (NA CÂMARA DOS DEPUTADOS)	47
PL Nº 856, DE 2015 (NA CÂMARA DOS DEPUTADOS).....	48
CONTEXTUALIZAÇÃO E VISÃO GERAL	52
O “CONFISCO ALARGADO” E OS RISCOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	54
O “CONFISCO CIVIL”: A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO.....	57
EFEITOS FAVORÁVEIS (BENEFÍCIOS)	59
EFEITOS DESFAVORÁVEIS (CUSTOS).....	60
COMPARAÇÃO ENTRE CONFISCO ALARGADO E EXTINÇÃO DO DOMÍNIO	63
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	64
IV.6 CRIAÇÃO DO CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	64
IV.7 PROPOSTAS QUE ALTERAM AS PENAS DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CÓDIGO PENAL	70
IV.8 CRIA NOVAS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS PARA OS CRIMES DOS ARTS. 312 E §1º, 313-A, 316, 316 § 2º, 317 E 333, CONSIDERANDO O VALOR DA VANTAGEM E DO PREJUÍZO CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	74
IV.9 ALTERA A PENA DO CRIME DE ESTELIONATO.....	78
IV.10 ALTERA AS PENAS DOS CRIMES FUNCIONAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI Nº 8.137, DE 1990.....	81

IV.11	REVOGA O CRIME DE PECULATO DO DECRETO-LEI Nº 201, DE 1967.....	83
IV.12	INCLUSÃO DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS	83
IV.13	MODIFICAÇÃO NO REGIME DE PRESCRIÇÃO PENAL	85
IV.14	ALTERA A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO PARA ESTABELECE O PAGAMENTO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	93
IV.15	CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NOS CASOS DE RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO	96
	DO <i>CAPUT</i> DO ART. 580-A.....	98
	DA APELAÇÃO.....	98
	DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	99
	DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE	100
	DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 580-A.....	101
IV.16	FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PEDIDO DE VISTA NOS JULGAMENTOS POR ÓRGÃOS COLEGIADOS.....	103
IV.17	ALTERAÇÕES NOS RECURSOS DO PROCESSO PENAL E NO <i>HABEAS CORPUS</i> E <i>ACCOUNTABILITY</i> E EFICIÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO E NO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FEITOS CRIMINAIS.....	104
	A REVOGAÇÃO DO § 4º DO ART. 600:	107
	A REVOGAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 609:	108
	A REVOGAÇÃO DO INCISO I DO ART. 613:.....	109
	ACRÉSCIMO DOS §§ 3º, 4º E 5º AO DO ART. 620:.....	110
	PROPOSTA DE ACRÉSCIMO DO ART. 638-A AO CPP:	112
	ALTERAÇÕES REFERENTES AO <i>HABEAS CORPUS</i>	113
	<i>ACCOUNTABILITY</i> E EFICIÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO E NO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FEITOS CRIMINAIS.....	116
IV.18	MODIFICAÇÃO DO REGRAMENTO DAS NULIDADES NO CPP	116
IV.19	NOVA HIPÓTESE DE PRISÃO PREVENTIVA	120
IV.20	SIGILO DO DENUNCIANTE	123
IV.21	EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.....	127
IV.22	SIMPLIFICAÇÃO DO RITO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	129
IV.23	criação de varas especializadas no julgamento das ações de improbidade administrativa	130
IV.24	ACORDO DE LENIÊNCIA	132
IV.25	EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE AOS OCUPANTES DE DETERMINADOS CARGOS PÚBLICOS (PROJETO DE LEI Nº 862, DE 2015, DO PODER EXECUTIVO).....	136
V	CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS	139

COMO COMBATER A CORRUPÇÃO? UMA AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO DE PROPOSTAS EM DISCUSSÃO NO CONGRESSO NACIONAL

*Juliana Magalhães Fernandes Oliveira*¹

*Ernesto Freitas Azambuja*²

*Frederico Retes Lima*³

*João Trindade Cavalcante Filho*⁴

*Fernando B. Meneguim*⁵

I – INTRODUÇÃO

Por constituir um dos principais problemas para a eficiência da gestão pública, a corrupção tem sido o foco de diversos escândalos divulgados pela mídia; e, em função da gravidade da questão, têm sido discutidos muitos aperfeiçoamentos ao ordenamento jurídico, a fim de coibir efetivamente esse mal.

As medidas legislativas sugeridas nesse contexto visam, obviamente, a aperfeiçoar o funcionamento das instituições. Entretanto, para avaliar o impacto dessas sugestões, é necessário verificar o quanto as novas leis podem contribuir com uma eficiente coordenação do sistema econômico. A definição de Douglass North, renomado autor institucionalista, deixa clara a importância dessa calibração:

As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições elaboradas pelos homens que dão forma à interação humana. Em consequência, elas estruturam incentivos no intercâmbio entre os homens, seja ele político, social ou econômico (North, 1990)⁶.

¹ Consultora Legislativa do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Penal, Processual Penal e Penitenciário. E-mail: julimfo@senado.leg.br

² Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Penal, Processual Penal e Penitenciário. E-mail: ernestof@senado.leg.br

³ Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo. E-mail: limaf@senado.leg.br

⁴ Mestre e Especialista em Direito Constitucional. Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo. Professor de Direito Constitucional e Administrativo em cursos de Graduação e Pós-Graduação. E-mail: jtcfilho@senado.leg.br

⁵ Mestre e Doutor em Economia. Bacharel em Direito. Consultor-Geral Adjunto, Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG, CNPq/UnB. E-mail: fbmeneguim@hotmail.com

⁶ NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Com base nessa perspectiva, avalia-se que as leis e as instituições destinadas a corrigir comportamentos errados têm diversos graus de qualidade: podem contribuir tanto para a eficácia da redução dos problemas quanto para introduzir distorções adicionais na economia e na sociedade. E, se prevalecer essa última perspectiva, pode haver prejuízo para a eficiência do sistema. Assim sendo, deve ser avaliado o potencial impacto provocado pelas normas propostas, a fim de se precaver contra possíveis danos.

Uma das medidas aprovadas recentemente, por exemplo, foi a Lei nº 12.846, de 2013, cujo objetivo é desestimular a corrupção que surge por meio de práticas ilícitas entre empresas privadas e o poder público. No entanto, mesmo tendo passado tão pouco tempo da aprovação dessa nova legislação, têm retornado, novamente, à pauta legislativa, as demandas pelo aperfeiçoamento das normas que combatam a corrupção.

O que se pretende neste trabalho é analisar, com o apoio da ferramenta denominada avaliação de impacto legislativo, os pacotes anticorrupção elaborados pelo Poder Executivo e pelo Ministério Público. A intenção é estudar os incentivos dados aos atores políticos, bem como os aspectos não antecipados e indesejados, ou seja, aqueles que parecem não fazer parte do resultado almejado, nem pelos propositores das medidas, nem pela sociedade.

Como explica Avritzer e Filgueiras (2011)⁷, a tipificação da corrupção “parte do fato de que a burocracia deve ser controlada com o intuito de evitar a ilegalidade da ação praticada pelos agentes públicos” e seu controle envolve a “redução do sistema de incentivos para o comportamento *rent-seeking*”.

Nesse sentido, o desenvolvimento desta análise divide-se da seguinte maneira: primeiramente, apresentam-se panoramas descritivos da corrupção, bem como da avaliação de impacto legislativo e da Análise Econômica do Direito; em seguida, feita essa abordagem inicial, passa-se à avaliação de impacto das proposições apresentadas de forma a se proceder a um exame dos pacotes anticorrupção do Poder Executivo e do Ministério Público. O propósito é o de analisar criticamente as soluções apresentadas nas proposições, bem como apresentar alternativas, quando estas forem recomendáveis.

⁷ AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. Corrupção e controles democráticos no Brasil. *Textos para discussão CEPAL-IPEA*, 32. Brasília: CEPAL, 2011.

Para facilitar a leitura, as propostas foram referenciadas por assuntos, sendo cada um desses temas analisado em seção específica, conforme os seguintes temas:

- *Accountability* (transparência e controle) no Judiciário;
- Teste de integridade de agentes públicos;
- Aplicação de percentuais mínimos em ações de propaganda para combater corrupção;
- Alterações na legislação eleitoral – responsabilização de partidos por atos de corrupção;
- Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio;
- Criação do crime de enriquecimento ilícito;
- Alterações nas penas dos crimes contra a Administração Pública;
- Instituição de novas penas mínimas e máximas para os crimes contra a Administração Pública, considerando o valor da vantagem e do prejuízo;
- Alteração da pena do crime de estelionato;
- Alteração das penas dos crimes funcionais contra a Ordem Tributária;
- Revogação do crime de peculato do Decreto-Lei nº 201, de 1967;
- Inclusão dos crimes contra a Administração Pública no rol de crimes hediondos;
- Modificação no regime de prescrição penal;
- Instituição do pagamento de multa em caso de descumprimento de ordem judicial por instituições financeiras (Lei de Lavagem de Dinheiro);
- Certificação do trânsito em julgado nos casos de recurso manifestamente protelatório;
- Fixação de prazo para pedido de vista nos julgamentos por órgãos colegiados;
- Alterações nos recursos do processo penal e no *habeas corpus* – *accountability* e eficiência no Poder Judiciário e no Ministério Público em feitos criminais;
- Modificação do regramento das nulidades;
- Inclusão de nova hipótese de prisão preventiva;
- Aperfeiçoamento do sigilo do denunciante;
- Previsão do efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinário e especial;
- Simplificação do rito das ações de improbidade administrativa;
- Criação de varas especializadas no julgamento das ações de improbidade administrativa;
- Aperfeiçoamento do acordo de leniência;
- Extensão das hipóteses de inelegibilidade aos ocupantes de determinados cargos públicos.

Por fim, são apresentadas as conclusões e considerações finais do trabalho.

II – CORRUPÇÃO: BREVE RESUMO DA LITERATURA

Várias pesquisas caminham no sentido de tentar entender e mensurar os prejuízos sociais resultantes da corrupção. Mauro (1995)⁸ analisa a maneira pela qual o crescimento econômico é afetado pela corrupção, em painel de dados envolvendo 67 países. As principais consequências negativas são as seguintes: há uma redução dos incentivos ao investimento; a sociedade sente-se menos disposta a contribuir com fundos de auxílio (doações); há perdas na arrecadação tributária; as licitações públicas geram vencedores que fornecem bens de qualidade inferior; e a despesa pública fica enviesada para grandes obras em detrimento de gastos sociais, como em saúde e educação. Analogamente, Habib e Zurawicki (2002)⁹ analisam painel envolvendo 89 países e concluem que a corrupção acarreta outro efeito negativo perverso: reduz o investimento estrangeiro direto.

Tanzi (1998)¹⁰, da mesma forma, defende que a eficiência do setor público fica prejudicada pela corrupção, uma vez que, por exemplo, por meio de fraudes em licitações, a empresa vencedora pode não ser a melhor, o que provoca a redução do retorno do gasto e da produtividade do investimento público. Além disso, a efetividade do gasto do governo também é reduzida, pois parcelas do orçamento governamental são desviadas para o enriquecimento individual.

Bugarin e Bugarin (2013) estudam a possibilidade de haver uma recompensa pecuniária aos cidadãos que possibilitarem, por meio de suas ações, a recuperação de recursos públicos desviados. O arcabouço teórico utilizado é a Teoria dos Incentivos, segundo a qual “quando existe um custo em se executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados para fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição ou recriminação”. Com base no modelo desenvolvido, demonstra-se que o benefício pecuniário material fará com que os cidadãos tenham maior interesse em dedicar tempo ao controle da corrupção.

⁸ MAURO, P. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 110 (3): 681-712, 1995.

⁹ HABIB, M.; ZURAWICKI, L. Corruption and foreign direct investment. *Journal of International Business Studies*, 33, 291-307, 2002.

¹⁰ TANZI, V. Corruption around the world: causes, consequences, scopes and cures. *IMF Staff Papers*, 45 (4): 559-594, 1998.

Especificamente para o caso brasileiro, em estudo comparativo entre o setor público e privado, Cândido Jr. (2001)¹¹ conclui que a produtividade do gasto público corresponde a 60% da produtividade do gasto efetuado pelo setor privado. Ainda em termos de Brasil, cabe citar o *ranking* elaborado pela Transparência Internacional¹², organização não governamental, em estudo no qual cada país recebe uma nota de zero a dez, segundo sua vulnerabilidade à corrupção. A pontuação mais próxima de zero indica que uma nação é vista como muito corrupta, enquanto as nações cujos pontos se aproximam de dez são classificadas como menos corruptas. Para distribuir as notas, a Transparência Internacional realiza pesquisas com especialistas e executivos dos países avaliados. Após estabelecer as notas, a ONG elabora o *ranking* comparativo. Em 2013, o Brasil obteve nota 4,2, num contexto em que notas abaixo de cinco são consideradas pela Transparência Internacional como indício de sérios níveis de corrupção.

Apresentado esse panorama acadêmico sobre as consequências da corrupção, tem-se, na seção seguinte, um preâmbulo sobre a avaliação de impacto legislativo e a Análise Econômica do Direito.

III – AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme explica Gico Jr. (2012, p.14)¹³:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

Alguns conceitos econômicos configuram-se como premissas para a Economia e, por conseguinte, para a Análise Econômica do Direito. Para o presente estudo, o mais importante é o que se chama de estrutura de incentivos.

É notório que há uma restrição orçamentária para o Estado, como para toda a sociedade. Em decorrência, por conta dessa escassez, a todo momento, escolhas devem

¹¹ CÂNDIDO JR., J. O. Os gastos públicos no Brasil são produtivos? *Planejamento e Políticas Públicas*, 23: pp. 233-260, 2001.

¹² <http://www.transparency.org/>

¹³ GICO Jr., I. “Introdução ao Direito e Economia.” In: Timm, L. B. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

ser feitas que, em muitos casos, são excludentes. Uma vez que alternativas devem ser escolhidas, os agentes devem ponderar custos e benefícios de cada alternativa; e, em consequência, adotar a que traz maior bem-estar a eles. Dessa maneira, é nítida a existência de uma estrutura de incentivos vigente na sociedade, bem como a certeza de que alterações nessa estrutura podem modificar as escolhas dos agentes. Em resumo, pessoas respondem a incentivos (Gico Jr., 2012, p. 20)¹³.

O Direito, assim como a Economia, foi construído sobre essa premissa de que as pessoas reagem a incentivos. Isso permite traçar um paralelo entre vários conceitos. Por exemplo, as sanções funcionam da mesma maneira que os preços. Se o preço for alto, o consumo do bem será menor. Se o preço for baixo, haverá maior consumo do bem ou do serviço. Assim sendo, na presença de sanções mais pesadas, os cidadãos tenderão a praticar menos as atividades sancionadas. Em outras palavras, serão mais criteriosos em suas escolhas.

Esse raciocínio revela-se bastante aplicável para o estudo da corrupção, pois um dos principais pontos da teoria econômica do crime é o de que o criminoso, quando decide infringir a lei, age de maneira racional, isto é, pesa os ganhos oriundos do crime e as possíveis perdas; e considera a probabilidade de ser apanhado e de receber a respectiva punição, caso o seja (Nery e Meneguim, 2015)¹⁴.

A análise econômica do crime é a principal contribuição do artigo seminal Becker (1968)¹⁵. Para o autor, a pena é equivalente a um preço que se paga pela realização de uma atividade ilegal. Portanto, o sistema penal deve prover um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de natureza econômica, fixe preços que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes; no caso, aquelas que dificultem a realização dos delitos. Em outras palavras, a pena tem o poder de reduzir o benefício esperado da atividade ilegal. No entanto, se a pena não for aplicada, o mecanismo desenhado para coibir o crime não funcionará; ou, pelo menos, terá sua eficácia diminuída (Meneguim, Bugarin e Bugarin, 2011)¹⁶.

¹⁴ NERY, P. F.; MENEGUIM, F. B.; Tópicos da Reforma Política sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Março/2015 (Texto para Discussão nº 170). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 7 de junho de 2015.

¹⁵ BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, pp. 169-217, Mar./Apr. 1968.

¹⁶ MENEGUIM, F.; BUGARIN, M. S.; BUGARIN, T. T. S. Execução Provisória da Sentença: Uma Análise Econômica do Processo Penal. *Economic Analysis of Law Review*, V. 2, nº 2, Jul-Dez, 2011

Dito de outra maneira: para que o delito compense, o benefício esperado de um crime deve ser superior ao custo esperado, sendo que esse custo depende da probabilidade de ser pego e condenado; e varia também com a severidade da punição efetivamente aplicada. Com base nessa teoria é que várias das propostas apresentadas foram construídas visando inibir a corrupção. Uma delas, por exemplo, é a de aumento da pena decorrente da alteração da tipificação do crime de corrupção para crime hediondo; outra, a alteração da prescrição penal; e, ainda, outras, de mudanças para agilizar o julgamento dos processos, medidas que aumentam a probabilidade de a punição ser efetiva.

Dessa fusão dos conceitos de Economia com os de Direito é que se pode falar da norma em sua condição de “estrutura de incentivos”. Sobre o tema, tem-se o comentário de Andrés Roemer, quando este afirma que a Análise Econômica do Direito introduziu uma teoria mais abstrata, segundo a qual as normas jurídicas são visualizadas como incentivos para a ação; e as respostas dependem e variam em função dos tipos de incentivos envolvidos (Roemer, 2001, p. 20)¹⁷.

Os estudiosos da Análise Econômica do Direito entendem que

existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*) (Gico Jr., 2012, p. 30)¹⁸.

Nesse contexto, tem-se o instrumento denominado avaliação de impacto legislativo, o qual propicia a análise de proposições legislativas, de forma a facilitar a tomada de decisão, evidenciando as vantagens e desvantagens; e também o potencial impacto de uma proposição, caso ela venha a ser aprovada.

Garoupa (2006)¹⁹ resume bem quais os propósitos da avaliação de impacto legislativo (também chamada de análise econômica da legislação):

- contextualização jurídica e análise jurídica da legislação;
- análise de custo-benefício;
- análise econômica complementar com implicações para equidade e justiça social.

¹⁷ ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho* (3ª ed). México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

¹⁸ GICO Jr., I. “Introdução ao Direito e Economia.” In: Timm, L. B. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

¹⁹ GAROUPA, N. Limites ideológicos e morais à avaliação econômica da legislação. *Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 42/43, jan/jun/2006. Oeiras/Portugal: Instituto Nacional de Administração, 2006

Os principais itens que devem integrar a avaliação de impacto legislativo, conforme discutido em Meneguim (2010)²⁰, são os seguintes:

- definição clara do problema que se quer enfrentar com a proposição;
- enunciação do objetivo da proposição;
- apresentação de opções para atingir o objetivo;
- verificação do arcabouço jurídico que envolve o tema;
- identificação dos impactos econômicos e sociais, caso a legislação seja aprovada, quem serão os afetados e como:
 - análise qualitativa (perguntas específicas para cada tema)
 - análise quantitativa
 - análise de risco
 - impactos distributivos
 - custos administrativos;
- comparação entre as alternativas aventadas; análise de custo-benefício.

Cabe ressaltar que essa listagem não pretende ser exaustiva, pois outras considerações podem ser incorporadas, principalmente devido às peculiaridades de cada tema em análise. Considere-se, além disso, que, dependendo do tema a ser tratado, é difícil realizar uma mensuração quantitativa.

No caso da corrupção, essa metodologia se mostra muito apropriada, pois esse é um tema sobre o qual, apesar de serem emitidas muitas opiniões, pouco se consegue avançar tanto em termos objetivos quanto em sustentação solidamente elaborada. Há que se ressaltar, no entanto, frente à dificuldade de estimação dos prejuízos oriundos da corrupção, que este trabalho consiste, mais explicitamente, no estudo qualitativo, com avaliação das possíveis consequências dos dispositivos legais que se pretende alterar, bem como a conformidade com o atual ordenamento jurídico.

²⁰ MENEGUIM, F. B. Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Março/2010 (Texto para Discussão nº 70). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 7 de junho de 2015.

IV – ANÁLISE DE MÉRITO

IV.1 *ACCOUNTABILITY* (TRANSPARÊNCIA E CONTROLE) NO JUDICIÁRIO

Institui a obrigatoriedade de o Judiciário divulgar informações sobre julgamento de ações criminais e de improbidade

Proposta do MP:

Art. 1º Esta Lei prevê a criação de regras de *accountability* no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e dos Ministérios Públicos respectivos.

Art. 2º Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos respectivos divulgarão, anualmente, estatísticas globais e para cada um dos Órgãos e Unidades que os compõem, para demonstrar:

I – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que ingressaram e foram instaurados durante o exercício, e o número de processos, por categoria, que foram julgados, arquivados ou que, por qualquer modo, tiveram sua saída realizada de forma definitiva, bem como o saldo de processos pendentes, por categoria;

II – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que tramitam perante o Órgão ou Unidade, com a indicação do seu respectivo tempo de tramitação e do interstício gasto para receber algum tipo de decisão judicial ou para nele ser proferida manifestação ou promoção de qualquer espécie.

Art. 3º Na hipótese de constatação, por meio da estatística a que se refere o art. 2º, de que as ações de improbidade administrativa e as ações criminais foram julgadas em prazo além do razoável, serão identificados os motivos e, se for o caso, instauradas as medidas administrativas e disciplinares cabíveis.

Art. 4º Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos respectivos deverão encaminhar ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, até o final do mês de fevereiro do exercício subsequente, relatório anual contendo as estatísticas indicadas no artigo 2º, os motivos da morosidade quanto às ações de improbidade administrativa e às criminais, as informações sobre as medidas administrativas e disciplinares adotadas e o detalhamento das providências administrativas tomadas para ser assegurada a razoável duração do processo.

Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, com base nos diagnósticos de problemas ou propostas recebidas, envidarão esforços, inclusive com a criação de

comissões específicas, no sentido de serem propostas medidas legislativas tendentes a assegurar a razoável duração do processo.

Art. 6º Considera-se, para os fins desta Lei, razoável duração do processo aquela que não exceder 3 (três) anos, na instância originária, e 1 ano, na instância recursal, contados a partir da distribuição dos autos.

Art. 7º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público estabelecerão, em ato normativo próprio, a forma, o conteúdo e a data de divulgação das estatísticas compiladas de diagnóstico de eficiência quanto ao processamento de atos de improbidade administrativa previstas nesta lei.

Art. 8º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 12 de agosto de 2013.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

De acordo com essa proposta, caberá ao Judiciário disponibilizar, em meio físico e eletrônico (*internet*), dados sobre a conclusão, entrada e saída de processos relativos a improbidade administrativa e crimes. A finalidade declarada da medida é aumentar a transparência do Poder Judiciário; e, com isso, fortalecer o controle da sociedade, inclusive para futuras cobranças sobre a produtividade no exercício da função jurisdicional.

Um primeiro benefício imediato da medida é o fortalecimento da transparência do Poder Judiciário, concretizando o princípio constitucional da publicidade (CF, art. 37, *caput*). A esse fator pode-se associar um benefício mediato, o do maior controle do Judiciário pela sociedade. Essa medida, em tese, tende a, por um lado, aumentar a produtividade; e, por outro, diminuir a demora no julgamento de casos envolvendo atos de corrupção. Nessa mesma linha, a redução do tempo de julgamento dos casos pode levar a uma diminuição dos casos de extinção da punibilidade em virtude da prescrição (CP, arts. 107 e 109).

A medida coaduna-se com as diretrizes internacionais, especialmente com a ferramenta nº 22 da UNODC, que, sobre o tema, registra a importância – não só de controle social, mas também de acesso à justiça – de se ter acesso ao *status* de tramitação de processos envolvendo casos de corrupção²¹. Nesse mesmo sentido, registre-se a tentativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – por meio da instituição

²¹ “To assure the transparency of court proceedings and judicial decisions, systems of direct access should be implemented to permit litigants to receive advice directly from court officials concerning the status of their cases awaiting hearing”. (UNODC, p. 206).

da chamada “Meta 4” – de dar maior celeridade à tramitação de ações de improbidade administrativa, o que seria reforçado com a aprovação da medida²².

Mira-se, ainda, o princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), tema especialmente sensível no combate à impunidade de atos de corrupção.

Aliás, outro benefício da medida é o de realizar os mandamentos das alíneas 1 e 2 do art. 5; do art. 10; e do art. 13, I, *a e b*, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) – Convenção de Mérida – da qual o Brasil é signatário.

Além dessas vantagens, observa-se uma sinergia entre a instituição dessas regras de *accountability* e a busca pelo monitoramento do Judiciário por seus órgãos de controle interno, em especial pelo CNJ. Tanto é assim que o mandamento contido no art. 2º do anteprojeto²³ é compatível com o programa Justiça em Números, já mantido pelo CNJ, o que reduz sobremaneira os custos de criação, implementação e manutenção do instituto.

Para contribuir com o aperfeiçoamento da proposição, seria possível pensar em acrescentar uma alteração no Código de Processo Penal, de forma semelhante ao já disposto no art. 12 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de

²² “Meta 4 – Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça Militar Estadual e Superior Tribunal de Justiça: Identificar e julgar até 31/12/2014 as ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, sendo que: na Justiça Estadual, na Justiça Militar da União e nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais, as ações distribuídas até 31 de dezembro de 2012, e na Justiça Federal e no STJ, 100% das ações distribuídas até 31 de dezembro de 2011, e 50% das ações distribuídas em 2012”. O cumprimento dessa meta foi, segundo dados atualizados até 30 de março de 2015, bastante satisfatório, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, que julgou mais do que era esperado: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/aaa6d8037cf73ee473ad54e31aa06fa2.pdf>. Na Justiça Estadual, porém, os dados são muito menos positivos, com raros casos de tribunais que conseguiram cumprir 100% da meta. Na Justiça Federal, os resultados são igualmente insatisfatórios, à exceção do segundo grau de jurisdição.

²³ “**Art. 22.** Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos respectivos divulgarão, anualmente, estatísticas globais e para cada um dos Órgãos e Unidades que os compõem, para demonstrar:

I – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que ingressaram e foram instaurados durante o exercício, e o número de processos, por categoria, que foram julgados, arquivados ou que, por qualquer modo, tiveram sua saída realizada de forma definitiva, bem como o saldo de processos pendentes, por categoria;

II – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que tramitam perante o Órgão ou Unidade, com a indicação do seu respectivo tempo de tramitação e do interstício gasto para receber algum tipo de decisão judicial ou para nele ser proferida manifestação ou promoção de qualquer espécie”.

2015)²⁴. Com um instrumento semelhante, seria possível dar maior transparência à ordem de julgamento dos processos criminais, em geral, para aumentar a possibilidade de monitoramento do Judiciário pela sociedade e para reforçar os benefícios de *accountability* sobre esse poder.

Outro aperfeiçoamento necessário no texto do anteprojeto é o da exclusão dos arts. 5º²⁵ e 8º²⁶. O primeiro, porque não constitui norma jurídica, uma vez que não é dotado de imperatividade nem de coercibilidade²⁷, isto é, falta-lhe a possibilidade jurídica de legislar²⁸. Já o art. 8º por estar completamente deslocado, uma vez que a Lei Anticorrupção a que se refere o dispositivo nada tem a ver com a matéria.

Em termos redacionais, sugere-se a substituição, no art. 1º do anteprojeto, do termo estrangeiro *accountability* por *transparência*, para atender às regras de boa técnica legislativa, que recomendam o uso do vernáculo (CF, art. 13, *caput*)²⁹.

IV.2 TESTE DE INTEGRIDADE DE AGENTES PÚBLICOS

Institui o teste de integridade, como forma de fiscalizar a conduta de agentes públicos

Proposta do MP:

Art. 1º Esta Lei cria o teste de integridade dos agentes públicos no âmbito da Administração Pública.

Art. 2º A Administração Pública poderá, e os órgãos policiais deverão, submeter os agentes públicos a testes de integridade aleatórios ou dirigidos, cujos resultados poderão ser usados para fins

²⁴ “**Art. 12.** Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores. (...)”.

²⁵ “O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, com base nos diagnósticos de problemas ou propostas recebidas, envidarão esforços, inclusive com a criação de comissões específicas, no sentido de serem propostas medidas legislativas tendentes a assegurar a razoável duração do processo.”

²⁶ “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 12 de agosto de 2013.”

²⁷ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, L. H. S. **Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014 (Texto para Discussão nº 151). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 11 de agosto de 2014. P. 32.

²⁸ Cf. ESTADO DE MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Manual de Redação Parlamentar**. Belo Horizonte: 2013, p. 32.

²⁹ “O uso de termos ou expressões em língua estrangeira nos textos legais só é admitido em casos excepcionais, quando a expressão for de uso consagrado e não tiver correspondente em português”. Idem, *ibidem*, p. 59.

disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais.

Art. 3º Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública.

Art. 4º Os testes de integridade serão realizados preferencialmente pela Corregedoria, Controladoria, Ouvidoria ou órgão congênere de fiscalização e controle.

Art. 5º Sempre que possível e útil à realização dos testes de integridade, poderá ser promovida a sua gravação audiovisual.

Art. 6º Os órgãos que forem executar os testes de integridade darão ciência prévia ao Ministério Público, de modo sigiloso e com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, e informarão a abrangência, o modo de execução e os critérios de seleção dos examinados, podendo o Ministério Público recomendar medidas complementares.

Art. 7º Os órgãos de fiscalização e controle divulgarão, anualmente, estatísticas relacionadas à execução dos testes de integridade, bem como manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, toda a documentação a eles relacionada, à qual poderá ter acesso o Ministério Público.

Art. 8º A Administração Pública não poderá revelar o resultado da execução dos testes de integridade nem fazer menção aos agentes públicos testados.

Art. 9º Os testes de integridade também poderão ser realizados pelo Ministério Público ou pelos órgãos policiais, mediante autorização judicial, em investigações criminais ou que digam respeito à prática de atos de improbidade administrativa.

Art. 10. A Administração Pública, durante a realização dos testes de integridade, poderá efetuar gravações audiovisuais ou registrar, por qualquer outro método, o que ocorre nas repartições públicas ou nas viaturas e nos carros oficiais, respeitado o direito à intimidade.

Art. 11. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 12 de agosto de 2013.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação.

Esta proposta do MP sugere a adoção, no Brasil, do chamado “teste de integridade” (*integrity testing*) de agentes públicos. Essa prática consiste, em suma, na preparação, pela Administração Pública, de uma situação-teste em que o agente público seja submetido a uma chance de praticar ilícitos (geralmente de corrupção ou abuso de

autoridade³⁰). Se o agente cometer a ilicitude, poderá ser responsabilizado civil, administrativa e penalmente.

Na definição do art. 3º do anteprojeto, os testes “consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública”. Inicialmente, registre-se a grande dificuldade de testar a “conduta moral” dos agentes, quando desapegada de elementos indicativos de ilicitude, em sentido estrito. Ainda de acordo com a proposta, seriam adotados os dois tipos de teste de integridade conhecidos no mundo: o aleatório (em que os testes são realizados em setores diferentes, em relação a agentes escolhidos aleatoriamente, sem um necessário histórico de suspeitas de corrupção) e o dirigido (em que é testado um agente sobre o qual já pairam suspeitas).

A prática é adotada – especialmente em relação a forças policiais – no Reino Unido e na Austrália e em algumas localidades dos Estados Unidos, como no Estado de Nova York, por exemplo.

De acordo com o texto do anteprojeto, o teste de integridade poderá ensejar a responsabilidade civil, administrativa e até penal do agente flagrado em ilicitude (art. 2º).

A medida seria, em tese, eficaz no combate à criminalidade praticada por agentes estatais, em geral, e à corrupção, em especial, e serviria para a descoberta de atos ilícitos não conhecidos ou para a comprovação de atos de difícil prova³¹. O UNODC a considera uma ferramenta “controversa, mas extremamente efetiva”³². Especificamente, sua adoção é encorajada nos países – como o Brasil – em que a confiança da sociedade nas instituições públicas é baixa, pois a realização dos testes de integridade poderia restaurar essa confiança³³. A medida possui um efeito positivo de instituir uma forte prevenção geral negativa (desestímulo à prática de atos de corrupção por agentes públicos, por medo de que estejam sendo testados).

Na realidade, essa é uma das medidas mais polêmicas do conjunto de propostas (tanto as do Executivo quanto aquelas do MP). Por um lado, pode-se avaliar que haveria

³⁰ Uma das vantagens da adoção do teste de integridade, diga-se de passagem, é a possibilidade de sua utilização para que sejam investigados outros crimes, tais como o racismo.

³¹ PRENZLER, Tim; RONKEN, Carol. **Police integrity testing in Australia**. *Criminology and Criminal Justice*, v. 1, n. 3, 2001, p. 321.

³² UNODC, *Toolkits...*, p. 374.

³³ “(...) in cases of rampant corruption and low trust levels by the public, it is one of the few tools that can promise immediate results and help restore trust in public administration”. (UNDOC, *Toolkits...*, p. 398).

grandes benefícios da adoção da medida, mas, por outro lado, os custos também precisam ser ponderados com atenção, uma vez que tendem a ser muito altos, particularmente o risco de declaração de inconstitucionalidade.

Ao analisarmos especificamente os custos da possível adoção da medida, podemos agrupá-los em três diferentes categorias: *a)* questionamentos de ordem ética; *b)* questionamentos de ordem jurídica, isto é, o risco de declaração de inconstitucionalidade; e *c)* custos financeiros de implementação dos testes.

Questionamentos de ordem ética

Quanto ao primeiro aspecto, o teste de integridade é reconhecido como sendo um dos meios mais radicais de combate à corrupção³⁴. Entretanto, a ONU alerta que a medida está sujeita a fortes questionamentos de fundamentação ética³⁵. Realmente, essa observação procede, tendo em vista os princípios da moralidade administrativa e da boa-fé. Com base nestes, é possível questionar a legitimidade ética de a própria Administração de “induzir” agentes seus à prática de ilícitos, ou de “preparar” uma situação que os induza a agir de forma errada. Sempre será possível argumentar que o agente não tinha a intenção de ser corrupto, mas a Administração o induziu a praticar o erro.

Justamente para evitar – ou, ao menos, minorar – esse tipo de questionamento é que o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) recomenda que o teste, se for adotado, que seja acompanhado de um código de conduta claro, incisivo e forte, direcionado aos agentes públicos³⁶.

Esse argumento ganha força nos casos em que – como ocorre no Brasil – a remuneração dos agentes públicos – especialmente a dos policiais – pode ser extremamente baixa. Nesses casos, o questionamento sobre a viabilidade ética da medida decorre do fato de que a propina simulada, muitas vezes, constitui uma verdadeira “proposta irrecusável” para o agente em situação de necessidade de recursos. Nesse sentido, registra-se que “many criminal law systems exclude evidence of an agent provocateur when the provocation is considered to be excessive”³⁷.

³⁴ PRENZLER, Tim; RONKEN, Carol. *Op. Cit.*, p. 321.

³⁵ UNODC, *Toolkits...*, p. 324.

³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 148.

³⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 398.

Questionamentos sobre a viabilidade jurídica

A ONU adverte que, para a adoção do teste de integridade, os Estados-Partes devem assegurar sua validade em face do ordenamento jurídico interno³⁸ – o que, no caso brasileiro, é controverso.

Com efeito, o teste de integridade, se adotado, tem grandes chances de ser declarado inconstitucional pelo STF (que considera ilícito o flagrante preparado), ao menos em relação à matéria penal. A inadmissibilidade do flagrante preparado, por ser considerado “crime impossível”, vem desde 1963, quando editada a Súmula nº 145, daquela Corte³⁹.

É sempre possível, obviamente, rever o conteúdo dessa interpretação, ainda que sumulada, mesmo porque vem sendo questionada por setores da doutrina⁴⁰.

Independentemente disso, existe – e é preciso que seja registrado – um risco alto de declaração de inconstitucionalidade do uso dos testes de integridade em matéria penal (conforme prevê o art. 2º do anteprojeto), já que as interpretações jurisprudenciais pacificadas tendem a ser mantidas.

Aliás, o STF, em um dos precedentes que deu origem à Súmula nº 145 (*Habeas corpus* – HC nº 38.758/GB, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, DJ de 25.10.1961) considerou – por maioria – “crime impossível” conduta semelhante a um teste de integridade: engenheiro que solicitou propina espontaneamente e que, depois, aceitou a propina oferecida pela vítima, que avisara a polícia após a solicitação do corrupto. Se nesse caso não se aceitou a conduta como típica, que dirá no caso de um teste inteiramente provocado pela própria corporação?⁴¹

No direito comparado, Cortes judiciais têm aceitado a prática, como parte integrante do “contrato de trabalho”, da relação entre empregador e empregado. As decisões das Cortes que vêm aceitando a prática se baseiam no argumento de que o

³⁸ Idem, ibidem, p. 396.

³⁹ “NÃO HÁ CRIME, QUANDO A PREPARAÇÃO DO FLAGRANTE PELA POLÍCIA TORNA IMPOSSÍVEL A SUA CONSUMAÇÃO”.

⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 577 e seguintes.

⁴¹ No *leading case* apontado pelo STF para a Súmula, na verdade, não discutiu exclusivamente a questão do flagrante preparado, mas sim da inépcia da denúncia (RHC nº 27.566/DF, Relator Ministro José Linhares, Relator para o acórdão Ministro Carvalho Mourão, DJ de 03.07.1940).

investigado não se exime por ter sido induzido por outrem⁴². No Brasil, porém, essa defesa valeria, por se configurar flagrante preparado (STJ, Sexta Turma, HC nº 118.989/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08/3/2010).

É possível sustentar, porém, com maior nível de segurança, que o teste poderia ser usado, pelo menos, para suscitar punições administrativas. Nesse sentido já decidiu o próprio STF, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 22.373, Relatora Ministra Ellen Gracie. Nesse julgado, a Corte considerou que a proibição do flagrante preparado, constante da citada Súmula nº 145, não se aplica aos processos administrativos disciplinares.

A propósito, já no julgamento do HC nº 40.289/DF, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, DJ de 27/11/1963 – um dos precedentes que inspiraram a Súmula nº 145 – ficou consignado não ter havido crime, mas também se registrou ter ocorrido “fato realmente grave e que enseja processo administrativo para demissão do acusado” (voto do Relator, p. 4).

Assim, é razoável supor que o teste de integridade, se adotado, sofrerá grandes questionamentos quanto à constitucionalidade de sua aplicação na esfera penal; o mesmo não se pode dizer, contudo, da aplicação às searas administrativa e civil, em que a tendência seria a admissão.

Finalmente, é preciso lembrar que, ainda que não se admita o teste como prova de culpa, este pode ser utilizado para justificar a produção de outras provas⁴³.

Custos financeiros e de outras espécies

Diversos custos financeiros ou de natureza não jurídica ou ética são associados à adoção de testes de integridade em outros países. Em primeiro lugar, há constantes dificuldades de se replicar um ambiente realístico de atos de corrupção, o que também, por outro lado, tem um custo financeiro elevado. Seria preciso, por exemplo, montar situações em que seja verossímil a oferta de vantagem ilícita. Também se faz necessária a contratação de servidores especificamente para essa tarefa (ou a realocação de servidores de outras áreas para o cumprimento desta).

⁴² UNODC, p. 325. Cf., nesse sentido, a decisão da Suprema Corte Australiana no caso *Ridgeway VS The Queen*, de 1995.

⁴³ UNODC, p. 374.

Esse custo financeiro tende a ser ainda mais alto em relação aos testes aleatórios. Por um lado, o teste dirigido é realizado com frequência menor, e atinge agentes específicos; porém, por outro, lado, o teste aleatório precisa, por sua própria natureza, ser realizado com frequência alta, e de forma dispersa entre os vários setores da Administração, o que aumenta os custos de implementação. Exatamente por isso, a modalidade aleatória não é mais adotada no Reino Unido nem na Austrália. E, mesmo no Estado de Nova York, nos Estados Unidos, esses testes não dirigidos têm-se mostrado pouco eficientes no combate à corrupção, a ponto de já serem objeto de estudos de revisão.

Há, finalmente, um risco inusitado: segundo o UNODC, a prática pode, como efeito colateral, induzir a prática de atos de corrupção⁴⁴.

Conclusões parciais e outras observações

Embora o teste de integridade possa vir a ser uma medida efetiva de combate à corrupção, sua utilização para justificar a responsabilização de agentes públicos na esfera criminal tende a ser declarada inconstitucional, ao menos se o STF mantiver a jurisprudência que originou a Súmula nº 145. Isso não impediria, contudo, a utilização do teste como ferramenta administrativa para a instauração de processo administrativo disciplinar contra os agentes flagrados na prática de ilícitos.

Ainda assim, caso se adote o teste de integridade no modelo brasileiro, o recomendável é que isso se limite aos chamados testes dirigidos, pois os testes aleatórios vêm sendo abandonados em vários países do mundo, por sua baixa eficiência e alto custo.

Tratando especificamente do texto do anteprojeto, registra-se que o art. 11 deve ser suprimido, pois a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013) não tem ligação com o tema, uma vez que se aplica apenas aos atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas.

Além dessas ponderações de natureza prática e constitucional, o texto precisa de melhorias redacionais, pois, da forma como está escrito, poderia haver teste para qualquer agente público. Entretanto, isso leva a um questionamento: como ficaria a questão das autoridades que possuem foro por prerrogativa de função? Entendemos que,

⁴⁴ Idem, *ibidem*, pp. 61-62.

em relação a esses agentes públicos, isto é, aos agentes políticos –, os questionamentos do ponto de vista ético e jurídico se mostram ainda mais críticos, a ponto de ser altamente recomendável a exclusão dessa categoria de agentes do rol de possíveis objetos dos testes de integridade⁴⁵.

Finalmente, é necessário que se inclua no texto do anteprojeto uma regra segundo a qual, nos testes dirigidos, será obrigatória a instauração de procedimento de justificação prévia para a escolha do agente a ser testado. Esse procedimento pode ser simplificado e deve ser sigiloso – semelhante a uma sindicância investigativa –, mas servirá como forma de controle de legalidade dos atos da administração, de forma a evitar abusos e direcionamentos.

IV.3 APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS MÍNIMOS EM AÇÕES DE PROPAGANDA

Disciplina a obrigação dos órgãos públicos de destinarem percentuais mínimos para a divulgação de campanhas de combate à corrupção

Proposta do MP:

Art. 1º Esta Lei disciplina a aplicação de percentuais mínimos de publicidade para ações e programas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e dos Municípios, bem como estabelece procedimentos e rotinas voltados à prevenção de atos de corrupção.

Art. 2º Durante o prazo mínimo de 15 (quinze) anos, do total dos recursos empregados em publicidade, serão investidos percentuais não inferiores a 15% (quinze por cento) pela União, a 10% (dez por cento) pelos Estados e pelo Distrito Federal e Territórios, e a 5% (cinco por cento) pelos Municípios, para ações e programas de marketing voltados a estabelecer uma cultura de intolerância à corrupção.

§ 1º As ações e os programas de *marketing* a que se refere o *caput* incluirão medidas de conscientização dos danos sociais e individuais causados pela corrupção, o apoio público para medidas contra a corrupção, o incentivo para a apresentação de notícias e denúncias relativas à corrupção e o desestímulo, nas esferas pública e privada, a esse tipo de prática.

§ 2º A proporção estabelecida no *caput* deverá ser mantida em relação ao tempo de uso do rádio, da televisão e de outras mídias de massa.

§ 3º As ações e os programas de que trata este artigo deverão fomentar a ética e obedecer ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de modo

⁴⁵ Além disso, a adoção de testes de integridade para magistrados e membros do MP, por exemplo, se proposta por parlamentares, esbarraria em vício de iniciativa (CF, art. 93, *caput*; e art. 61, § 1º, II, *d*, c/c art. 128, § 5º).

que não configurem propaganda institucional de governo ou realizações de ordem pessoal de governantes, agentes públicos ou quaisquer Órgãos da Administração Pública.

§ 4º No prazo máximo de 2 (dois) anos da vigência desta lei, serão afixadas placas visíveis em rodovias federais e estaduais, no mínimo a cada 50 (cinquenta) quilômetros e nos dois sentidos da via, as quais indicarão, pelo menos, o número telefônico, o sítio eletrônico e a caixa de mensagens eletrônica por meio dos quais poderá ser reportada corrupção de policiais rodoviários ao Ministério Público.

§ 5º Nas ações e programas de que trata este artigo, é lícito o uso de imagens e de sons que reproduzam atos de corrupção pública ativa ou passiva, ou a execução de testes de integridade realizados pela Administração Pública, nos quais o agente público foi reprovado, sendo desnecessária a identificação do envolvido.

Art. 3º As Corregedorias da Administração Pública e, onde não houver, os Órgãos de fiscalização e controle, ao menos pelos próximos 15 (quinze) anos, farão no mínimo 2 (dois) treinamentos anuais relacionados aos procedimentos e às rotinas que devem ser adotados diante de situações propícias à ocorrência de atos de improbidade administrativa, dentre os quais o oferecimento ou a promessa de vantagens ilícitas.

§ 1º Os procedimentos e as rotinas a que se refere o *caput* terão o objetivo de conscientizar os agentes públicos acerca de condutas racionalizantes de comportamentos ilegais, de modo que sejam neutralizados.

§ 2º A Administração Pública assegurará que, a cada 5 anos, todos os agentes públicos sejam treinados ou reciclados quanto aos procedimentos e às rotinas mencionados no *caput*.

§ 3º A Administração Pública estabelecerá, no prazo de 1 (um) ano da vigência desta lei, um código de conduta que disporá, dentre outros assuntos, sobre as principais tipologias e modos de realização dos atos de corrupção relativos a cada carreira ou especialidade, assim como sobre os comportamentos preventivos recomendados, os casos nos quais haverá possibilidade de gravação audiovisual do contato com cidadãos ou com outros agentes públicos, e quais as medidas a serem adotadas pelo agente público quando se encontrar em situação de iminente prática de ato de improbidade administrativa.

§ 4º Os sítios eletrônicos do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios ou dos Municípios deverão conter, em link apropriado e especialmente desenvolvido para esta finalidade, todos os códigos de conduta vigentes na Administração Pública respectiva.

§ 5º A Controladoria-Geral da União e os Órgãos congêneres nos Estados, no Distrito Federal e Territórios e nos Municípios poderão alterar os códigos de conduta editados pelas Corregedorias ou pelos

Órgãos de fiscalização e controle a que se refere o *caput*, ou editá-los no caso de não existirem.

§ 6º A Controladoria-Geral da União, as Corregedorias e, quando for o caso, os outros Órgãos de fiscalização e controle farão, no período estabelecido no *caput*, estudo anual das áreas da Administração Pública nas quais é mais propícia a ocorrência de corrupção, e poderão exigir, sob pena de responsabilidade, a realização de treinamentos frequentes e específicos para agentes públicos que atuam nos setores de maior risco, com a respectiva confecção de relatórios sobre sua quantidade, qualidade e abrangência.

§ 7º O Ministério da Educação, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, desenvolverá medidas e programas de incentivo, em escolas e universidades, voltados ao estudo e à pesquisa do fenômeno da corrupção, à conscientização dos danos provocados pela corrupção e à propagação de comportamentos éticos.

§ 8º Sob pena de responsabilidade do gestor no caso de omissão, a repartição pública em que se faça atendimento a cidadãos deverá conter cartazes ou outros meios de divulgação visíveis, pelos quais sejam informados os serviços cobrados e seu respectivo valor, o número telefônico, o sítio eletrônico e a caixa de mensagens eletrônica das Controladorias, das Corregedorias ou dos Órgãos de fiscalização e controle e do Ministério Público, para os quais possam ser dirigidas reclamações e denúncias.

Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

De acordo com essa proposta, o poder público, em todas as esferas federativas, deverá aplicar percentuais mínimos em ações de propaganda institucional visando à prevenção e ao combate à corrupção.

Há um risco bastante alto de declaração de inconstitucionalidade da norma, caso o anteprojeto seja apresentado por parlamentares, uma vez que, a nosso ver, esbarraria em vício de iniciativa. Afinal, como se trata de tema orçamentário, a iniciativa é exclusiva do Presidente da República, nos termos do art. 165, III, da CF. No mesmo sentido, há vício de iniciativa na criação de atribuições para órgãos do Executivo, em face do art. 61, § 1º, II, *e*, da CF. Assim, mesmo que a nulidade por usurpação de iniciativa presidencial não contamine toda a proposta, serão provavelmente invalidados – caso aprovados sejam – os dispositivos que criam atribuições para órgãos do Executivo, como é o caso do § 7º do art. 3º, que cria obrigações para o Ministério da Educação.

Quanto ao mérito da proposta, pode-se considerá-la importante e até fundamental para o combate estrutural à corrupção. Trata-se de uma conhecida ferramenta de combate à corrupção, em especial para frear a chamada “corrupção inercial” – aquela que se propaga na sociedade por inércia, por não ser combatida. Nesse sentido, a ONU registra que:

The culture and motivation of officials is a critical factor at several stages of a corruption-prevention programme. Where corrupt values and practices have been adopted and institutionalized as cultural norms, officials tend to persist in such practices themselves and to be resistant to structural or cultural reforms to reduce corruption or strengthen transparency and accountability. (...) Once established, entrenched cultural values tend to be very difficult to uproot, particularly in relatively closed, rigid bureaucracies such as those commonly associated with the police or military personnel⁴⁶.

Dessa forma, enquanto outras medidas de combate focam na estratégia de curto prazo, essa ferramenta prioriza a prevenção de atos de corrupção, criando uma cultura de não corrupção. É, assim, uma medida de caráter estrutural, com efeitos a médio e longo prazos. Justamente por isso, é fortemente recomendada pela ONU⁴⁷ e realiza os mandamentos do art. 6, 1, *b*; do art. 10; e do art. 13, 1, *c*, e 2 da CNUCC.

Um bom exemplo de campanha bem sucedida para a criação de uma cultura de intolerância à corrupção foi a “Pequenas Corrupções”, realizada pela CGU nos anos de 2013 e 2014, principalmente por meio de redes sociais⁴⁸.

Em contrapartida, é preciso lembrar que, mesmo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de junho de 2015, o orçamento brasileiro ainda é quase inteiramente autorizativo, e não impositivo⁴⁹. Assim, a mera previsão orçamentária não significa, necessariamente, a efetiva aplicação dos recursos em campanhas de combate à

⁴⁶ UNODC, p. 244.

⁴⁷ “In addition to the Internet, media campaigns should be used to disseminate anticorruption information. A typical media campaign would include advertisements in newspapers, journals or magazines on posters, radio and TV. Leaflets could be handed out in highly frequented areas, such as pedestrian precincts, mass meetings and sporting events. Just as with any other type of advertising, short sentences and easy-to-remember phrases can help make people more aware of the issues.” (UNODC, p. 307).

⁴⁸ Cf. <http://www.cgu.gov.br/redes/diga-nao>. Acesso em 24 de junho de 2015.

⁴⁹ Cf. ABRUCIO, Fernando Luiz. **Trajatória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas**. Revista de Administração Pública, v. 41, n. spe, p. 71, 2007.

corrupção (ou, em outras palavras, a previsão orçamentária não assegura a execução financeira e orçamentária das despesas).

Os benefícios do art. 3º tendem a ser altos, uma vez que o treinamento de agentes públicos de combate à corrupção é apontado quase de forma unânime como uma condição *sine qua non* para o combate efetivo às práticas lesivas ao patrimônio público. Nesse contexto, o § 3º do art. 3º – que prevê a criação de um código de conduta claro a ser implantado na Administração Pública – é uma medida indispensável, apontada pela ONU como essencial à efetividade de outras medidas de combate à corrupção.

Nesse mesmo sentido, a medida coaduna-se com o mandamento do *caput* do art. 144 da CF, segundo o qual a segurança pública é dever de todos. Cria-se, a partir das medidas de propaganda anticorrupção, uma consciência individual de combate às práticas ilícitas⁵⁰.

Por outro lado, além do risco alto de declaração de inconstitucionalidade, caso a proposta seja apresentada por iniciativa parlamentar, podem ser apontados outros custos relacionados à implantação da medida.

Os percentuais fixados podem ser altos demais, subtraindo recursos de outras campanhas importantes. É preciso lembrar que o orçamento brasileiro já é excessivamente rígido; e que a propaganda institucional cobre diversas várias áreas de importância, como saúde e educação. A medida traz, dessa forma, um custo de aumento da rigidez orçamentária de um sistema que já é excessivamente rígido⁵¹. É de se perguntar, aliás, se essa vinculação poderia ser realizada por meio de projeto de lei, ou se seria necessária uma proposta de emenda à constituição (PEC).

Na justificção, os autores do anteprojeto apontam despesas orçamentárias, com a divisão entre publicidade institucional e publicidade de interesse público. Não apontam, contudo, como são distribuídos os valores da segunda espécie, de forma que se justifiquem os percentuais de 15, 10 e 5%, para União, estados e municípios,

⁵⁰ “Each member of the population should be encouraged to watch for corruption and take action when it is detected. Public support for mechanisms and institutions that increase accountability, such as requirements that State agencies make their proceedings as public as possible, and the presence of an objective public media to report and comment on those proceedings, should also be encouraged.” (UNODC, *Toolkits...*, p. 295).

⁵¹ Sobre a excessiva rigidez orçamentária brasileira e os riscos dela decorrentes, cf. MENDES, Marcos José. **Sistema Orçamentário Brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público**. Cadernos de Finanças Públicas, n. 9, pp. 78 e seguintes, 2009.

respectivamente. Consideramos mais prudente, se a medida vier a ser apresentada, fixar percentuais mais baixos, uma vez que se trata de vincular ainda mais a destinação dos recursos orçamentários, o que já é objeto de críticas no Direito brasileiro.

É, por outro lado, uma das medidas mais caras de combate à corrupção. Exige uma constância para que seus resultados sejam efetivos. Uma descontinuidade dessa política pode torná-la pouco eficaz, frustrando o alcance dos objetivos esperados. Segundo a ONU:

The cost of an effective public awareness campaign is often underestimated. Powerful and permanent political and budgetary commitments are essential. Altering public thinking is the most difficult and expensive aspect of anticorruption work. To be successful, given that public attitudes cannot usually be changed overnight, time and consistency in awareness raising will be necessary⁵².

Especificamente em relação ao § 4º do art. 2º, várias críticas podem ser apresentadas. Trata-se de prever que, a cada 50 km, nas rodovias federais, haja placas indicando “o número telefônico, o sítio eletrônico e a caixa de mensagens eletrônica por meio dos quais poderá ser reportada corrupção de policiais rodoviários ao Ministério Público”. Não se tem notícia de que a corrupção de policiais rodoviários federais seja significativamente maior do que a praticada por outros agentes de aplicação da lei; nem a indicação do número telefônico do Ministério Público a cada 50 km parece ser a forma mais fácil de combater esse tipo especial de corrupção. O custo financeiro de implementação dessa medida é, por fim, muito alto, ainda mais se levarmos em conta o conhecido estado de má conservação de muitas rodovias.

Sobre o § 5º do art. 2º, consideramos bastante questionável a proposição nele contida (utilização, nas campanhas de combate à corrupção, de imagens ou sons de testes de integridade em que o agente público tenha sido flagrado em atos de potencial corrupção). Além de a própria instituição do teste de integridade ser objeto de várias críticas, não é muito claro em que essa utilização poderia tornar mais efetiva a publicidade institucional de combate às práticas ilícitas. Além disso, também é possível que se venha a enfrentar o custo de possíveis questionamentos judiciais sobre aspectos como a possível violação à intimidade do agente retratado, ainda que o texto do dispositivo preveja sua não identificação.

⁵² UNODC, *Toolkits...*, p. 308.

Em conclusão, a medida de vinculação de despesas com publicidade para campanhas de combate à corrupção é intrinsecamente boa, mas pode enfrentar dificuldades jurídicas, como a do vício de iniciativa, por exemplo, e também econômicas, representadas pelo aumento da rigidez orçamentária. Todas essas são ponderações a serem avaliadas com cautela.

IV.4 ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL (RESPONSABILIZAÇÃO DE PARTIDOS POR ATOS DE CORRUPÇÃO, CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA DO CAIXA 2 ELEITORAL E PREVISÃO DE PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS ELEITORAIS)

Proposta do MP

Art. 1º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida, em seu Título III, dos seguintes artigos:

“**Art. 49-A.** Os partidos políticos serão responsabilizados objetivamente, no âmbito administrativo, civil e eleitoral, pelas condutas descritas na Lei nº 12.846, de 12 de agosto de 2013, praticadas em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, e também por:

I – manter ou movimentar qualquer tipo de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral;

II – ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação;

III – utilizar, para fins eleitorais, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

§ 1º A responsabilização dos partidos políticos não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes e administradores ou de qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha colaborado para os atos ilícitos, nem impede a responsabilização civil, criminal ou eleitoral em decorrência dos mesmos atos.

§ 2º A responsabilidade, no âmbito dos partidos políticos, será da direção municipal, estadual ou nacional, a depender da circunscrição eleitoral afetada pelas irregularidades.

§ 3º Em caso de fusão ou incorporação dos partidos políticos, o novo partido ou o incorporante permanecerá responsável, podendo prosseguir contra ele o processo e ser aplicada a ele a sanção fixada. A alteração do nome dos partidos políticos ou da composição de seus corpos diretivos não e lide a responsabilidade.”

“Art. 49-B. As sanções aplicáveis aos partidos políticos, do âmbito da circunscrição eleitoral onde houve a irregularidade, são as seguintes:

I – multa no valor de 10% a 40% do valor dos repasses do fundo partidário, relativos ao exercício no qual ocorreu a ilicitude, a serem descontados dos novos repasses do ano seguinte ou anos seguintes ao da condenação, sem prejuízo das sanções pela desaprovação das contas;

II – se o ilícito ocorrer ao longo de mais de um exercício, os valores serão somados;

III – o valor da multa não deve ser inferior ao da vantagem auferida.

§ 1º O juiz ou tribunal eleitoral poderá determinar, cautelarmente, a suspensão dos repasses do fundo partidário no valor equivalente ao valor mínimo da multa prevista.

§ 2º Para a dosimetria do valor da multa, o juiz ou tribunal eleitoral considerará, entre outros itens, o prejuízo causado pelo ato ilícito à administração pública, ao sistema representativo, à lisura e legitimidade dos pleitos eleitorais e à igualdade entre candidatos.

§ 3º O pagamento da multa não elide a responsabilidade do partido político em ressarcir integralmente o dano causado à administração pública.

§ 4º Se as irregularidades tiverem grave dimensão, para a qual a multa, embora fixada em valor máximo, for considerada insuficiente, o juiz ou tribunal eleitoral poderá determinar a suspensão do funcionamento do diretório do partido na circunscrição onde foram praticadas as irregularidades, pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

§ 5º No caso do parágrafo anterior, o Ministério Público Eleitoral poderá requerer ao TSE o cancelamento do registro da agremiação partidária, se as condutas forem de responsabilidade de seu diretório nacional.”

“Art. 49-C. O processo e o julgamento da responsabilidade dos partidos políticos, nos termos dos arts. 49-A e 49-B, incumbem à Justiça Eleitoral, seguindo o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1º Cabe ao Ministério Público Eleitoral a legitimidade para promover, perante a Justiça Eleitoral, a ação de responsabilização dos partidos políticos.

§ 2º O Ministério Público Eleitoral poderá instaurar procedimento apuratório, para os fins do § 1º que não excederá o prazo de 180 dias, admitida justificadamente a prorrogação, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação, inclusive as de natureza cautelar, nos termos da legislação processual civil.

§ 3º No âmbito dos tribunais, o processo será instruído pelo juiz ou ministro corregedor.”

Art. 2º A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos arts. 32-A e 32-B a seguir:

“**Art. 32-A.** Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.”

“**Art. 32-B.** Ocultar ou dissimular, para fins eleitorais, a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas quem utiliza, para fins eleitorais, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se os crimes definidos neste artigo forem cometidos de forma reiterada.”

Art. 3º O art. 105-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 105-A.** [...]”

Parágrafo único. Para apuração de condutas ilícitas descritas nesta lei, o Ministério Público Eleitoral poderá instaurar procedimentos preparatórios e prazo máximo inicial de noventa dias, nos termos de regulamentação a ser baixada pelo Procurador-Geral Eleitoral.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A medida em questão veicula, na verdade, três grupos de alterações distintas na legislação, a saber:

- a) a criminalização específica do “caixa dois” eleitoral, hoje previsto de forma genérica no art. 350 do Código Eleitoral;
- b) a previsão de responsabilidade (objetiva) dos partidos políticos por atos de corrupção praticados por seus membros, por meio da modificação da Lei

Orgânica dos Partidos Políticos (LOPP – Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995); e

- c) a inclusão, na Lei de Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), de dispositivo para permitir ao Ministério Público a instauração de procedimento preparatório para a investigação de ilícitos eleitorais.

Passaremos a analisar especificamente cada uma das propostas.

Criminalização específica do “caixa dois” eleitoral

A prática do chamado “caixa dois” eleitoral consiste na movimentação de recursos financeiros em campanhas eleitorais, sem o devido registro, por meio da omissão na prestação de contas. Tais valores podem ter origem lícita ou ilícita, embora geralmente decorram de doações eleitorais sub-reptícias.

Essa conduta reveste-se de gravidade suficiente a atrair a incidência do Direito Penal. Foi, inclusive, tema bastante debatido durante o julgamento de escândalos envolvendo atos de corrupção de agentes públicos⁵³.

Atualmente, a conduta é enquadrada como crime de falsidade ideológica, subsumida a um tipo genérico, previsto no art. 350 do Código Eleitoral, a falsidade ideológica eleitoral⁵⁴. Ainda assim, a Justiça Eleitoral exige a comprovação do especial fim de agir – “dolo específico” – para a configuração do delito, na modalidade omissiva⁵⁵. Existem consequências eleitorais não penais graves, inclusive a perda do mandato, por meio do ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, §§ 10 e 11) ou ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), prevista na Lei de

⁵³ Cf., a título de exemplo, o famoso caso do “Mensalão” (STF, Ação Penal nº 470/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa).

⁵⁴ “**Art. 350.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele (sic) devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.”.

⁵⁵ Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Recurso Especial Eleitoral (REspe) nº 202.702/MS, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJe de 21.05.2015: “O tipo do art. 350 do Código Eleitoral crime de falsidade ideológica eleitoral requer dolo específico. A conduta de omitir em documento, público ou particular, informação juridicamente relevante, que dele deveria constar (modalidade omissiva) ou de nele inserir ou fazer inserir informação inverídica (modalidade comissiva) deve ser animada não só de forma livre e com a potencial consciência da ilicitude, como também com um ‘especial fim de agir’. E essa especial finalidade, que qualifica o dolo como específico, é a eleitoral.”.

Eleições, art. 30-A)⁵⁶. Contudo, a própria condenação penal pela omissão na prestação de contas eleitorais não tem sido certa⁵⁷.

Em resumo, portanto, o “caixa dois” eleitoral já tem previsão como crime, mas essa previsão é genérica. A proposta do Ministério Público prevê a criminalização específica dessa conduta, assim como a proposta do Executivo (PL nº 855, de 2015) – embora, no anteprojeto do MP, a conduta seja tipificada na Lei de Eleições, ao passo que o PL de autoria da Presidente da República busque incluir o tipo no Código Eleitoral. Em ambas as propostas, são previstos dois tipos diferentes: um, de movimentação de valores sem registro, punido com reclusão de dois a cinco anos de reclusão (art. 32-A da Lei de Eleições, na proposta do MP; e art. 354-A do Código Eleitoral, segundo a proposta do Executivo); e outro, assemelhado à lavagem de dinheiro, punido com reclusão de três a dez anos (art. 32-B da Lei de Eleições, na proposta do MP; e art. 354-B do Código Eleitoral, segundo a proposta do Executivo).

Registre-se, ademais, que o novo tipo da movimentação ilegal de recursos eleitorais terá a mesma pena máxima do atual art. 350 do Código Eleitoral. Contudo, a criminalização específica da conduta trará benefícios de aumento da segurança jurídica, evitando discussões sobre o enquadramento típico da conduta, além de estabelecer uma pena mínima (dois anos), hoje inexistente.

É oportuno registrar que a Comissão Especial de Senadores, no Substitutivo apresentado ao PLS nº 236, de 2012, que trata da reforma do Código Penal, em dezembro de 2013, propôs o tipo penal de “doação ilegal eleitoral”, com o objetivo de criminalizar o caixa dois. Na versão do Substitutivo apresentado pelo Senador Vital do Rêgo no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ), em dezembro de 2014, o tipo foi revisto nos termos seguintes:

“**Art. 344.** Fazer doação proibida por lei, para fins eleitorais:

Pena – prisão, de dois a cinco anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem:

I – recebe ou aceita doação ilegal;

II – deixa de registrar doação feita ou recebida, na contabilidade apropriada.

§ 2º O juiz poderá deixar de aplicar a pena quando os valores que ultrapassarem os limites legais forem de pequena monta.”.

⁵⁶ TSE, REspe nº 28.387/GO, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 04.02.2008.

⁵⁷ No caso supracitado do Respe nº 202.702/MS, também ficou consignado que “a inserção inverídica de informações na prestação de contas ou a omissão de informações (que nela deveriam constar) não configura necessariamente o crime do art. 350 do Código Eleitoral”.

Essa proposta do relator na CCJ, contudo, não chegou ainda a ser votada na Comissão.

Os benefícios dessa criminalização específica são relativamente claros. A criminalização específica do caixa dois eleitoral traz benefícios em termos efetivos, ou seja, o maior apenamento, já que hoje a conduta é punida a título de mera falsidade. Mas também há benefícios simbólicos, pois, afinal, são conhecidas as forças de corrupção relacionadas a campanhas eleitorais, e a – por assim dizer – tentação dos candidatos em receber recursos de origem duvidosa, o que é um problema suficientemente grave para justificar a incidência específica do Direito Penal na repressão a essa conduta⁵⁸. A alteração realiza, demais, o mandamento do art. 23 da CNUCC⁵⁹.

⁵⁸ “All political office-holders may be subjected to additional corrupt influences during election periods. Funds must be raised and spent quickly, making accounting difficult, and donors may take advantage of political pressures to seek promises of favourable consideration should the candidate be elected”. (UNODC, p. 182).

⁵⁹ “1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente:

a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as consequências jurídicas de seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens o do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito;

b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produtos de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática.

2. Para os fins de aplicação ou colocação em prática do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à gama mais ampla possível de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, uma ampla gama de delitos qualificados de acordo com a presente Convenção;

c) Aos efeitos do item b supra, entre os delitos determinantes se incluirão os delitos cometidos tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. Não obstante, os delitos cometidos fora da jurisdição de um Estado Parte constituirão delito determinante sempre e quando o ato correspondente seja delito de acordo com a legislação interna do Estado em que se tenha cometido e constitui-se assim mesmo delito de acordo com a legislação interna do Estado Parte que aplique ou ponha em prática o presente Artigo se o delito houvesse sido cometido ali;

d) Cada Estado Parte proporcionará ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia de suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer emenda posterior que se atenha a tais leis;

e) Se assim requererem os princípios fundamentais da legislação interna de um Estado Parte, poderá dispor-se que os delitos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo não se apliquem às pessoas que tenham cometido o delito determinante.”

Por outro lado, alguns estudiosos apontam que existem outras formas mais eficazes de combater o caixa dois. Nesse sentido, Abramo sustenta que:

Se o problema a ser enfrentado é reduzir o papel dos financiamentos escondidos, então, já que são escondidos e ilegais, não serão novas regras formais que alterarão esse estado de coisas. O caixa dois eleitoral se alimenta de recursos advindos do caixa dois de empresas. Logo, o alvo adequado não seriam as regras de financiamento, mas a fiscalização tributária de empresas. Caso se reduzisse a informalidade tributária, isso automaticamente se refletiria numa redução da circulação de dinheiros ilícitos em eleições. É esse, basicamente, o sentido da parceria que o Tribunal Superior Eleitoral e a Secretaria da Receita Federal firmaram no início de 2006, segundo o qual a Receita passará a realizar fiscalizações em empresas caso haja razão para suspeita de sua participação em esquemas ilegais de financiamento⁶⁰.

Em contrapartida, é razoável considerar que a adoção dessa medida não exclui outras ações, inclusive de transparência da prestação de contas eleitorais, gerando uma sinergia de efeitos. Dentre as medidas complementares, destaca-se a prestação de contas *online* em tempo real, apontada pela UNODC como uma importante ferramenta de combate à corrupção⁶¹. Isso realiza o mandamento do art. 7, 3, da CNUCC⁶². No Senado Federal, três proposições foram apresentadas nesse sentido, todas, infelizmente, arquivadas⁶³.

Para concluir, pode-se afirmar que, descontados os custos de criação de um crime, no contexto de uma legislação penal tão expansiva quanto a brasileira, ainda assim a medida apresenta um custo-benefício bastante favorável, especialmente se combinada com outras ações legislativas.

Responsabilização de partidos por atos de corrupção

De acordo com o art. 1º da proposta do MP, será alterada a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (inserção dos arts. 49-A a 49-C), para prever a responsabilização dos partidos políticos por atos de seus membros.

⁶⁰ ABRAMO, Cláudio Weber. **Um mapa do financiamento político nas eleições municipais brasileiras de 2004**. Transparência Brasil, 2005, p. 7. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/mapa2004-1.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2015.

⁶¹ Require all parliamentarians to declare their assets and their campaign financing (UNODC, p. 183).

⁶² “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.”

⁶³ Cf. Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2012, do Senador Eduardo Suplicy; PLS nº 564, de 2011, do mesmo autor; PLS nº 283, de 2005, idem;

O art. 49-A estabelece a responsabilidade das agremiações pelas condutas descritas na Lei Anticorrupção, se praticadas em benefício da pessoa jurídica; bem como por atos de lavagem de dinheiro eleitoral ou caixa dois eleitoral. Essa responsabilidade – objetiva, uma vez que não se exige demonstração de dolo ou culpa do partido, apenas do interesse ou benefício – não exime a pessoa física que praticou o fato, e será imputada à direção nacional, estadual ou municipal.

As sanções aplicáveis variam desde multa (de 10% a 40% do valor dos repasses do Fundo Partidário, em relação ao exercício financeiro em que foram praticadas as condutas), podendo chegar mesmo à suspensão compulsória do funcionamento do partido ou até o cancelamento do registro, a ser requerido ao TSE, se os ilícitos forem de responsabilidade do diretório nacional (art. 49-B).

O processo e julgamento serão os mesmos da AIJE (prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990). Porém, enquanto para a AIJE são legitimados “qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral” (art. 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64, de 1990), na ação de responsabilização do partido político, estranhamente, a legitimação será (segundo o anteprojeto) exclusiva do MP (art. 49-C).

Inicialmente, destaquemos não haver justificativa jurídica ou prática para a previsão dessa exclusividade. Afinal, como dito, outras ações eleitorais admitem a legitimidade de outros partidos, coligações ou candidatos, o que aumenta a possibilidade de que ilícitos sejam noticiados ao Judiciário. Dar exclusividade ao MP para promover a responsabilização dos partidos concentra poderes nesse órgão, além de facilitar que ilícitos não sejam descobertos. Como se não bastasse, a exclusividade do MP facilita a corrupção de agentes ministeriais, criando condições propícias para estes prevaricarem, deixando de adotar as providências cabíveis. É altamente recomendável, portanto, que a proposta, se apresentada, altere a redação sugerida para o art. 49-C, ajustando a redação com o art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990.

Quanto ao conteúdo da proposta, os benefícios são consideráveis. Em primeiro lugar, porque realiza os mandamentos do art. 26 (alíneas 1 a 4) da CNUCC⁶⁴.

⁶⁴ “1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Também não se pode considerá-la uma medida discrepante da cultura jurídica brasileira, pois a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de seus agentes é relativamente comum em áreas como o direito penal, ambiental, administrativo, civil e empresarial. Especificamente em relação a eleições, a responsabilização pode concretizar a vedação ao abuso de poder econômico ou político, efetivando a igualdade de condições de disputa.

Outro efeito potencialmente favorável da medida é que a punição do partido por atos de seus membros estimulará a busca de lisura pelas agremiações, configurando-se uma forma potencialmente eficaz de combate à corrupção.

A alteração não é isenta, porém, de riscos ou efeitos desfavoráveis.

As punições e responsabilizações podem afetar o funcionamento de agremiações, deixando eleitores de determinada corrente ideológica sem a opção de apoiar a entidade ou suas ideias, independentemente da conduta de seus membros. De certa forma, a exclusão da disputa eleitoral – pena máxima aplicável – pode terminar por prejudicar eleitores do partido, indiretamente, o que é um efeito desfavorável. Logicamente, pode-se rebater esse ponto com o argumento de que, se o partido praticou ilícitos, o partido não merece poder ser votado. Todavia, limitações desse jaez à soberania popular devem sempre ser tomadas com cautela, para não se cair no risco de tratar o eleitor de forma paternalista.

A proposta também precisa de ajustes, do ponto de vista da redação e da técnica legislativa. Precisa haver aperfeiçoamentos de redação no § 3º do art. 49-A, que precisa ser desdobrado em dois dispositivos.

Há riscos de utilização das decisões – judiciais, inclusive – como forma de perseguição a partidos ou ideologias. Esse risco já existe atualmente, mas a objetivação da responsabilidade do partido pode potencializar os efeitos da má-fé dos agentes com poder decisório nessa área.

2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.”

Finalmente, embora a suspensão de atividades já seja permitida constitucionalmente (CF, art. 5º, XIX), pode haver questionamentos quanto à proporcionalidade da pena. Se, pelo aspecto da proporcionalidade em sentido positivo (proibição da proteção deficiente), deve haver uma repressão contra atos de corrupção dos quais o partido seja beneficiário, também se pode alegar que, a partir do aspecto da proporcionalidade em sentido negativo (proibição do excesso)⁶⁵, a sanção última é excessiva. Isso porque as penalidades aplicáveis – por uma responsabilização objetiva – passam da multa e suspensão por até quatro anos, para a extinção compulsória, o que pode ser considerado uma progressão desproporcional.

Como conclusão parcial, a medida possui efeitos benéficos relevantes, embora precise de aperfeiçoamentos, tanto do ponto de vista da técnica legislativa, quanto da legitimidade *ad causam*.

Possibilidade de instauração de procedimentos preparatórios pelo Ministério Público

Em 29 de setembro 2009, a Lei nº 12.034 (chamada de “minirreforma eleitoral”) inseriu na Lei de Eleições o art. 105-A, prevendo que, nas investigações eleitorais, não se aplica a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. A intenção era excluir a possibilidade de o MP instaurar inquérito civil em matéria eleitoral⁶⁶.

O inquérito civil – instaurado exclusivamente pelo MP (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 1985⁶⁷) – é procedimento preparatório, facultativo e preliminar da ação civil pública, com previsão tanto constitucional (CF, art. 129, III), quanto legal (art. 8º

⁶⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

⁶⁶ “(...) a restrição estabelecida pelo art. 105-A não constava do projeto original e foi pouco abordada e discutida pelas Casas Legislativas. A questão decorreu de uma emenda (Plenário n. 57) da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada, no intuito de inviabilizar a utilização do inquérito civil na seara eleitoral. Na justificativa, o Deputado assim ponderou: ‘O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (*sic*) ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (*sic*) que atingi (*sic*) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral’”. GUIMARÃES, Marla Marcon Andrade. **A vedação dos procedimentos da acp em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público**. In: Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – n. 41, jul./dez. 2013, p. 146.

⁶⁷ “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

da Lei nº 7.347, de 1985), de suma importância inclusive para evitar o ajuizamento açodado de ações⁶⁸. Na matéria eleitoral, embora existam os procedimentos de investigação judicial, como a AIJE, não há, em nosso ver, argumentos plausíveis para impedir a instauração do inquérito civil.

Contra essa alteração da “minirreforma”, foi ajuizada a ADI nº 4.352/DF, pendente de julgamento. Na doutrina, algumas vozes sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao inciso III do art. 129 da CF⁶⁹. A norma atual traz ainda grande discussão sobre a extensão da proibição: se essa se estende apenas à utilização do inquérito civil, ou se proíbe até mesmo a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347, de 1985, aos procedimentos eleitorais⁷⁰.

Se a própria modificação trazida pela Lei nº 12.034, de 2009, já foi questionável, pode-se apontar a proposta de flexibilização da proibição por ela trazida como benéfica. De acordo com o anteprojeto, seria incluído um parágrafo único no art. 105-A da Lei nº 9.504, de 1997, para estabelecer que o MP pode instaurar procedimentos preparatórios.

A redação, porém, merece ser alterada. O poder regulamentar não deve ser atribuído ao Procurador-Geral da República (PGR), que atua também como Procurador-Geral Eleitoral (art. 73, *caput*, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993). Seria ele, assim, ao mesmo tempo, autoridade normatizadora e destinatário da norma, o que não nos parece recomendável. Tampouco a regulamentação deve ser atribuída ao TSE, uma vez que se trata de matéria intrínseca à atuação do fiscal da lei. Consideramos que o poder regulamentar deve, nesse caso, ser atribuído ao Conselho Nacional do Ministério Público, órgão colegiado de sede constitucional (CF, art. 130-A).

Outra opção seria, ainda, simplesmente revogar o art. 105-A, para voltar a permitir a aplicação da Lei nº 7.347, de 1985, aos procedimentos eleitorais.

⁶⁸ Segundo João Batista de Almeida, o inquérito civil é “procedimento administrativo, instaurado sob a presidência do Ministério Público, com o objetivo de colher elementos de convicção que possibilitem o ajuizamento de ação civil pública ou a assinatura de termos de ajustamento de conduta” ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 2009, p. 164.

⁶⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 86.

⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim; SANTOS, Ludgero F. **As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LACP?** Revista brasileira de direito eleitoral, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, jan./jun. 2012.

A especificidade da matéria, contudo, recomenda a manutenção – embora de forma flexibilizada – da lógica trazida pela Lei nº 12.034, de 2009.

A proposta pode ser considerada, portanto, francamente desejável, mesmo porque dá – ou devolve – ao MP instrumentos para exercer sua atividade-fim de defesa do regime democrático (CF, art. 127, *caput*), efetivando diversas funções institucionais constantes do art. 129 da CF.

IV.5 CONFISCO ALARGADO E AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

Institui o confisco alargado (art. 91-A ao Código Penal) e cria a ação de extinção de domínio de bens que sejam produto, proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita.

Confisco alargado (Proposta do MP):

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 91-A:

“**Art. 91-A.** Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 12 do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ação Civil de Extinção de Domínio (Proposta do MP):

Capítulo I Disposições Gerais

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a perda civil de bens, que consiste na extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita, ou com as quais estejam relacionados na forma desta

lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização.

Parágrafo único. A perda civil de bens abrange a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos.

Art. 2º A perda civil de bens será declarada nas hipóteses em que o bem, direito, valor, patrimônio ou seu incremento:

- I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita;
- II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita;
- III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;
- IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;
- V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores.

§ 1º A ilicitude da atividade apta a configurar o desrespeito à função social da propriedade, para os fins desta lei, refere-se à procedência, à origem, ou à utilização dos bens de qualquer natureza, direitos ou valores, sempre que relacionados, direta ou indiretamente, com as condutas previstas nos seguintes dispositivos:

- a) art. 159 e parágrafos do Código Penal (extorsão mediante sequestro);
- b) art. 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoa com fins de exploração sexual);
- c) art. 231-A do Código Penal (tráfico interno de pessoa com fins de exploração sexual);
- d) art. 312 do Código Penal (peculato);
- e) art. 312-A do Código Penal (enriquecimento ilícito);
- f) art. 313-A do Código Penal (inserção de dados falsos em sistema de informações);
- g) art. 316 do Código Penal (concussão);
- h) art. 317 do Código Penal (corrupção passiva);
- i) art. 332 do Código Penal (tráfico de influência);
- j) art. 333 do Código Penal (corrupção ativa);
- k) art. 357 do Código Penal (exploração de prestígio);
- l) art. 32 da Lei nº 8.137/1990 (tráfico de influência, corrupção e concussão de funcionários do Fisco);
- m) art. 17 da Lei nº 10.826/2003 (comércio ilegal de arma de fogo);

n) art. 18 da Lei nº 10.826/2003 (tráfico internacional de arma de fogo);

o) arts. 33 a 39 da Lei nº 11.343/2006.

§ 2º A transmissão de bens por meio de herança, legado ou doação não obsta a declaração de perda civil de bens, nos termos desta lei.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao lesado e ao terceiro interessado que, agindo de boa-fé, pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio, por si ou por seu representante, não tinha condições de conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem.

Art. 3º Caberá a perda civil de bens, direitos ou valores situados no Brasil, ainda que a atividade ilícita tenha sido praticada no estrangeiro.

§ 1º Na falta de previsão em tratado, os bens, direitos ou valores objeto da perda civil por solicitação de autoridade estrangeira competente, ou os recursos provenientes da sua alienação, serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade.

§ 2º Antes da repartição serão deduzidas as despesas efetuadas com a guarda e manutenção dos bens, assim como aquelas decorrentes dos custos necessários à alienação ou devolução.

Capítulo II

Da Apuração da Origem Ilícita dos Bens

Art. 4º O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público legitimada poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento de ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse.

Parágrafo único. O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa de direito público legitimada poderão requisitar de qualquer órgão ou entidade pública certidões, informações, exames ou perícias, ou informações de particular, que julgarem necessárias para a instrução dos procedimentos de que trata o *caput*, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Art. 5º O órgão ou entidade pública que verificar indícios de que bens, direitos ou valores se encontram nas hipóteses de perda civil previstas nesta lei deverá comunicar o fato ao Ministério Público e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público a que estiver vinculado.

Parágrafo único. Verificada a existência de interesse de outra pessoa jurídica de direito público, as informações recebidas na forma do *caput* deverão ser compartilhadas com o respectivo Ministério Público e órgão de representação judicial.

Capítulo III

Do Processo

Art. 6º A declaração de perda civil independe da aferição de responsabilidade civil ou criminal, bem como do desfecho das respectivas ações civis ou penais, ressalvada a sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor, hipótese em que eventual reparação não se submeterá ao regime de precatório.

Art. 7º A ação será proposta:

I – pela União, pelos Estados ou pelo Distrito Federal;

II – pelo Ministério Público Federal, nos casos de competência cível da Justiça Federal;

III – pelo Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, nos demais casos.

§ 1º Nos casos em que não for autor, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público poderá aditar a petição inicial, e, em caso de desistência ou abandono da ação por ente legitimado, assumirá a titularidade ativa.

Art. 8º Figurará no polo passivo da ação o titular ou possuidor dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. O preposto, gerente ou administrador de pessoa jurídica estrangeira presume-se autorizado a receber citação inicial.

Art. 9º Se não for possível determinar o proprietário ou o possuidor, figurarão no polo passivo da ação réus incertos, que serão citados por edital, do qual constará a descrição dos bens.

§ 1º Apresentando-se qualquer pessoa física ou jurídica como titular dos bens, poderá ingressar no polo passivo da relação processual, recebendo o processo na fase e no estado em que se encontra.

§ 2º Aos réus incertos será nomeado curador especial, mesmo na hipótese do parágrafo anterior.

Art. 10. A ação poderá ser proposta no foro do local do fato ou do dano, e, não sendo conhecidos estes, no foro da situação dos bens ou do domicílio do réu.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a competência do juízo para todas as ações de perda civil de bens posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Art. 11. A ação de que trata esta lei comportará, a qualquer tempo, a concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, mesmo que ainda não tenha sido identificado o titular dos bens.

§ 1º As medidas de urgência, concedidas em caráter preparatório, perderão a sua eficácia se a ação de conhecimento não for proposta no

prazo de 60 (sessenta) dias, contados da sua efetivação, prorrogável por igual período, desde que reconhecida necessidade em decisão fundamentada pelo juiz da causa.

§ 2º Sem prejuízo da manutenção da eficácia das medidas de urgência enquanto presentes os seus pressupostos, eventuais pedidos de liberação serão examinados caso a caso, podendo o juiz determinar a prática dos atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 3º Realizada a apreensão do bem, o juiz imediatamente deliberará a respeito da alienação antecipada, ou sobre a nomeação de administrador.

§ 4º Uma vez efetivada a constrição sobre o bem, o processo judicial terá prioridade de tramitação.

Art. 12. O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, determinará a alienação antecipada a terceiros para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua custódia e manutenção.

§ 1º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, e os autos desse incidente terão tramitação autônoma em relação aos da ação principal.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens e intimará:

I – o Ministério Público;

II – a União, o Estado ou o Distrito Federal, conforme o caso, que terá o prazo de 10 (dez) dias para fazer a indicação a que se referem os §§ 32 e 4.2 deste artigo;

III – o réu, os intervenientes e os interessados conhecidos, com prazo de 10 (dez) dias;

IV – eventuais interessados desconhecidos, por meio de edital.

§ 3º Não serão submetidos à alienação antecipada os bens que a União, o Estado, ou o Distrito Federal indicar para serem colocados sob uso e custódia de órgãos públicos.

§ 4º Não sendo possível a custódia por órgão público, os bens não submetidos à alienação antecipada serão colocados sob uso e custódia de instituição privada que exerça atividades de interesse social ou atividade de natureza pública.

§ 5º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz homologará o valor atribuído aos bens e determinará que sejam alienados em leilão, preferencialmente eletrônico, não sendo admitido preço vil.

§ 6º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada vinculada ao processo e ao juízo, nos termos da legislação em vigor.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sendo tais valores destinados à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, conforme o caso.

Art. 13. O juiz, quando necessário, após ouvir o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas de urgência, mediante termo de compromisso.

Art. 14. A pessoa responsável pela administração dos bens:

I – fará jus a remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita, preferencialmente, com os frutos dos bens objeto da administração;

II – prestará contas da gestão dos bens periodicamente, em prazo a ser fixado pelo juiz, quando for destituído da administração, quando encerrado o processo de conhecimento e sempre que o juiz assim o determinar;

III – realizará todos os atos inerentes à manutenção dos bens, inclusive a contratação de seguro, quando necessária, vedada a prática de qualquer ato de alienação de domínio;

IV – poderá ceder onerosamente a utilização dos bens para terceiros, exigindo-se contratação de seguro por parte do cessionário, se assim determinar o juiz, em razão da natureza do bem ou das circunstâncias relativas ao seu uso.

Art. 15. Julgado procedente o pedido de perda civil de bens, o juiz determinará as medidas necessárias à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento, desde que instruída com nova prova.

Capítulo IV Disposições Finais

Art. 16. Nas ações de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do autor, salvo a hipótese de comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

§ 1º Sendo necessária perícia, será realizada preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da Administração Pública direta e indireta.

§ 2º Nos casos de realização de perícia a requerimento do autor ou de ofício, sendo imprescindível a nomeação de perito não integrante da Administração Pública, as despesas para sua efetivação serão adiantadas pela União, pelo Estado ou pelo Distrito Federal interessados na ação prevista nesta lei, conforme o caso.

§ 3º As despesas com a perícia e os honorários do perito não integrante da Administração Pública serão pagos ao final pelo réu,

caso vencido, ou pela União, pelo Estado ou pelo Distrito Federal, conforme o caso.

Art. 17. Em caso de procedência definitiva do pedido, os recursos auferidos com a declaração de perda civil de bens e as multas previstas nesta lei serão incorporados ao domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de improcedência, tais valores, corrigidos monetariamente, serão restituídos ao seu titular.

Art. 18. O terceiro que, não sendo réu na ação penal correlata, espontaneamente prestar informações de maneira eficaz ou contribuir para a obtenção de provas para a ação de que trata esta lei, ou, ainda, colaborar para a localização dos bens, fará jus à retribuição de até cinco por cento do produto obtido com a liquidação desses bens.

Parágrafo único. A retribuição de que trata este artigo será fixada na sentença.

Art. 19. O disposto nesta lei não se aplica aos bens, direitos ou valores oriundos do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, apurados em ação penal, que permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.

Art. 20. Aplicam-se a esta lei os dispositivos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública e, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ação civil de Extinção de Domínio (propostas do Poder Executivo):

PEC nº 10, de 2015 (na Câmara dos Deputados)

Art. 1º A Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 129.**

X – promover inquérito civil e ação civil pública de extinção do direito de posse ou de propriedade, e de todos os direitos sobre bem ou valor de qualquer natureza que sejam produto ou proveito de atividade criminosa, improbidade administrativa, enriquecimento ilícito, ou com as quais estejam relacionadas, na forma da lei.

.....” (NR)

“**Art. 132-A.** Compete à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios promover, concorrentemente com o Ministério Público, ação civil pública de extinção do direito de posse ou de propriedade e de todos os direitos sobre bem ou valor de qualquer natureza, que sejam produto ou proveito de atividade criminosa, improbidade administrativa, enriquecimento ilícito ou com as quais estejam relacionadas, na forma da lei.” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

PL nº 856, de 2015 (na Câmara dos Deputados)

Capítulo I Disposições Gerais

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a ação civil pública de extinção do direito de posse ou propriedade, e demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens ou valores de qualquer natureza que sejam produto ou proveito de atividade criminosa, improbidade administrativa, enriquecimento ilícito, ou com os quais estejam relacionados na forma desta Lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização.

Parágrafo único. A ação poderá recair sobre a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos.

Art. 2º A extinção do direito de posse e de propriedade será declarada nas hipóteses em que o bem, direito ou valor:

I – proceda, direta ou indiretamente, de improbidade administrativa ou de atividade criminosa;

II – seja relacionado ou utilizado como meio ou instrumento para a realização de improbidade administrativa ou atividade criminosa;

III – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I e II; ou

IV – seja incompatível com a renda ou a evolução do patrimônio do proprietário ou do possuidor e não tenha comprovação de origem lícita.

§ 1º A transmissão de bens, direitos ou valores por meio de herança, legado ou doação não obsta a declaração de extinção do direito de posse e de propriedade, nos termos desta Lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao lesado e ao terceiro interessado que, agindo de boa-fé, pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio, por si só ou por seu representante, não tinha condições de conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem.

Art. 3º Caberá a extinção do direito de posse e de propriedade ainda que a atividade ilícita tenha sido praticada no estrangeiro.

§ 1º Na falta de previsão em tratado, os bens, direitos ou valores objetos da extinção do direito de posse e de propriedade por solicitação de autoridade estrangeira competente, ou os recursos provenientes da sua alienação, serão repartidos entre o país requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

§ 2º Antes da repartição, serão deduzidas as despesas efetuadas com a guarda e a manutenção dos bens ou valores e aquelas decorrentes dos custos necessários à alienação ou à devolução.

Capítulo II Do Processo

Art. 4º A ação será proposta por:

I – Advocacia-Geral da União ou Ministério Público Federal, quando a atividade ilícita a que os bens estiverem ligados lesar o interesse, o patrimônio ou o serviço da administração pública federal, direta ou indireta;

II – Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando a atividade ilícita a que os bens estiverem ligados lesar o interesse, o patrimônio ou o serviço da administração pública, direta ou indireta, estadual, distrital ou municipal; e

III – Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses não contempladas no inciso I.

Parágrafo único. Nas hipóteses em que houver mais de um legitimado ativo, proposta a ação por um deles, os demais serão obrigatoriamente intimados para, querendo, integrarem o feito.

Art. 5º A ação será proposta contra o titular dos bens, direitos ou valores e, no caso de sua não identificação, contra os detentores, possuidores ou administradores.

§ 1º Se não for possível identificar o proprietário, o possuidor, o detentor ou o administrador dos bens, direitos ou valores, a ação poderá ser proposta contra réu incerto, que será citado por edital, no qual constará a descrição dos bens.

§ 2º Caso o titular dos bens, direitos ou valores se apresente, o processo prosseguirá contra ele a partir da fase em que se encontrar.

§ 3º Ao réu incerto será nomeado curador especial, inclusive na hipótese do parágrafo anterior.

Art. 6º É competente para a ação a autoridade judiciária do local do fato ou do dano e, não sendo estes conhecidos, aquela da situação dos bens ou do domicílio do réu.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a competência do juízo para todas as ações de extinção do direito de posse e de propriedade de bens, direitos ou valores posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Art. 7º O juiz poderá indeferir a petição inicial, no prazo de quinze dias, se convencido da inexistência de indícios suficientes do fato sobre que se funda a ação ou da inadequação da via eleita.

Art. 8º Recebida a petição inicial, o réu será citado para apresentar contestação no prazo de quinze dias.

Art. 9º A ação de que trata esta Lei comportará, a qualquer tempo, a concessão das medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, ainda que o titular dos bens, direitos ou valores não tenha sido identificado.

Parágrafo único. As medidas de urgência, concedidas em caráter preparatório, perderão sua eficácia se a ação não for proposta no prazo de trinta dias, contado da sua efetivação, prorrogável, uma única vez, por igual período, desde que reconhecida a necessidade em decisão fundamentada pelo juiz da causa.

Art. 10. Realizada a apreensão do bem, o juiz imediatamente deliberará sobre a alienação antecipada ou a nomeação de administrador.

Parágrafo único. Efetivada a constrição sobre o bem, o processo judicial terá prioridade de tramitação.

Art. 11. O juiz, de ofício ou a requerimento, determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua custódia e manutenção.

§ 1º O juiz determinará a avaliação dos bens e intimará, para manifestação no prazo de quinze dias:

I – o Ministério Público;

II – a União, o Estado, o Distrito Federal, ou o Município;

III – o réu, os intervenientes e os interessados conhecidos; e

IV – eventuais interessados desconhecidos, por meio de edital.

§ 2º Feita a avaliação e dirimidas as divergências, o juiz homologará o valor atribuído aos bens e determinará que sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a setenta e cinco por cento da avaliação.

§ 3º Realizado o leilão ou o pregão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, observados os seguintes procedimentos:

I – nos processos de competência da Justiça Federal:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira oficial e processados em seguida para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de vinte e quatro horas;

b) mediante ordem de autoridade judicial, o valor do depósito, será:

1. colocado à disposição do réu, atualizado monetariamente, no caso de sentença que reconheça a improcedência do pedido; e

2. no caso de sentença que reconheça a procedência do pedido, incorporado definitivamente ao patrimônio da União após o decurso do prazo da ação rescisória.

c) os valores devolvidos por instituição financeira oficial da União serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição; e

d) as instituições financeiras oficiais da União manterão controle dos valores debitados ou devolvidos; e

II – nos processos de competência da Justiça dos Estados e do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira oficial em que a unidade da federação possua mais da metade do capital social integralizado ou, na sua ausência, em instituição financeira oficial da União;

b) os depósitos serão repassados para a conta única da unidade da federação, na forma da respectiva legislação; e

c) mediante ordem de autoridade judicial, o valor do depósito, da sentença, será:

1. colocado à disposição do réu, atualizado monetariamente, no caso de sentença que reconheça a improcedência do pedido; e

2. no caso de sentença que reconheça a procedência do pedido, incorporado definitivamente ao patrimônio da unidade da federação, após o decurso do prazo da ação rescisória.

§ 4º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e as multas incidentes sobre o bem alienado, e os valores serão destinados à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, conforme o caso.

§ 5º Enquanto não concluída a alienação, nos casos que exijam medidas imediatas de gestão, o juiz, após ouvir o Ministério Público, nomeará pessoa natural ou jurídica para a administração dos bens, direitos ou valores, mediante termo de compromisso.

§ 6º A pessoa responsável pela administração dos bens, direitos ou valores:

I – fará jus a remuneração fixada pelo juiz, que será satisfeita, preferencialmente, com os frutos dos bens objeto da administração;

II – prestará ao juízo informações periódicas da situação dos bens sob sua administração e explicações sobre investimentos, do que dará ciência às partes; e

III – realizará todos os atos inerentes à manutenção dos bens.

Art. 12. Julgado procedente o pedido, o juiz determinará as medidas necessárias à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores.

Art. 13. A declaração de extinção do direito de posse e de propriedade independe da aferição de responsabilidade civil ou criminal e do desfecho das ações civis ou penais, ressalvada a sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria.

Capítulo IV

Disposições Finais

Art. 14. Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do autor, exceto na hipótese de comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

§ 1º Se necessária perícia, será realizada preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da administração pública.

§ 2º As despesas com a perícia e os honorários do perito não integrante da administração pública serão pagos, ao final, pelo réu, caso vencido, ou pela União, Estado, Distrito Federal, ou por entidades da administração indireta interessadas, conforme o caso.

Art. 15. Em caso de procedência definitiva do pedido, os recursos auferidos com a declaração de extinção do direito de posse e de propriedade de bens, direitos e valores e as multas previstas nesta Lei serão incorporados ao domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Art. 16. Em caso de improcedência do pedido, os valores serão restituídos ao seu titular, atualizados monetariamente.

Art. 17. Aplicam-se, subsidiariamente, as normas da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e do Código de Processo Civil.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Contextualização e visão geral

Como já foi destacado em outros momentos neste estudo, o direito penal deve se preocupar com os novos tipos de criminalidade decorrentes da complexa sociedade moderna. Atualmente, devem ganhar a atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais, pois o sujeito passivo é a coletividade, cuja proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras.

O direito penal deve ser modernizado e preparado para esta nova realidade, não apenas quanto à eleição do bem jurídico protegido, mas também quanto às penas impostas, já que, em muitos casos, a pena de prisão se revela insuficiente e inadequada.⁷¹

⁷¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. 203p. (Monografias; 37)

Neste ponto, portanto, mais uma vez, mostra-se importante a iniciativa do MP em buscar focar a atenção do legislador para as consequências financeiras dos crimes contra a Administração Pública.

As convenções internacionais⁷², adotadas por diversos países do mundo, inclusive pelo Brasil, observaram que a pena de confisco de bens caracteriza-se como alternativa penal mais justa e adequada para os delitos econômicos, os crimes contra a Administração Pública e aqueles praticados por pessoas jurídicas. A perda de patrimônio pode ser, vale ressaltar, pena mais lesiva ao indivíduo do que a privação da liberdade.

Ademais, a razão de ser dos crimes de corrupção está intimamente relacionada ao desejo de enriquecimento, ambição e cobiça. Então, nada mais razoável do que a reprimenda destinada ao delito seja o desfazimento do patrimônio adquirido de maneira ilícita.

Os Estados modernos vêm dotando suas legislações de vários instrumentos relacionados à perda de bens decorrentes de atividade ilícita. Além da perda de bens clássica, que decorre dos produtos ou proveitos do crime, foram criadas leis para combater a lavagem de dinheiro e o “branqueamento” de capitais. Do mesmo modo, parte dos ordenamentos jurídicos criminalizou a figura do enriquecimento ilícito, para alcançar servidores públicos que apresentassem aumento patrimonial incompatível com seus rendimentos. A proposta para o crime de enriquecimento ilícito ainda será analisada no presente estudo.

⁷² Como exemplo, o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, nestes termos:

“Artigo 31-Embargo preventivo, apreensão e confisco:

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

(...)

8. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.”

Igualmente, as legislações começaram a prever o confisco de bens de origem desconhecida que se encontrassem na posse ou titularidade do agente condenado por crimes econômicos (confisco alargado). Também foram criadas lei que previssem um procedimento *in rem*, de natureza administrativa, dirigido contra coisas de origem suspeita (a *civil forfeiture* do direito estadunidense e a *civil recovery* do direito britânico), impondo aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado⁷³.

O “confisco alargado” e os riscos de declaração de inconstitucionalidade

Muitas dúvidas quanto à constitucionalidade do chamado “confisco alargado” foram suscitadas naqueles países⁷⁴. Cremos que o mesmo ocorrerá no Brasil.

Com efeito, a proposta do MP, ora analisada, prevê, como decorrência de uma condenação criminal, “a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”.

⁷³ Podem ser citados os seguintes países que adotaram legislações de confisco alargado e/ou perda civil de bens: Espanha, Países Baixos, França, Alemanha e Itália. As presentes informações podem ser conferidas em: CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100, 2013, pp. 453-501, Jan-Fev/2013.

⁷⁴ Como o assunto foi discutido na Alemanha: “A perda alargada (erweiterte Verfall) foi introduzida no § 73d do CP (LGL\1940\2) alemão pela Lei de 15.07.1992, que entrou em vigor a 22 de setembro do mesmo ano. De acordo com o enunciado da norma, em caso de cometimento de um facto ilícito-típico punido por uma norma que expressamente remeta para o instituto da perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens titulados ou detidos pelos autores e participantes sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição (“wenn Umstände die Annahme rechtfertigen”) de que eles foram obtidos através ou para o cometimento de outros factos ilícitos-típicos. O Bundesgerichtshof pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com o princípio da culpa e a presunção de inocência constitucionalmente garantidos, adoptando para tanto uma interpretação (muito) restritiva da referida norma: a medida só pode ser decretada se o tribunal se encontrar plenamente convencido, em virtude de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos típicos e ilícitos, os quais todavia não têm que ser individualmente provados; conseqüentemente, a dúvida razoável sobre a proveniência dos bens impedirá o decretamento do confisco. Mas as dúvidas sobre a constitucionalidade da perda alargada no direito alemão suscitam-se também em outros quadrantes. Na verdade, tanto o legislador como o Tribunal Constitucional pretenderam conferir a esta medida um carácter não penal, por analogia com a perda clássica. Porém, como vimos, a perda clássica, dirigindo-se agora ao valor bruto dos bens obtidos – inovação que, curiosamente, foi introduzida para uniformizar o seu regime com o da perda alargada, criada uns meses depois – tem, de acordo com a doutrina dominante, a natureza de uma pena. Ora, parte da doutrina entende que, ao invés do que ocorre com a perda clássica, não é possível fazer aqui uma interpretação conforme com a Constituição, de maneira a harmonizar o regime com o princípio da culpa, visto que este foi expressamente afastado pelo legislador e aquela interpretação implicaria, na realidade, a (metodologicamente ilegítima) determinação de uma nova norma. Conseqüentemente, o § 73d seria inconstitucional” In: CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 100, 2013, pp. 453-501, Jan.-Fev./2013.

Trata-se de sanção de origem criminal, seara onde impera a presunção da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Assim, serão inúmeros os reclamos de que a norma não se coaduna com nossos princípios constitucionais.

Além disso, a criação de hipótese de confisco por meio de lei ordinária, sem correspondente no art. 243 da CF⁷⁵, tem risco relativamente alto de ter a constitucionalidade questionada.

Importa destacar que o confisco alargado, como efeito genérico da condenação – que recairá sobre todos os bens que integram o patrimônio do réu – guarda semelhança, mas não identidade, com o confisco decorrente do crime de enriquecimento ilícito⁷⁶.

No enriquecimento ilícito, é dever do Estado provar que houve o enriquecimento, mediante aumento significativo do patrimônio do servidor público, e que este acréscimo patrimonial é incompatível com os rendimentos que auferir. Assim, o patrimônio incrementado necessita ser demonstrado pelo órgão de acusação e, caso a ilicitude reste comprovada, o confisco sobre estes bens especificados ocorrerá.

O enriquecimento ilícito é um crime contra a Administração Pública, assim, o sujeito ativo será um servidor que deve agir pautado pela moralidade e probidade administrativas. Ao tomar posse no serviço público, o agente está ciente do regime de direito público a que está submetido, destacadamente ao dever de apresentar declaração de bens e valores que constituam seu patrimônio (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 13, § 5º). Desta maneira, o desvalor da conduta do referido delito ampara a legitimidade de sua previsão em nosso ordenamento.

Neste sentido, ROSSETO⁷⁷:

Sob o ponto de vista fragmentário, a criminalização do enriquecimento ilícito se justifica tendo em vista a intensa gravidade da lesão à qual a conduta do agente submete o bem jurídico. Explica-

⁷⁵ Perceba-se que, para a previsão de confisco dos bens utilizados para a exploração do trabalho escravo, foi aprovada uma Emenda Constitucional (EC), a EC nº 81, de 5 de junho de 2014.

⁷⁶ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual, p. 13) – Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/>. Acesso em 16 de junho de 2015.

⁷⁷ ROSSETO, Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, p. 924. In: *Direito Penal da Administração Pública*/ Luiz Regis Prado, René Ariel Doti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4).

se: os agentes públicos, como *longa manus* do Estado, são detentores de poderes meramente instrumentais, indispensáveis para gerir os interesses públicos. O uso destes poderes encontra legitimidade, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos (...), sendo inadmissível a utilização dessas prerrogativas para a satisfação de interesses e conveniências particulares. Entretanto, contrapostos a esses poderes existe uma gama de deveres que devem ser criteriosamente observados, como, por exemplo, o dever de probidade e transparência.

O confisco de bens no crime de enriquecimento ilícito se justifica pelas provas que são produzidas no processo penal e que levam à condenação, e também pela presunção – objeto de prova, evidentemente – de que o incremento de patrimônio do servidor, sem correspondência em seus rendimentos declarados, foi adquirido de maneira ilícita. Lembre-se novamente que o servidor público possui o dever de declarar seu patrimônio à Administração.

Por sua vez, a previsão do art. 91-A que a proposta pretende inserir no CP não incidirá apenas sobre crimes contra a Administração Pública, mas sobre um extenso rol de delitos; e o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Ademais, a definição da extensão do confisco se dá de forma aritmética: a perda de bens incidirá sobre o patrimônio total do indivíduo, exceto os bens de origem lícita comprovada – daí o nome de “confisco alargado”.

O confisco alargado corre grande risco de ser declarado inconstitucional – ao menos da maneira como apresentada na proposta do MP – por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, em face do direito à não-autoincriminação.

A compreensão decorre do princípio de que o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo⁷⁸ e é presumidamente inocente, até que se prove o contrário.

⁷⁸ Apenas para promover o debate, é bom destacar o princípio da não auto-incriminação não está expresso no texto constitucional. A doutrina defende que o princípio decorre do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), e sua interpretação deve ser alargada para compreender também: o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, o direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. Todavia, em virtude dessa incompletude normativa explícita, há corrente e doutrinária e jurisprudencial (Corte Suprema dos Estados Unidos, Caso *Schmerber vs. Califórnia*, 1966), no sentido de que o direito de não auto-incriminação só valeria em relação ao silêncio e às declarações comunicativas do réu (orais ou escritas). Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 26 janeiro. 2010.

Assim, não seria obrigado a comprovar que todo seu patrimônio é originado de fontes lícitas⁷⁹.

O “confisco civil”: a ação civil de extinção de domínio

Noutro giro, a perda civil de bens poderá se mostrar uma alternativa juridicamente viável no ordenamento brasileiro, ainda que possa ter sua constitucionalidade questionada, consoante se verá.

A ideia de uma ação desse tipo se baseia na concretização do princípio constitucional da função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII), segundo o qual a propriedade só é legítima quando utilizada de forma a maximizar o bem-estar da coletividade.

Sobre esse ponto, Tiago Essado considera que:

A declaração judicial de perda do bem, atualmente, na esfera processual penal ocorre simultaneamente com a análise da culpabilidade, eis que esta atua como pressuposto lógico necessário do confisco, em nome do princípio da presunção de inocência. Inexiste no Brasil qualquer procedimento extrapenal, de natureza judicial, que foque a propriedade ilícita, sem discussão sobre culpabilidade, cujo resultado venha a ser a declaração de extinção de domínio. Constatase que se é indesejável a ofensa indevida e injusta à liberdade, também não se pode tolerar a propriedade ilícita. A propriedade como direito fundamental, tutelada pelo texto constitucional, trata-se daquela de origem lícita. A propriedade fundada no ilícito é absolutamente contrária aos ditames constitucionais, não atendendo, pois, aos fins sociais⁸⁰.

A proposta do MP cria a chamada extinção de domínio, a incidir sobre bens ou direitos que: I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita; II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita; III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita; IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita; V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores.

⁷⁹ Em defesa da possibilidade de um confisco alargado, registre-se que os tribunais federais de uma forma geral vêm decidindo que cabe ao acusado provar perante o fisco a origem dos valores (com base no art. 42 da Lei nº 9.430, de dezembro de 1996). Nesse caso, um bem do acusado pode vir a ser confiscado (execução fiscal), independentemente de processo penal, em um procedimento em que teve, na sua origem, uma necessidade de ele próprio demonstrar a origem do dinheiro.

⁸⁰ ESSADO, Tiago Cintra. **Extinção de domínio: necessidade de reflexão**. Boletim IBCCRIM, ano 18, n. 220, março/2011, p. 2.

Nestes casos, o órgão acusador terá o dever de provar, de forma específica, que os bens, direitos, valores decorrem de atividade criminosa, são produtos ou instrumentos de crime, próximo do que já ocorre com o confisco clássico (art. 91, II, *a e b*, CP). Ressalte-se, existe o dever do autor de provar o liame que relaciona o bem e a atividade ilícita.

A ação de extinção de domínio tem o benefício de não depender do desfecho das ações civis ou penais eventualmente iniciadas contra o mesmo réu (art. 6º da proposta) e possuirá todo o procedimento detalhado em lei (art. 6º e seguintes da proposta), o que agrega segurança jurídica.

Ademais, é fruto de aprofundados estudos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), fórum que aconselha sua criação no País⁸¹. O argumento que se teve em mente é que a repressão à criminalizada organizada deve ser distinta em relação à criminalidade comum e a concentração de patrimônio por partes dos criminosos é fator de perpetuação dos crimes.

A proposta da ação de extinção de domínio, ao contrário daquela que cria o confisco alargado, prevê uma ação de natureza civil; isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, sim, eminentemente reparatória (compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, compensação essa que é feita com a tomada do patrimônio). Justamente por isso, tende a enfrentar menos resistências e menor risco de declaração de inconstitucionalidade, embora exista na doutrina quem defenda a aprovação conjunta da ação de extinção do domínio e do confisco alargado⁸².

Passaremos, agora, a detalhar os principais custos e benefícios dessa ação de natureza civil.

⁸¹ Ações de 2013: Ação 10 – Acompanhar a elaboração e respectiva tramitação das propostas legislativas sobre bloqueio administrativo de bens, em cumprimento às Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, e **do instituto da extinção de domínio** com vistas ao encaminhamento ao Congresso Nacional, bem como propor, analisar e acompanhar propostas legislativas que versem sobre os seguintes temas: (i) regulamentação do lobby; (ii) conflito de interesses; (iii) responsabilização de empresas por atos de corrupção; (iv) criminalização do enriquecimento ilícito; (v) ratificação da Convenção da OIT sobre o trabalhador migrante; e (vi) organizações criminosas.

⁸² Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio**. In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 1, pp. 365-378, 2012.

Efeitos favoráveis (benefícios)

O primeiro benefício que a medida traz, na esteira do que expusemos quando da contextualização, é o combate efetivo e eficaz à criminalidade, por meio do ponto que é mais sensível às organizações criminosas: o patrimônio. É uma ferramenta muito útil nos EUA na luta contra as drogas e, mais recentemente, contra o terrorismo⁸³.

Igualmente, a criação de uma ação *civil* de extinção do domínio tende a acelerar a perda dos bens, operações que hoje são realizadas por meio de medidas cautelares penais (sequestro, hipoteca legal, etc.), e que estão ligadas à necessidade de demonstração de culpabilidade (ainda que cautelarmente). No caso da ação civil, tem-se uma tramitação mais rápida – uma vez que, ao menos em tese, a duração de um processo penal tende a ser maior. Porém, de acordo com os dados do levantamento Justiça em Números, do CNJ, essa aceleração não tende a ser tão significativa, pois a taxa de congestionamento em primeiro e segundo grau de jurisdição não é tão maior, na esfera penal, do que na esfera cível.

Sem dúvida, no entanto, o maior benefício da instituição da ação civil de extinção do domínio é a possibilidade de se admitir, por se tratar de ação civil, uma inversão – ou, ao menos, relativização – do ônus da prova, o que dificilmente seria admitido na área penal. Eis, inclusive, uma das grandes vantagens da ação civil de extinção do domínio frente à proposta do confisco alargado.

Nessa mesma toada, a ação civil tem a vantagem de não depender da comprovação do crime ou da conclusão do processo na esfera criminal, o que é um dos motivos pelos quais é tão valorizada no direito americano.

Ação semelhante foi adotada na Colômbia, por meio da Lei nº 793, de 2002. Naquele ordenamento, quanto ao ônus da prova, “cabe ao Estado demonstrar que os bens pertencentes ao sujeito são incompatíveis com suas reais condições financeiras, fundadas em atividades lícitas. Por outro lado, o titular da propriedade tem o dever de demonstrar a licitude de seus bens, distribuindo-se, dessa maneira, a carga probatória entre autor e réu da relação processual”⁸⁴.

⁸³ THOMPSON, Sandra Guerra. **Congressional Reform of Civil Forfeiture: Punishing Criminals Yet Protecting Property Owners**. Federal Sentencing Reporter, v. 14, n. 2, p. 71, 2001.

⁸⁴ ESSADO, Tiago Cintra. *Op. Cit.*, p. 2.

Essa relativização do ônus da prova – ou, como se queira, distribuição dinâmica da carga probatória – decorre da natureza da ação: enquanto o confisco (simples ou alargado) é um efeito da condenação penal (portanto, uma ação pessoal, *in personam*), a extinção civil do domínio é uma ação de natureza patrimonial (*in rem*).

A Lei colombiana, por outro lado, prevê crimes antecedentes necessários – como acontece, também, nos Estados Unidos⁸⁵. Na doutrina, contudo, há quem defenda o modelo aberto⁸⁶, que consta da proposta do Poder Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados).

Uma previsão bastante salutar constante apenas do texto do anteprojeto do MP (art. 18) é a destinação de até 5% dos bens liquidados ao terceiro que, não sendo envolvido nas práticas ilícitas, colaborar decisivamente para o deslinde da ação. Essa disposição corresponderia à adoção, no Brasil, de uma legislação sobre a figura do *whistleblower*, apontada por muitos – inclusive por um dos autores deste estudo⁸⁷ – como um instrumento essencial no combate a determinados tipos de crime (corrupção, em especial).

Efeitos desfavoráveis (custos)

Em primeiro lugar, a criação de uma nova ação tende a ter custos judiciais, ainda que pequenos (adaptação de sistemas, criação de varas, etc.). Existem, contudo, efeitos desfavoráveis mais relevantes.

Dentre os riscos a que se submete o ordenamento com a adoção da ação civil de extinção de domínio, podemos destacar, inicialmente, o risco de questionamentos judiciais sobre a validade da norma.

Inicialmente, pode haver – embora em monta menor do que em relação ao confisco alargado – questionamentos quanto à presunção de inocência. Tradicionalmente, nos EUA, as Cortes têm rejeitado essa alegação, em virtude de se tratar de ação civil⁸⁸, assim como têm rejeitado a alegação de *bis in idem* – que, no

⁸⁵ VASCONCELOS, André Prado. **Extinção Civil do Domínio. Perdimento de bens**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 67.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 73.

⁸⁷ OLIVEIRA, J. M. F. **A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 6 de julho de 2015.

⁸⁸ STAHL, Marc B. **Asset forfeiture, burdens of proof and the war on drugs**. *Journal of Criminal Law and Criminology*, n. 83, p. 292, 1992.

direito americano, é conhecida como *Jeopardy Clause*⁸⁹. Consideramos que, à luz da tradicional jurisprudência do STF, há poucos riscos de a alegação de *bis in idem* prosperar, tendo em vista serem consideradas quase absolutamente independentes as instâncias civil e penal⁹⁰.

Todavia, a questão está longe de ser pacífica, mesmo porque a questão do ônus da prova tem a ver, inclusive, com a distribuição de riscos de erros judiciais:

Burdens of proof illustrate the way our society wishes to allocate the risk of a mistake by a court. As civil cases generally involve interests of a lesser magnitude than those at stake in criminal proceedings, our society is willing to tolerate a higher risk of error in civil cases⁹¹.

Em virtude dos efeitos patrimoniais poderosos que podem decorrer da extinção do domínio, é preciso ter cuidados com o ônus da prova – que, se não pode ser tomado com a rigidez que existe na matéria penal, também não tolera uma “inversão pura e simples”, em que o proprietário seja despido do domínio apenas por não ter como demonstrar a cadeia dominial⁹². Devem ser respeitados, inclusive, por coerência sistêmica, outros mandamentos do direito, tais como a usucapião. Em outras palavras: o ônus da prova – de que o bem tem origem ilícita, ou que é usado para encobrir atos ilícitos – deve continuar a ser do autor da ação, embora o réu possa alegar, em exceção, a licitude da propriedade ou posse ou detenção.

Ademais, até no direito americano já se tem defendido uma revisão da por vezes artificial distinção entre “ações pessoais” ou “*in personam*” e “ações reais” ou “*in rem*”⁹³, o que é a base da defesa da ação de extinção de domínio.

Em relação à proposta de ação de extinção de domínio oriunda do Poder Executivo, foram apresentadas duas proposições: um projeto de lei ordinária disciplinando o instituto; e uma PEC, para prevê-lo expressamente no inciso III do art. 129 da CF. Consideramos desnecessária essa segunda alteração. A modificação em

⁸⁹ Cf. VASCONCELOS, André Prado de. *Op. Cit.*, pp. 99 e 123.

⁹⁰ “A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa” (STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 28.919/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 11.02.2015).

⁹¹ STAHL, Marc B. *Op. Cit.*, p. 292.

⁹² Nos Estados Unidos, após o *Civil Asset Federal Reform Act* (CAFRA), de 2000, é preciso comprovar uma conexão substancial (e não meramente acidental ou tênue) entre a coisa e a atividade ilícita. Também se incrementou o ônus da prova para o poder público.

⁹³ “(...) the *in personam/in rem* rationale in forfeiture law does not merit such holy treatment” (STAHL, Marc B. *Op. Cit.*, p. 300).

nível constitucional constitui um custo alto e que só deve ser realizada quando estritamente necessária. No caso da ação de extinção do domínio, a mera alteração da legislação infraconstitucional é suficiente. Ademais, os questionamentos sobre a constitucionalidade da medida não são evitados com a aprovação de PEC, pois, como o direito fundamental à propriedade constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, XXII), as resistências podem ser propostas mesmo em relação à alteração em nível constitucional. Isso porque, de acordo com a pacífica jurisprudência do STF, mesmo as Emendas à Constituição podem ser declaradas inconstitucionais⁹⁴.

É possível questionar se a medida não afeta substancialmente (isto é, o núcleo essencial) do direito fundamental à propriedade. Dessa forma, seja por PEC ou por projeto de lei, pode ser questionada a constitucionalidade material da ação civil de extinção de domínio.

Um grande risco da ação de extinção de domínio – e ainda não resolvida plenamente em outros ordenamentos – é a garantia contra abusos estatais e a efetiva defesa dos interesses dos proprietários de boa-fé (proprietários inocentes). Tanto assim, que, em 2000, os Estados Unidos reformaram a Lei de Confisco Civil (por meio do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* – CAFRA), por conta de abusos que ocorreram na tomada de propriedades de terceiros de boa-fé⁹⁵.

Na reforma de 2000 (CAFRA), foram reforçados os poderes do Governo, mas, ao mesmo tempo, as defesas do proprietário de boa-fé. Outra lição da experiência americana é a de que não se pode vincular às instituições que decidem o confisco a destinação orçamentária, sob pena de se gerar um conflito de interesses.

É preciso cuidar da destinação dos bens⁹⁶, algo que, no projeto de lei brasileiro, não está bem resolvida.

É preciso ter cuidados para assegurar a proporcionalidade, já que pode atingir mesmo bens adquiridos licitamente, mas usados para práticas ilícitas, caso em que a perda da propriedade pode ser considerada exagerada. É paradigmático o caso

⁹⁴ Cf., a título exemplificativo, a ADI nº 4.307/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30.09.2013.

⁹⁵ Cf. RULLI, Louis S. **The Long Term Impact of CAFRA: Expanding Access to Counsel and Encouraging Greater Use of Criminal Forfeiture.** Federal Sentencing Reporter, v. 14, n. 2, p. 87, 2001.

⁹⁶ Cf. WORRALL, John L. **Addicted to the drug war: The role of civil asset forfeiture as a budgetary necessity in contemporary law enforcement.** Journal of Criminal Justice, v. 29, n. 3, p. 171, 2001.

Bajakajian vs USA (em que a Suprema Corte considerou inconstitucional a decretação de perda de todo o valor externalizado sem declaração). A Suprema Corte considerou a perda de todo o valor “grosseiramente desproporcional”⁹⁷. Embora a decisão nesse caso refira-se especificamente ao confisco criminal, a mesma lógica é aplicável às ações civis de perda de bens⁹⁸.

É preciso prever prazos dilatados de prescrição da exceção contra a extinção do domínio, sempre para evitar o abuso estatal e para proteger proprietários inocentes⁹⁹. Foi esse, inclusive, um dos motivos da aprovação do CAFRA nos Estados Unidos.

Comparação entre confisco alargado e extinção do domínio

A título de resumo, podemos fazer a seguinte comparação entre a ação civil de extinção de domínio e a proposta de confisco alargado:

Extinção de domínio	Confisco alargado
Ação Civil	Efeito da Ação Penal
Independente de condenação penal	Depende do trânsito em julgado da ação penal
No anteprojeto do MP, depende de crimes antecedentes específicos, mas há quem defenda a desnecessidade, o rol aberto, como na proposta do Executivo	No Projeto, depende de crimes antecedentes específicos
A origem dos recursos para a aquisição dos bens é irrelevante, mas foram utilizados para práticas ilícitas	O fundamento é a origem ilícita (criminosa, especificamente) do patrimônio
É uma ação <i>in rem</i> (relativa à coisa), independente da culpabilidade do proprietário/possuidor/detentor	É uma ação <i>in personam</i> , personalíssima, por seu caráter penal
Pode haver uma distribuição do ônus da prova, por ser ação civil	O ônus da prova tem que ser da acusação
No Direito Americano, tem natureza prioritariamente compensatória	Tem natureza eminentemente punitiva

⁹⁷ Cf. United States VS. Bajakajian, 524 U.S. 321.

⁹⁸ Cf. caso Austin VS. United States, 509 U.S. 602.

⁹⁹ Cf. CASSELLA, Stefan D. **Overview of asset forfeiture law in the United States**. South African Journal of Criminal Justice, v. 17, n. 3, p. 347, 2004.

Conclusões parciais

Com base no exposto, consideramos que a proposta de adoção da ação civil de extinção de domínio produz benefícios semelhantes às do confisco alargado, sem a gravidade dos questionamentos que a proposta confiscatória pode sofrer quanto à constitucionalidade.

Especificamente em relação às propostas de extinção de domínio, a redação do projeto do Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados) está melhor, mais clara e mais direta que o anteprojeto do MP. Há também em tramitação o PL nº 246, de 2015, do Deputado Pompeo de Mattos (quase idêntico ao do MP).

IV.6 CRIAÇÃO DO CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Proposta do MP:

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, de bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do *caput*, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Projeto de Lei nº 5.586, de 2005 – Proposta de iniciativa do Poder Executivo

Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade.

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ)¹⁰⁰

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito:

Pena – prisão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do *caput*, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

As propostas tratam da criação de um tipo penal destinado a incriminar o agente público que apresente aumento excessivo de patrimônio, incompatível com os rendimentos auferidos como servidor. A ideia central é a de alcançar os servidores corruptos, cujo ato de corrupção não possa ser comprovado pela persecução estatal, mas para os quais o aumento significativo do patrimônio seja manifesto.

A iniciativa, em nossa avaliação, é meritória. Ademais, é proveniente de orientação da Organização das Nações Unidas, pela Convenção de Mérida – Decreto nº 5.687, de 2006¹⁰¹; e também da Organização dos Estados Americanos, pela Convenção Interamericana contra a Corrupção – Decreto nº 4.410, de 2002.

¹⁰⁰ Optou-se por utilizar-se como parâmetro o texto da proposta do novo Código Penal que está, até a data de publicação deste estudo, na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal. O substitutivo, de relatoria do Senador Vital do Rêgo, foi apresentado, mas não foi submetido à votação. Ainda aguarda a designação de novo relator, na Comissão. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em 6 de julho de 2015.

¹⁰¹ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, nestes termos: “ARTIGO 20. Enriquecimento ilícito. Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.”.

Convenção Interamericana contra a Corrupção – Decreto nº 4.410, de 2002. Artigo IX: “Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

A criminalização do enriquecimento ilícito demonstrou ser, nas últimas décadas, uma arma importante para o combate à corrupção em diversos países. Entendemos que, de maneira análoga às propostas acima mencionadas, que se trata de instrumento eficiente para a contenção das estruturas complexas do crime organizado.

Sobre os instrumentos penais de uma forma geral, é necessário destacar que estes foram imaginados originariamente para o combate de crimes que ofendem bens jurídicos individuais, com reduzida complexidade técnica e que prescindem, para a execução, de estruturas coletivas. É o caso dos crimes contra a pessoa, por exemplo. Entretanto, essa não é a situação da corrupção praticada no âmbito da Administração Pública.

Esse delito apresenta particularidades intrínsecas, pois a relação corrupto–corruptor não necessariamente revela o resultado material da lesão; mas, sim, ganhos recíprocos. Além disso, há uma espécie de tolerância geral, o que causa certa forma de inércia quando se trata da repressão contra o crime. Em sociedades não participativas, como é o caso brasileiro, a percepção comum é a de que aquilo que pertence ao Estado não é de ninguém.¹⁰²

Não é comum, ademais, serem configurados flagrantes em delitos da corrupção. Isso porque os sujeitos atuam nos bastidores, de forma oculta e dissimulada, quase invisível. Dessa maneira, o único elemento do crime de corrupção que verdadeiramente se destaca para o público é o aumento significativo do patrimônio do corrupto.

Outro argumento de relevo para a criminalização do enriquecimento ilícito diz respeito às consequências extremamente lesivas para o seio social dos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a corrupção revela altíssimos custos sociais, políticos e econômicos; e, em adição, traduz fator de desagregação da sociedade, haja vista o rompimento da confiança das relações pessoais.

É notório que o crime em análise afeta não somente um indivíduo ou um grupo, mas um sem número de pessoas; ou seja, configura ofensa à bem jurídico transindividual.

¹⁰² ROSSETO, Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, p. 924. *In*: Direito Penal da Administração Pública/ Luiz Regis Prado, René Ariel Doti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4)

Essa linha de argumentação nos leva a concluir que a persecução criminal de crimes organizados, como é de destaque a corrupção, não deve se valer dos mesmos mecanismos dos demais delitos previstos no Código Penal.

Nesse sentido, a previsão do crime de enriquecimento ilícito passou a ser uma necessidade patente para o nosso País, da mesma maneira que o reconhecem outros países da América Latina, a exemplo do México, El Salvador, Costa Rica, Cuba, Porto Rico, Argentina, Colômbia, Equador e Peru¹⁰³, entre outros.

Todavia, há riscos de a iniciativa ter declarada sua inconstitucionalidade.

Esse tipo de crime certamente será objeto de questionamentos por parte de juristas brasileiros, em razão de possível ofensa ao princípio da não culpabilidade; e também por facilitar enormemente o trabalho de investigação pelos órgãos estatais.

Na forma como o artigo foi desenhado pelas propostas citadas, para existir a incidência penal, bastará ao Ministério Público demonstrar o aumento do patrimônio do servidor público; este, por sua vez, em contraposição, deverá provar que a elevação se deu de maneira lícita. Com essa lógica, é possível a alegação de que o crime institua a inversão do ônus na prova no processo penal, enfraqueça o direito de defesa do réu, ao mesmo tempo em que fortaleça a posição do órgão acusador.

Todavia, em que pesem essas ponderações, é necessário reconhecer que, para provar o crime de enriquecimento ilícito – nos moldes que se proporrá – será dever do Estado demonstrar que houve o enriquecimento, mediante aumento significativo do patrimônio do servidor público, e que esse acréscimo patrimonial é incompatível com os rendimentos que o servidor auferir. Dessa maneira, o patrimônio incrementado necessita ser demonstrado pelo órgão de acusação; e, igualmente, a incompatibilidade com as rendas que auferir.

Lembre-se, outrossim, que o servidor público federal já possui o dever de declarar seu patrimônio à Administração (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 13), argumento que fragiliza a alegação de inversão do ônus da prova em matéria penal.

Defende-se na presente análise que os motivos para a declaração de inconstitucionalidade da iniciativa poderão ser juridicamente superados. Ademais, não se pode esquecer dos incontáveis efeitos positivos da proposta.

¹⁰³ Idem, pp. 939-940.

Estima-se que o impacto legislativo da criação do crime de enriquecimento ilícito será perceptível de imediato, com um aumento significativo de condenações nos crimes contra a Administração Pública e com a aceleração do tempo de julgamento destes processos.

Com efeito, é extremamente comum a absolvição por ausência de provas no crime de corrupção. Por outro lado, é fato que o delito de enriquecimento ilícito será dirigido, subsidiariamente, aos casos em que o ato formal de solicitação ou de percepção da vantagem indevida não puder ser efetivamente comprovado pela persecução estatal; isso se a manifestação de riqueza sem causa lícita, injustificável, estiver plenamente provada nos autos.

Não somente a alteração legislativa poderá modificar o resultado das futuras ações penais¹⁰⁴ de absolvição para condenação, como também deverá haver a redução do tempo médio de julgamento dos processos, pois a prova do crime de enriquecimento ilícito é, razoavelmente, de fácil obtenção comparada com a prova exigida para o crime de corrupção. O aumento injustificado do patrimônio é fenômeno visível aos olhos, ao contrário da oculta solicitação ou recebimento da vantagem indevida. Portanto, a criação do delito, com as correções que serão a seguir apresentadas, poderá trazer resultados sociais extremamente relevantes para o combate à corrupção.

Compulsando o texto das propostas, observa-se que o Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012¹⁰⁵ apresenta solução jurídica bastante adequada para o crime de enriquecimento ilícito; e, nesse particular, assemelha-se bastante à proposta ora apresentada pelo Ministério Público.

¹⁰⁴ Os resultados da chamada “Meta 4” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ demonstram claramente a dificuldade que possuem os Tribunais de Justiça em julgar ações de improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública. Neste sentido: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/aaa6d8037cf73ee473ad54e31aa06fa2.pdf>. Acesso em 6 de junho de 2015.

Contudo, o relatório do CNJ não foi capaz de identificar as razões pela pouca eficiência e falta de celeridade dos julgamentos. Neste estudo, defende-se a tese de que parte desta dificuldade está associada a quase impossibilidade de provar-se o ato de corrupção, a solicitação, recebimento, percepção da vantagem, senão pelo flagrante em delito. Após este momento, os indícios da corrupção consistiriam no aumento injustificado do patrimônio do servidor público.

¹⁰⁵ Nas discussões sobre a elaboração de um novo Código Penal, entendeu-se que a criminalização do enriquecimento ilícito era juridicamente desejável, em primeiro lugar porque consta das exigências de tratados internacionais firmados pelo Brasil, como já mencionado; em segundo lugar por constituir instrumento adequado para a proteção da lisura da administração pública e do patrimônio social, sem a necessidade da prova anterior do crime de corrupção.

Não obstante, algumas observações se fazem necessárias acerca do texto das propostas. A primeira é a de que, tanto a proposta do MP, como a do Poder Executivo, adicionam mais um verbo ao tipo misto alternativo; ou seja, o de “possuir” bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público.

Considera-se que o verbo “possuir” é suficiente para atingir os casos em que o sujeito ativo apenas mantém o bem ou valor obtido ilicitamente, isto é, sem que haja necessidade de prova da conduta anterior, seja ela recebimento, apropriação, desvio, etc. Por isso, recomenda-se que a conduta típica seja somada à enumeração do *caput* do artigo.

Em outra perspectiva, tanto a proposta do MP quanto o texto do Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, podem sofrer severas objeções de constitucionalidade, por optarem pelas figuras típicas “utilizar ou usufruir” de maneira não eventual de bens e valores. Com efeito, não parece bastar à imputação do crime de enriquecimento ilícito o fato do sujeito ativo “utilizar-se” de um bem, ainda que não esporadicamente, pois sempre haverá a alegação de que a propriedade não lhe pertence.

A nosso sentir, é necessário que o sujeito ativo não apenas usufrua, mas também se comporte como dono, para que haja a presunção desta propriedade. Por tal razão, sugere-se o acréscimo da expressão “como se proprietário fosse”, após a enumeração dos núcleos do tipo.

Igualmente, à menção a “direitos” presente na proposta do Ministério Público pode ser acrescida a sequência “bens ou valores”, para abranger um maior número de situações típicas, sem que o intérprete deva se socorrer de interpretação analógica.

Assim como disposto na proposta do Poder Executivo (Projeto de Lei nº 5.586, de 2005), entende-se que o crime de enriquecimento ilícito requer a ausência de justa causa para sua configuração, razão pela qual a introdução do termo “injustificadamente” nos parece relevante, ainda que considerado por alguns como sendo desnecessário. Igualmente, a orientação das normas internacionais aponta para a necessidade de que haja “aumento significativo do patrimônio”, elemento a ser avaliado no caso concreto e que legitima o início da persecução estatal.

Trata-se de técnica legislativa recomendável, uma vez que a inclusão dos referidos elementos normativos torna expressa a necessidade de atividade valorativa

para a tipificação do crime, e sugere maior rigor por parte do intérprete da norma. Deste modo, o enriquecimento só será ilícito se, ao mesmo tempo, for injustificável, mediante demonstração do aumento significativo do patrimônio do autor.

Por fim, quanto à pena sugerida por ambas as propostas, de três a oito anos de prisão, também se entende essa como adequada para a sistematização das penas dos demais crimes contra a Administração Pública do projeto de novo código. A pena prevista pelo substitutivo ao PLS nº 236, de 2012, de dois a cinco anos, é utilizada para crimes menos graves, a exemplo da “subtração ou inutilização de livro ou documento” (art. 297) e “exploração de prestígio” (art. 292). Ademais, a pena de três a oito anos ainda é muito inferior àquela oferecida pelo projeto de lei ao crime de corrupção, que será quatro a doze anos de prisão.

Pelo exposto, sugere-se a seguinte redação ao crime:

Enriquecimento ilícito

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, como se proprietário fosse e de maneira não eventual, o servidor público, ou por quem a ele equiparado, de bens direitos ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos e que representem aumento significativo do patrimônio, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito:

Pena – prisão, de três a oito anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do *caput*, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

IV.7 PROPOSTAS QUE ALTERAM AS PENAS DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CÓDIGO PENAL

Proposta do MP:

Peculato

Art. 312.

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ)¹⁰⁶

Peculato

Art. 278.

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Proposta do MP:

Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A.

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ).

Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 279.

Pena – prisão, de dois a oito anos.

Proposta do MP:

Concussão

Art. 316.

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ).

O Projeto de Código optou por unificar os tipos penais da concussão e da corrupção passiva que também possui a pena de quatro a doze anos de prisão.

Proposta do MP:

Excesso de exação

§ 2º.....

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ).

Excesso de exação

Art. 361.

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

¹⁰⁶ Optou-se por utilizar-se como parâmetro o texto da proposta do novo Código Penal que está para ser votado na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal, de relatoria do Senador Vital do Rêgo. O substitutivo aguarda a designação de novo relator, na Comissão. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404, acesso em 6 de julho de 2015.

Proposta do MP:

Corrupção passiva

Art. 317.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ).

Corrupção passiva

Art. 282.

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Proposta do MP:

Corrupção ativa

Art. 333.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votado na CCJ).

Corrupção passiva

Art. 282.

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Corrupção ativa

§ 1º Nas mesmas penas do *caput* incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga a servidor público, direta ou indiretamente, vantagem indevida.

O texto do Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012 – ainda a ser votado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal – contempla a maior parte das alterações buscadas pela proposta do Ministério Público, objeto da presente análise.

Tratando-se de crimes que ofendem a coletividade e o bem comum, a proposta de um novo Código Penal endurece as penas, elevando os patamares mínimos e máximos, para fixá-las, em sua maioria, em prisão de quatro a doze anos.

O impacto legislativo que imediatamente se supõe da referida modificação será a alteração do regime de cumprimento de pena dos condenados por estes crimes. Estando a pena mínima em quatro anos, considerando a real hipótese de incidência de agravantes e causas de aumento de pena, ainda, de eventual concurso de crimes, é grande a chance

de que as penas superem os oito anos de prisão e os condenados enquadrem-se no regime inicial fechado.

Deste modo, é possível imaginar que a composição das penitenciárias brasileiras poderá se alterar significativamente. Ao lado dos condenados típicos, isto é, por crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, ou por tráfico de entorpecentes, estarão os chamados criminosos de “colarinho branco”. Traficantes e corruptos cumprirão penas relativamente similares.

Quanto à análise jurídica das propostas, observa-se que o crime de “inserção de dados falsos em sistema de informações” recebeu tratamento mais benéfico por parte do Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, com pena de dois a oito anos de prisão. Acompanhando a alteração proposta pelo MP, entende-se que as penas desse crime também devem ser elevadas para períodos de quatro a doze anos de prisão.

Não há motivo para criar distinção entre a reprobabilidade penal do crime de corrupção e do crime de inserção de dados falsos. Ambos censuram a conduta do servidor público que se valha desta condição para perceber vantagem indevida ou, ainda, no caso da inserção de dados falsos, provocar dano. Nesse sentido, os bens jurídicos protegidos são o patrimônio público, a lisura e a moralidade administrativas.

Ademais, o tipo da inserção de dados falsos se assemelha bastante à figura do peculato impróprio ou peculato-estelionato, este também apenado com prisão de quatro a doze anos no projeto de novo Código Penal (art. 278). Essa previsão se deve ao fato de, ao inserir dados falsos em banco de dados da Administração, o servidor visa a se apossar do que não lhe pertence; ou simplesmente intenta causar dano¹⁰⁷. Por tais razões, entende-se como recomendável a modificação da pena proposta pelo MP.

Vale destacar que o projeto de novo Código Penal melhora a técnica legislativa e traz sistematização aos tipos legais de corrupção e concussão. De fato, não há razão para distinguir as condutas típicas de “exigir” e “solicitar” vantagem indevida, senão pela avaliação das circunstâncias judiciais no pronunciamento da sentença condenatória pelo Poder Judiciário.

Também no sentido de buscar a sistematização no novo Código, foram unidos os tipos de corrupção ativa e passiva, dado o caráter bilateral e colaborativo desse crime,

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1327.

construção jurídica que encontra base na teoria monista do concurso de pessoas. Por fim, uniram-se num mesmo tipo (art. 278) todas as hipóteses de peculato do Código Penal de 1940, pois, de fato, nunca houve razão para a distinção entre as condutas de apropriar-se espontaneamente (atual art.312) ou por erro de outrem (atual art. 313) de dinheiro que se recebe em razão do cargo.

IV.8 CRIA NOVAS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS PARA OS CRIMES DOS ARTS. 312 E §1º, 313-A, 316, 316 § 2º, 317 E 333, CONSIDERANDO O VALOR DA VANTAGEM E DO PREJUÍZO CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Proposta do MP:

Art. 327-A. As penas dos crimes dos arts. 312 e § 1º, 313-A, 316, 316 § 2º, 317 e 333 serão de:

I – reclusão, de sete a quinze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de dez a dezoito anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de doze a vinte e cinco anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 1º O disposto no parágrafo anterior não obsta a aplicação de causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na parte geral ou especial deste Código.

§ 2º A progressão de regime de cumprimento da pena, a concessão de liberdade condicional e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.

A proposta analisada traz grande inovação no ordenamento jurídico, pois a hipótese de gradação da pena-base, a depender das consequências financeiras do crime, não existe em nosso sistema penal atual, tampouco está prevista pelo projeto de novo Código Penal (Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ). Por essa razão, a modificação proposta, causa espanto inicial.

Entretanto, apesar desse estranhamento, não há inconstitucionalidade no teor da sugestão do Ministério Público Federal que, consoante demonstrado na justificativa da minuta apresentada, reproduz modelo adotado em outros países.

Ademais, é sensato prever que um dano maior deva ser mais severamente apenado do que um menor, circunstância que legitima a elevação das penas-bases, mediante preponderância do desvalor do resultado. Cremos, outrossim, que é papel do legislador escolher os bens jurídicos que receberão maior proteção pelo Direito Penal.

Nos demais aspectos, a proposta parece acompanhar a compreensão que norteou o projeto de novo Código, ou seja, a de que os crimes que violam direitos difusos, coletivos e que atingem grandes estratos da população devam ser considerados mais graves do que aqueles que atingem um só indivíduo.

Com base nesse raciocínio, a minuta do MP prevê pena de 12 a 25 anos para crimes contra a Administração, a exemplo da pena para crime de corrupção, quando houver prejuízo ou vantagem superior a R\$7.880.000,00 (dez mil salários-mínimos). Recorde-se que o crime de homicídio no projeto de novo Código Penal terá penas de 20 a 30 anos de prisão. Conclui-se, assim, que existe um paralelo entre as condutas de alguma maneira; e, por analogia, com as penas a serem aplicadas.

É sabido que, com o desvio de dinheiro público, faltam verbas para a saúde, para a educação, para os presídios, para equipar e preparar a polícia, além de carências para atender a outras políticas públicas. O resultado prático da corrupção contribui para a morte diária de pessoas; mas não somente isso: o resultado prejudica o futuro do País, traduz-se em desesperança, gera falta de confiança institucionalizada, e instiga a população a não se sentir integrante de uma nação.

A opção legislativa de endurecer fortemente as penas dos crimes contra a Administração Pública é justificável e acompanha a tendência mundial de reconhecer que a corrupção é a maior causa da pobreza dos países em desenvolvimento.

As entidades internacionais destacam que a ausência ou incompletude das legislações anticorrupção nos diversos países contribuem para as consequências perversas da pobreza¹⁰⁸. O legislador ainda age como espectador inerte, sem valer-se de

¹⁰⁸ Por todos, destaca-se trecho do Relatório das Nações Unidas, *“THE GLOBAL PROGRAMME AGAINST CORRUPTION”*: “Since 1994, unprecedented efforts have been made to raise awareness about corruption, its insidious nature and the damaging effects it has on the welfare of entire nations and their peoples. Corruption not only distorts economic decision-making, it also deters investment, undermines competitiveness and, ultimately, weakens economic growth. Indeed, there is evidence that the social, legal, political and economic aspects of development are all linked, and that corruption in any one sector impedes development in them all. There is now increasing recognition throughout the public and private sector that corruption is a serious obstacle to effective government, economic growth and stability, and that anti-corruption policies and legislation are urgently required at the national and international level. Serious efforts to

medidas realmente efetivas para o combate de crimes sofisticados, como a corrupção. Por mais essa razão, considera-se importante a proposta do MP.

Apesar do mérito inquestionável, são recomendáveis alguns ajustes.

Inicialmente, chamamos a atenção para os crimes mencionados no *caput* do art. 327-A, ou seja, peculato, peculato-furto, inserção de dados falsos em sistema de informação, concussão, corrupção passiva e ativa. Adaptando os referidos delitos aos novos tipos criados pelo novo Código Penal – Substitutivo Vital do Rêgo ao PLS 236, de 2012, a enumeração ficará assim: no art. 278, todas as formas de peculato, inclusive o antigo art. 316, § 2º; no art. 279, a inserção de dados falsos em sistema de informações; e, no art. 282, todas as formas de corrupção e antiga concussão.

Quanto aos parágrafos criados por este art. 327-A, entendemos que o primeiro é desnecessário, pois nos parece óbvio que a criação de novas penas-bases, com diferentes patamares mínimos e máximos, não impede a aplicação da segunda e terceiras fases de dosimetria da pena. Assim, sugerimos a exclusão do dispositivo.

Quanto ao parágrafo segundo presente na proposta do MP:

A progressão de regime de cumprimento da pena, a concessão de liberdade condicional e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano,

também entendemos que poderá acarretar bons resultados práticos, na recomposição do dano sofrido pelo erário.

A primeira conclusão que se extrai da inovação é a de que os juízes terão que estimar os prejuízos causados e as vantagens auferidas quando do proferimento da sentença condenatória, o que não é verdadeira novidade ante a previsão do art. 387, IV, do Código de Processo Penal e do art. 33, § 4º, do Código Penal vigente.

combat corruption are still believed to be in their infancy in most countries, and reliable information about the nature and extent of domestic and transnational corruption is difficult to obtain. The problems are compounded by the very broad nature of the phenomenon and a lack of consensus about legal or criminological definitions that could form the basis of international and comparative research.” THE GLOBAL PROGRAMME AGAINST CORRUPTION. UN ANTI-CORRUPTION TOOLKIT. 3rd Edition, Vienna, September 2004. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/toolkit/corruption_un_anti_corruption_toolkit_sep04.pdf. Acesso em 6 de junho de 2015.

A ampliação da exigência, todavia, poderá inaugurar uma nova sistemática na apuração dos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a mensuração do dano tornar-se-á um dos principais objetos da investigação, a se ter em mente desde o início do inquérito policial. Se assim não for, o juiz terá dificuldades em estabelecer os critérios de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por óbvio, tratar-se-á de uma estimativa unicamente para os fins de concessão dos referidos benefícios e não terá a propriedade de impedir posterior descoberta de dano maior causado ou vantagem adquirida, na esfera cível ou mesmo em outro processo criminal. Todavia, entende-se que tal advertência deva ficar clara no texto legal, para não servir de argumento para os condenados em outras ações, nas quais o alcance da ofensa se revele superior ao apurado nesta ação criminal.

Vale advertir que a alegação de impossibilidade absoluta do pagamento não será argumento para a concessão dos benefícios, nos moldes do que ocorre com a multa penal¹⁰⁹. Com efeito, não se trata aqui de aplicação de pena, mas de reparação dos danos causados. Ademais, a progressão de regime e a substituição da prisão por pena restritiva de direito exigem o merecimento do condenado e a análise favorável das circunstâncias judiciais, critérios que não serão atendidos se o sentenciado se negar a recompor o prejuízo causado.

Por fim, ressalte-se que o Substitutivo ao PLS nº 236, de 2012, eliminou a figura do livramento condicional, dada a sua crescente inutilidade prática e superposição com o instituto da progressão de regime.

¹⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal recentemente ratificou este entendimento, no bojo da EP 22/DF (Progressão de regime na execução penal 22, Distrito Federal), de relatoria do Min. Roberto Barroso, e polo passivo João Paulo Cunha. A ação é um desdobramento do “*Mensalão*”, vejamos: “Sem embargo do preenchimento do requisito temporal e do bom comportamento carcerário, não vejo como conceder a progressão no regime prisional. É que o apenado deixou de cumprir condição específica enunciada no art. 33, § 4º, do Código Penal, verbis: “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.” Embora a defesa alegue, com apoio em respeitável corrente doutrinária, a própria inconstitucionalidade da medida, o fato é que, no caso concreto, a questão foi objeto de explícito enfrentamento por parte do Plenário deste STF, no acórdão exequendo. Oportunidade em que esta Corte explicitou o valor do dano causado pelo sentenciado à administração pública em decorrência do crime de peculato – R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos). (...)Diante do exposto, à falta de comprovação da reparação do dano causado à administração pública ou mesmo da impossibilidade rea de fazê-lo, indefiro o pedido de progressão para o regime aberto, na linha do parecer do Ministério Público Federal”.

Pelo exposto, sugere-se a seguinte redação para o dispositivo:

Art. 327-A. As penas dos crimes dos arts. 278, 279 e 282 serão de:

I – prisão, de sete a quinze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – prisão, de dez a dezoito anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – prisão, de doze a vinte e cinco anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 1º A progressão de regime de cumprimento da pena e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.

§ 2º O cumprimento do disposto no parágrafo anterior não obsta a apuração de demais vantagens indevidas e danos causados pelo condenado, em outros processos cíveis ou criminais.

IV.9 ALTERA A PENA DO CRIME DE ESTELIONATO

Proposta do MP:

Art. 171.
Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.
.....

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de instituto de economia popular ou beneficência.

§ 4º Se o crime é cometido em detrimento do erário ou de instituto de assistência social, a pena será de:

I – reclusão, de quatro a dez anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de seis a doze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de oito a quatorze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior não obsta a aplicação de causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na parte geral ou especial deste Código.

§ 6º Nos casos previstos no § 4º, a progressão de regime de cumprimento da pena, o livramento condicional e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ.

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – prisão, de um a cinco anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido:

I – contra a União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação instituída pela Poder Público, sociedade de economia mista ou empresa pública;

II – contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência mental.

Estelionato massivo

§ 2º A pena é aumentada de metade se o crime for cometido com a finalidade de produzir efeitos em número expressivo de vítimas.

Causa de diminuição de pena

§ 3º Se houver a reparação do dano pelo agente, até o oferecimento da denúncia, o juiz poderá reduzir a pena até a metade.

O aumento de pena da modalidade simples do crime de estelionato não nos parece recomendável. A ideia que norteou o projeto de novo Código Penal é de reconhecer que crimes meramente patrimoniais, que não se utilizam de ameaça ou violência para a perpetração, não merecem reprovação penal muito severa. Por tal razão, o tradicional crime de furto teve sua pena base reduzida para seis meses a dois anos de prisão¹¹⁰.

De qualquer modo, o anteprojeto de novo Código manteve a pena para estelionato para os períodos de um a cinco anos de prisão. Isso por compreender que, no estelionato, há razões para que o sancionamento seja mais gravoso do que o aplicado às figuras básicas do furto ou da apropriação indébita, uma vez que o criminoso se vale do ardil, do engano, da fraude, iludindo a confiança da vítima.

¹¹⁰ De acordo com o relatório apresentado pelo Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a pena do crime de furto foi estabelecida em seis meses a dois anos. Já no Anteprojeto de novo Código Penal apresentado pela Comissão de Juristas, a pena foi fixada de seis meses a três anos, ainda inferior a pena do atual Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), de um a quatro anos de reclusão.

Prevê-se o aumento de um terço da pena se o crime for cometido contra a União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação instituída pelo Poder Público, sociedade de economia mista ou empresa pública. Na esteira do que foi proposto pelo MP, entende-se razoável que a causa de aumento de pena seja estendida aos crimes perpetrados contra instituto de economia popular ou beneficência.

Quanto à sugestão de gradação das penas-bases, considerando o montante da lesão causada ao erário, entendemos, assim como já defendido no tópico anterior, que a providência é meritória. No mais, já realizamos os devidos comentários às previsões dos parágrafos quinto e sexto.

Pelo exposto, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – prisão, de um a cinco anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido:

I – contra a União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação instituída pela Poder Público, sociedade de economia mista ou empresa pública, instituto de economia popular ou beneficência;

II – contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência mental.

Estelionato massivo

§ 2º A pena é aumentada de metade se o crime for cometido com a finalidade de produzir efeitos em número expressivo de vítimas.

Causa de diminuição de pena

§ 3º Se houver a reparação do dano pelo agente, até o oferecimento da denúncia, o juiz poderá reduzir a pena até a metade.

Estelionato qualificado

§ 4º Se o crime é cometido em detrimento do erário ou de instituto de assistência social, a pena será de:

I – prisão, de quatro a dez anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – prisão, de seis a doze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – prisão, de oito a quatorze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 5º Nos casos previstos no § 4º, a progressão de regime de cumprimento da pena e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.

§ 6º O cumprimento do disposto no parágrafo anterior não obsta a apuração de demais vantagens indevidas e danos causados pelo condenado, em outros processos cíveis ou criminais.

IV.10 ALTERA AS PENAS DOS CRIMES FUNCIONAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI Nº 8.137, DE 1990

Proposta do MP:

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa;

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ.

Art. 281. Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo, sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena – prisão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Proposta do MP:

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

.....

II – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ.

Advocacia administrativa

Art. 285. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena – prisão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Neste ponto, o Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, oferece solução jurídica superior àquela proposta pelo MP.

Quando da elaboração do anteprojeto do novo Código Penal, entendeu-se plausível proceder à unificação da legislação extravagante e corrigir as distorções existentes, destacadamente em relação à existência de penas diversas para a proteção de um mesmo bem jurídico. É o caso dos crimes de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; e de advocacia administrativa, previstos no Código Penal e na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Uma vez que figuras típicas protegem o mesmo bem jurídico, a regularidade e lisura dos procedimentos administrativos, não haveria razão para a distinção.

O tipo especial de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento, previsto na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, exige um especial fim de agir, que consiste na necessidade de pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social. Todavia, em nossa avaliação, tal circunstância não torna indispensável um tipo próprio, senão o concurso material ou formal desse delito com outros previstos no Código Penal. Não se pode perder de vista, igualmente, que o tipo é subsidiário, podendo ser absorvido por outro crime mais grave, a depender do caso concreto.

Diante dessas considerações, sugere-se o não acolhimento da alteração proposta pelo MP.

IV.11 REVOGA O CRIME DE PECULATO DO DECRETO-LEI Nº 201, DE 1967

Proposta do MP:

Decreto-Lei n.º 201, de 1967

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I – Revogado;

Emenda substitutiva ao substitutivo ao PLS nº 236, de 2012 (a ser votada na CCJ).

Art. 278. Apropriar-se o servidor público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, usá-lo indevidamente ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

A alteração proposta pelo MP é meritória e está contemplada pelo Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ.

O anteprojeto do novo Código Penal propôs a revogação do art. 1º do Decreto-Lei nº 201 de 1967, que trata do que se denominou impropriamente de “crimes de responsabilidade de prefeitos”. Na realidade, os crimes previstos em seu art. 1º sempre foram crimes comuns, contra a administração pública ou as finanças públicas. No caso do inciso I, a figura típica corresponde ao delito de peculato do Código Penal. Assim, não há razão para a preservação do tipo especial.

IV.12 INCLUSÃO DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS

Proposta do MP:

Lei nº 8.072, de 1990.

Art.1º

IX – peculato (art. 312 e § 1º), inserção de dados falsos em sistemas de informações (art. 313-A), concussão (art. 316), excesso de exação qualificada pela apropriação (art. 316 § 2º), corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333), quando a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato (art. 327-A).

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ.

Art. 41. São considerados hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados:

.....
XVI – corrupção ativa e passiva, peculato e excesso de exação;
.....

A alteração proposta pelo MP é meritória; e está igualmente contemplada pelo Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ, com as seguintes observações.

Como defendido acima, não há razão para o tratamento diferenciado entre peculato, corrupção e o crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações, pois são igualmente reprováveis. Não por outra razão se defende, neste estudo, que as penas desses delitos sejam firmadas em quatro a doze anos de prisão.

Igualmente, sugere-se que o art. 41 do Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, seja acrescido do crime de inserção de dados falsos, ao mesmo tempo em que se exclua o tipo do excesso de exação.

Com efeito, a conduta de se exigir tributo que sabe ou deveria saber indevido ou o emprego na cobrança de meio vexatório ou gravoso não nos parece ser tão reprovável quanto a percepção da vantagem indevida ou o dano causado pela inserção de dados falsos em sistema de informação.

O excesso de exação certamente deve merecer resposta penal, pois revela más práticas administrativas ou mesmo abuso de autoridade. Todavia, o servidor público não se locupleta ilicitamente, tampouco gera prejuízos à Administração. Assim, é equívoca a natureza hedionda do delito.

Ressalte-se que a proposta do MP igualmente não contempla a modalidade simples do excesso de exação, apenas a forma qualificada, absorvida pelo crime de peculato pelo projeto do novo Código Penal. Também por este motivo, defende-se a exclusão do delito do rol dos crimes hediondos.

Quanto à menção ao crime de concussão na proposta do Ministério Público, repise-se que no Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, estará inserido nos núcleos do tipo penal de corrupção.

Por fim, a despeito da posição manifestada pelo MP, entende-se que os crimes de corrupção, ativa e passiva, peculato e inserção de dados falsos deverão ser figuras hediondas, independentemente da vantagem auferida.

Em nossa avaliação, o *quantum* do prejuízo deve influenciar apenas a individualização da pena aplicável; entretanto, não deve ser utilizado para ponderar a natureza hedionda dos crimes. O desvalor da conduta de tais infrações contra a Administração Pública é acentuado, por si só, dada a existência de ofensa ao patrimônio público, ao bem jurídico coletivo, mediante abuso da confiança dos cidadãos.

Não é por outro motivo que a jurisprudência firmou o entendimento de que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes contra a Administração Pública. Entende-se que a moral administrativa não pode ser mensurada em valores pecuniários.

Sobre esse ponto, portanto, melhor a solução apresentada pelo projeto de novo Código Penal, com a seguinte modificação:

Art. 41. São considerados hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados:

.....

XVI – corrupção ativa e passiva, peculato e inserção de dados falsos em sistema de informação;

.....

IV.13 MODIFICAÇÃO NO REGIME DE PRESCRIÇÃO PENAL

Proposta do MP:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, acrescidos de 1/3.

§ 1º A prescrição, a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, e antes do trânsito em julgado definitivo do feito, regula-se pela pena aplicada, sendo vedada a retroação de prazo prescricional fixado com base na pena em concreto.

Art. 112. Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado, para todas as partes, a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

.....

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

.....
II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro;

III – desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, foragido ou evadido.

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo oferecimento da denúncia ou da queixa;

.....
IV – pela sentença ou acórdão condenatórios recorríveis ou por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte;

.....
VII – pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de recursos quando o caso chegou à instância recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período.

Art. 337-B......
.....

§ 2º O prazo prescricional do crime previsto neste dispositivo computar-se-á em dobro.

Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, a ser votado na CCJ¹¹¹.

Art. 111. A prescrição da pretensão punitiva será calculada sempre com base na prescrição em abstrato, nos termos do art. 108.

Art. 113. A prescrição da pretensão executória começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória; ou

II – do dia em que se interrompe a execução.

§ 1º A prescrição da pretensão executória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no art. 108 deste Código, acrescidos de um terço se o condenado é reincidente ou empreendeu fuga.

§ 2º No caso de execução de pena em que o condenado tiver mais de sessenta anos quando do trânsito em julgado, a prescrição será calculada pela metade.

¹¹¹ Optou-se por utilizar-se como parâmetro o texto da proposta do novo Código Penal que está para ser votado na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal, de relatoria do Senador Vital do Rêgo. O substitutivo aguarda a designação de novo relator, na Comissão. Em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em 6 de julho de 2015.

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro ou se encontre preso para fins da extradição requerida pelo governo brasileiro;

III – enquanto não for possível, em razão de imunidade prevista constitucionalmente, a instauração do processo penal;

IV – enquanto não estiver concluído procedimento de investigação, sindicância ou procedimento disciplinar, exceto se, antes disso, houver sido proposta a ação penal;

V – enquanto o processo estiver suspenso para:

a) realização de exame pericial de sanidade mental ou dependência de drogas;

b) cumprimento das medidas de colaboração (art. 104);

VI – durante os prazos de suspensão condicional do processo ou de cumprimento de transação penal.

§ 1º Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por um outro motivo, no Brasil ou no estrangeiro, ou no caso de se encontrar preso para fins de extradição requerida pelo governo brasileiro.

§ 2º No caso da extradição requerida pelo governo brasileiro, a suspensão do prazo prescricional ocorrerá a partir da efetivação da prisão do agente por parte do governo estrangeiro.

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela sentença ou acórdão condenatórios recorríveis ou pelo acórdão que julgar recurso interposto pela parte;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela decisão que homologa a transação penal ou a suspensão condicional do processo;

VII – pela reincidência, na data da prática do novo crime.

.....

Existe um entendimento por parte dos aplicadores do Direito de que o capítulo sobre a prescrição do Código Penal merece ser reformado, pois contribui para o grande índice de impunidade dos crimes praticados no Brasil. É o que se propôs nas alterações contidas tanto no Substitutivo ao PLS nº 236, de 2012 (Novo Código Penal) da

Comissão Especial de Senadores¹¹², de relatoria do Senador Pedro Taques, como no Substitutivo apresentado posteriormente pelo Senador Vital do Rêgo, ainda a ser votado na CCJ e cujo texto está sendo utilizado como parâmetro de comparação no presente trabalho. A minuta apresentada pelo MP acompanha o mesmo ponto de vista.

Comparando-se o texto dos Substitutivos ao PLS nº 236, de 2012, com as propostas trazidas pelo Ministério Público Federal, cremos que os projetos de novo Código Penal tratam a matéria de forma ainda mais rigorosa do que o faz o Ministério Público, pois aboliu a prescrição em concreto da pretensão punitiva estatal (art. 111).

É bom desde já esclarecer que, se for aprovado o texto dos Substitutivos ao PLS nº 236, de 2012, não há mais que se falar em prescrição retroativa, intercorrente ou superveniente. A única forma de cálculo de prescrição que considerará a pena efetivamente aplicada pelo juiz será a da pretensão executória, aquela que começa a correr após a decisão definitiva transitada em julgado (art. 113, § 1º, do PLS nº 236). Em outras palavras: a proposta do novo art. 110, §1º, sugerido pelo MP, não faria mais qualquer sentido, pois deixaria de existir a chamada prescrição retroativa.

De início, cumpre-nos manifestarmos-nos favoravelmente à eliminação da prescrição retroativa entre o recebimento da denúncia ou queixa e o momento em que é proferida sentença condenatória, como proposto pelo Substitutivo ao PLS nº 236, de 2012. Com efeito, com a edição da Lei nº 12.234, de 2010, criou-se uma distinção sem justificativa plausível entre duas hipóteses equivalentes: prescrição em concreto contada entre a data do fato e o recebimento da denúncia e entre o recebimento da denúncia e o proferimento da sentença.

Tanto a proposta do Substitutivo do Senador Vital do Rêgo ao PLS nº 236, de 2012, quanto a ora sugerida pelo MP resolvem a questão de maneira isonômica, ao excluir do ordenamento jurídico qualquer caso de prescrição contada em concreto, antes da sentença condenatória.

Embora a maior parte da doutrina de Direito Penal no Brasil considere como inconstitucional essa iniciativa legislativa, consideramos que a prescrição **em abstrato** é a garantia constitucionalmente prevista, e que, é oportuno destacar, possui exceções que a própria Constituição elenca. Já os que alegam possível inconstitucionalidade

¹¹² Vide em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>. Acesso em 16 de julho de 2015.

entendem que a medida atenta contra o princípio da proporcionalidade, da razoável duração do processo, da individualização da pena, entre outros argumentos semelhantes.¹¹³

Recorde-se, a propósito, que a prescrição retroativa é invenção nacional, fruto de construção do Supremo Tribunal Federal, que data do ano de 1961.¹¹⁴ Foi decisão política do legislador de 1984 inseri-la na parte geral do Código Penal reformado. Do mesmo modo, o legislador pode decidir pela inconveniência do instituto.

Assim, em nossa avaliação, não há inconstitucionalidade nessa medida, tampouco na própria eliminação da prescrição da pretensão punitiva em concreto, como é claramente a intenção do art. 111 do Substitutivo ao PLS nº 236, de 2012, embora saibamos que se trata de assunto polêmico.

Ora, não se olvida de que, no curso do processo, a pena ainda não foi definitivamente estabelecida pelo Estado-Juiz; e, por isso, o prazo prescricional não pode ser firmado com rigorosa certeza. Mesmo que não haja recurso da acusação, e ainda que a pena não possa ser elevada, por força do princípio do *non reformatio in pejus*, pode-se argumentar que o Estado-Juiz conduziu o processo penal confiando nos prazos do art. 109 do Código Penal vigente, únicos prazos que contêm real medida de certeza jurídica.

De todo modo, ressaltamos que a decisão legislativa de extirpar todas as formas de prescrição em concreto do ordenamento jurídico sofrerá questionamentos de inconstitucionalidade. Essa argumentação se baseará nos mesmos princípios já citados, como o da razoável duração do processo, individualização da pena, vedação ao retrocesso, etc.

O ponto em comum de ambas as propostas é, de todo modo, a intenção de suprimir a prescrição retroativa do ordenamento jurídico.

O impacto legislativo que inicialmente se supõe das alterações legislativas, tomadas em conjunto, é extremamente significativo, pois um grande número de ações penais iniciadas no País tem decisão final pela extinção da punibilidade em razão da pretensão punitiva.

¹¹³ É o exemplo de BITTECOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, I – 21^ª Ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 909.

¹¹⁴ Idem. p. 893.

Assim como as propostas legislativas já analisadas, também a modificação do regime de prescrição penal poderá ter como impacto o aumento do encarceramento no País, em montante de difícil aferição.

Não se deve deixar de considerar, todavia, que grande parte dos crimes que têm a extinção da punibilidade declarada pela prescrição possui reduzida pena mínima, como é o caso dos crimes contra a Administração Pública. Assim sendo, por si só, a medida legislativa em análise não tem o condão de elevar as penas desses crimes, condicionando o cumprimento ao regime fechado e aumentando significativamente a população carcerária.

No que diz respeito à juridicidade, entendemos que a maioria das propostas do MP é benéfica. Entretanto, algumas poderão ter sua constitucionalidade questionada, haja vista possível eternização do direito de punir.

É o caso da redação proposta pelo MP ao art. 116, inc. III, que prevê que a prescrição não correrá desde a interposição dos recursos especial ou extraordinário até a conclusão do julgamento.

Embora se reconheça a grande demora das cortes superiores em proferir julgamento, muitas vezes apenas para reconhecer que o recurso interposto não era cabível, entendemos que a sugestão não segue as linhas mestras da nossa Constituição. A alteração premia a inércia e a inabilidade do Estado-Juiz em julgar os processos em tempo razoável, ao tempo em que o pune o réu no uso do direito de recorrer.

As mesmas razões impeliram o Ministério Público a criar o inciso VII do art. 117, que prevê a interrupção da prescrição:

pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de recursos quando o caso chegou à instância recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período.

Não nos parece que este deva ser o caminho para o combate da impunidade. Se existem muitos recursos protelatórios, a resposta a ser dada é a modificação da estrutura do processo penal, ou mesmo a punição da procrastinação de má-fé. Se o Poder Judiciário demora a julgar, é evidente a necessidade de mudança na gestão dos tribunais.

As alterações acima parecem subverter a lógica do instituto da prescrição: ele existe justamente porque o decurso do tempo torna desnecessária a perseguição penal.

Além dessas ponderações, se é evidente que o réu não pode se beneficiar do seu mau comportamento para ver o crime prescrito, também nos parece claro que o réu não deva ser prejudicado pela lentidão estatal. A justiça e a lealdade processual não devem pautar uma só das condutas.

No mesmo sentido, a proposta de modificação do parágrafo único do art. 116 que prevê que “(...) a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, foragido ou evadido”.

Nos casos de evasão e fuga, deve o Estado cumprir seu dever de recuperar prontamente o réu preso, utilizando-se para isso dos instrumentos de segurança pública. A regra, em nossa avaliação, é igualmente complacente com a inabilidade do Estado em fazer cumprir a sentença penal. Trata-se da criação de um prêmio para um mau serviço prestado.

Não nos convence, do mesmo modo, a proposta para o *caput* do art. 110 de acréscimo de um terço aos prazos prescricionais relativos à pena aplicada, depois de transitar em julgado a sentença condenatória. O argumento do MP é de que, nesses casos, o interesse de punir do Estado já foi confirmado pela condenação; e por isso, os prazos da pretensão executória mereceriam ser reforçados. Contudo, não cremos que pese sobre a proposta pecha de inconstitucionalidade, tratando-se de mera opção política do legislador.

Da mesma maneira, não seria inconstitucional a proposta de modificação do art. 117, inciso I, para alterar a hipótese de interrupção do prazo prescricional com base na oferta da denúncia e não seu recebimento. Trata-se de opção legislativa, haja vista que, com o oferecimento da denúncia, houve a inequívoca manifestação do Estado de promover a persecução criminal.

A proposta do MP ainda indica a necessidade de modificação do inciso IV do art. 117 para prever a interrupção da prescrição pela sentença ou acórdão condenatórios recorríveis ou por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte.

Entendemos que, em grande parte, a alteração é benéfica e acompanha a ideia contida no Substitutivo ao PLS nº 236, de 2012, pois a interrupção da prescrição deve se

dar sempre que o Estado-Juiz manifesta-se sobre o mérito da pretensão punitiva em tempo hábil. Por essa razão, entendemos que deve haver a interrupção do prazo prescricional pela sentença ou acórdão condenatórios recorríveis e também pelo acórdão de mérito que julgar recurso interposto pela parte.

Contudo, não há sentido na interrupção da prescrição pelo proferimento de “qualquer decisão monocrática”, como proposto pelo MP. Essa decisão não possui a mesma qualificação de mérito das hipóteses narradas acima; e sequer exige a análise da demanda principal da ação penal, como é o caso da decisão sobre pedido feito por terceiro acerca de restituição de coisas apreendidas. Assim sendo, julgamos de constitucionalidade questionável a parte final do inciso citado.

Por fim, a proposta de redação do MP ao inciso I do art. 112 prevê que, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, a prescrição começa a correr “do dia em que transita em julgado, para todas as partes, a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”. Essa medida vem a atender antigo pleito da doutrina.

De fato, a redação do artigo no Código Penal vigente permite que a prescrição da pretensão executória comece a correr do dia em que transita em julgado a sentença apenas para a acusação, isto é, o Estado não pode iniciar o cumprimento da sentença, porquanto ainda não houve trânsito em julgado pelo recurso da defesa; e, ao mesmo tempo, é prejudicado pelo esvaimento do prazo prescricional. Trata-se de evidente contrassenso.

O tema foi discutido exaustivamente pela jurisprudência dos tribunais e a única solução que atende ao princípio da legalidade é a que ora se propõe. Assim, meritória a proposta do MP.

Quanto à sugestão do § 2º do art. 337-B, tratando-se de recomendação oriunda da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 2000, em seu art. 6º, não vemos qualquer óbice em sua inclusão. Com efeito, é razoável pensar que a persecução penal em relação aos funcionários públicos estrangeiros requer uma dilatação do prazo prescricional, dada a natural dificuldade de produção probatória.

IV.14 ALTERA A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO PARA ESTABELECE O PAGAMENTO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Proposta do MP:

Art. 1º O art. 17-C da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 17-C.** Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo, proferidas com base nesta ou em outra lei, deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, diretamente ao órgão que o juiz indicar, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.

§ 1º O juiz poderá determinar que as informações sejam prestadas de acordo com formato eletrônico preestabelecido e padronizado que seja utilizado para tratamento das informações por órgão de abrangência nacional.

§ 2º Ressalvados casos urgentes em que o prazo determinado poderá ser inferior, a Instituição Financeira deverá encaminhar as informações, de modo completo, no prazo máximo de 20 dias.

§ 3º As Instituições Financeiras manterão setores especializados em atender ordens judiciais de quebra de sigilo bancário e rastreamento de recursos para fins de investigação e processo criminais, e deverão disponibilizar, em página da internet disponível a membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e à Polícia Judiciária, telefones e nomes das pessoas responsáveis pelo atendimento às ordens previstas no *caput*, incluindo dados para contato pessoal em finais de semana e em qualquer horário do dia ou da noite.

§ 4º Caso não se observe o prazo deste artigo, sejam encaminhadas as informações de modo incompleto, ou exista embaraço relevante para contato pessoal com os responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, o juiz aplicará multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por episódio, graduada de acordo com a relevância do caso, a urgência das informações, a reiteração na falta, a capacidade econômica do sujeito passivo e a pertinência da justificativa apresentada pela instituição financeira, sem prejuízo das penas do crime de desobediência que, neste caso, serão de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

§ 5º No caso de aplicação da multa a que se refere o parágrafo anterior, o juiz comunicará o CNJ, que manterá disponível na internet estatísticas por banco sobre o descumprimento das ordens judiciais a que se refere este artigo.

§ 6º O recurso em face da decisão que aplicar a multa prevista no § 4º possui efeito meramente devolutivo, salvo por erro claro e convincente ou se comprometer mais de 20% do lucro do banco no ano em que for aplicada.”

A presente proposta modifica o art. 17-C na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para dispor, em síntese, que as instituições financeiras e tributárias deverão encaminhar informações de quebra ou transferência de sigilo bancário ou fiscal no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por episódio.

Em sua justificativa, o Ministério Público argumenta que a inovação é essencial para conferir efetividade às quebras de sigilo bancário e rastreamento de recursos provenientes de atividades criminosas. Os defensores da proposta destacam os diversos problemas no atendimento de ordens judiciais por instituições financeiras, exemplificando com ocorrências no bojo da operação Lava-Jato.

De início, cumpre observar que não identificamos inconstitucionalidade na proposição sob análise. As sugestões que se seguirão estão relacionadas mais ao mérito de parte das medidas do que propriamente à sua juridicidade.

O impacto legislativo da proposta aqui comentada, assim como o de outras já analisadas, é o de contribuir para a diminuição da impunidade no sistema penal, destacadamente no que se refere à recuperação dos produtos e proveitos do crime. Com efeito, com a recuperação dos recursos desviados, a conhecida máxima de que o crime compensa deixa de subsistir.

Todavia, não detêm os órgãos de persecução criminal os instrumentos para localizar e apreender recursos, sendo imprescindível a participação da instituição financeira para a efetividade do processo de recuperação do produto do crime. Se essa instituição não possui um sistema de informação organizado, nem funcionários treinados para atender as ordens judiciais, a localização e rastreamento do dinheiro desviado são prejudicados. Por tal razão, em sua maior parte, meritória a proposta do MP.

Dado o grande volume dos dados fiscais e bancários que são objetos da decisão judicial de quebra de sigilo, é razoável que as informações prestadas pelas instituições financeiras e tributárias se apresentem em arquivos que possibilitem a migração para os autos do processo sem redigitação (*caput*, art. 17-C). Igualmente, não traduz exigência desmotivada a previsão em lei de que as informações sejam prestadas de acordo com formato eletrônico preestabelecido e padronizado utilizado para tratamento das informações por órgão de abrangência nacional (§ 1º do art. 17-C).

Trata-se, em alguma medida, da aplicação da teoria do risco-proveito, comum na seara do direito coletivo. As instituições financeiras que logram obter lucros pela prática de sua atividade comercial, por outro lado, devem manter sistemas de informação e programas de informática adequados para o trato do material pelos órgãos de controle do Estado. Da mesma maneira, devem possuir quadro de pessoal para atender membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, nos casos de urgência, como, por exemplo, à noite e em finais de semana, pois é certo que o crime não determina horário para acontecer (§ 3º do art. 17-C).

Igualmente, guarda razoabilidade o prazo máximo de cumprimento – vinte dias – uma vez que esse não é tão diverso daqueles que já são estipulados pelo Poder Judiciário; igualmente, é razoável a previsão do mínimo e máximo da multa nos valores de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)¹¹⁵ por episódio (§ 4º do art. 17-C).

Contudo, cremos que a estipulação da multa por dia de descumprimento – e não por “episódio” – seria recomendável, pois reflete uma fórmula já utilizada pelos tribunais, forte na previsão genérica do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Ademais, a escolha por multa diária incentivará o cumprimento da decisão judicial, pois quanto mais rápido o atendimento à ordem, menor será o valor total da multa, circunstância que não ocorrerá na hipótese de fixação por “episódio”.

¹¹⁵ O montante não destoaria demasiadamente daqueles já estipulados pelo Poder Judiciário, em razão de decisões por descumprimento de decisão judicial por instituição financeira. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE TRANSFERÊNCIA DO VALOR PENHORADO VIA BACEN JUD. POSSIBILIDADE. DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS CUJA ANÁLISE FICA PREJUDICADA.

1 (...)

3.- No caso, a fixação da astreinte no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial que determinou a transferência da quantia bloqueada via BacenJud para o Banrisul, no prazo de três dias, até o limite de 28 dias, totalizando a importância de R\$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais) viola os preceitos legais da compatibilidade e da suficiência previstos no art. 461, § 4º, do CPC, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ainda que se possa identificar um certo descaso por parte da instituição financeira quanto ao cumprimento da determinação judicial, razão pela qual reduz-se a multa para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) dia, **alcançando o seu limite máximo a quantia de R\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais).**

4.- Prejudicada a análise das demais questões suscitadas, tendo em vista o julgamento conjunto do REsp 1.436.075/RS.

5.- Recurso Especial provido, em parte.

(STJ, REsp 1432965 / RS, RECURSO ESPECIAL 2013/0350223-8, Relator Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 10 de junho de 2014, DJe 20/08/2014).

Por fim, quanto à fixação do efeito meramente devolutivo do recurso que aplicar a multa, salvo por erro claro e convincente, ou se comprometer mais de 20% do lucro do banco no ano em que for aplicada, igualmente entendemos como medida inadequada. Não vemos razão para excetuar a regra do efeito suspensivo dos recursos, se este subsiste em hipóteses, em nossa avaliação, muito mais graves.

Sempre que o ordenamento jurídico elege uma hipótese para prever recursos meramente devolutivos há uma razão relacionada à urgência do caso concreto; ou mesmo à certeza do direito vindicado (vide art. 520 do Código de Processo Civil). A nosso sentir, a proposta não se enquadra em nenhuma das duas situações. Não destoa verdadeiramente dos demais casos de descumprimento de ordem judicial que, ressalte-se, ocorrem em áreas sensíveis ao interesse público, como a de saúde e segurança pública.

IV.15 CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NOS CASOS DE RECURSO MANIFESTAMENTE PROTTELATÓRIO

Proposta do MP:

“**Art. 1º** Acresça-se o art. 580-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal nos seguintes termos:

‘**Art. 580-A.** Verificando o Tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.

Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no *caput*.’

Art. 2º Aplica-se esta Lei ao Processo Civil.”

A 7ª proposta legislativa encaminhada pelo Ministério Público Federal (MPF) trata da imediata certificação do trânsito em julgado, quando o tribunal verificar que o recurso interposto é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer.

Na justificção, argumenta que o direito constitucional de recorrer, assim como a necessidade de o processo ter uma duração razoável, devem coexistir, daí porque o sistema recursal brasileiro não pode ser utilizado para adiar o trânsito em julgado da sentença e, conseqüentemente, o termo final do processo.

Inicialmente, esclarecemos que nossas observações se restringirão à repercussão do uso indiscriminado de recursos no processo penal.

O sistema recursal é fundado na falibilidade do julgador e na irresignação da parte prejudicada¹¹⁶.

O recurso, por sua vez, é o instrumento processual conferido ao sucumbente para a revisão, total ou parcial, de uma decisão. Pode ser direcionado ao próprio prolator do ato ou ao órgão superior colegiado com competência para manter, reformar ou cassar a decisão impugnada. A finalidade dos recursos é, portanto, a submissão de um julgado à reapreciação, a fim de que o recorrente obtenha um posicionamento mais favorável.

No sistema processual brasileiro, contudo, os recursos são utilizados de forma indiscriminada: não apenas para impugnar uma decisão, mas também para procrastinar o término do processo. A consequência dessas ações é a perpetuação de processos em nossos tribunais, o que, além de impedir a célere punição de criminosos, gera uma sensação de impunidade do seio da sociedade.

Nesse passo, não restam dúvidas de que a reforma do nosso sistema recursal processual penal é medida necessária e urgente. Não obstante ser verdade essa premissa, entendemos que a minuta de proposição apresentada contém falhas que sugerem a sua retificação.

Inicialmente é preciso verificar quais órgãos julgadores seriam destinatários do novo regramento. A sugestão em exame modifica o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), norma que regula recursos de natureza ordinária infraconstitucional. Se adotada, a alteração abarcaria os recursos ordinários infraconstitucionais, mas não os extraordinários (extraordinário e especial), regulados por lei própria¹¹⁷ e com previsão constitucional.

Entre os recursos ordinários infraconstitucionais em matéria penal, encontram-se a apelação, os embargos de divergência e de nulidade e os embargos de declaração. Estes seriam, a princípio, os recursos sujeitos à regra objeto da 7ª proposta legislativa do pacto anticorrupção¹¹⁸.

¹¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1162.

¹¹⁷ Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que específica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁸ O recurso em sentido estrito, o agravo em execução e a carta testemunhável não foram elencados: o primeiro, porque voltado ao ataque de decisões interlocutórias; o segundo, porque utilizado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e o último, por servir, basicamente, à subida do recurso em sentido estrito e do agravo em execução ao tribunal *ad quem*.

Nos moldes propostos, se for verificado que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, o tribunal “determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem”. Além disso, dispõe-se que “não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no *caput* [do artigo acima referido]”.

Verifica-se, portanto, que haverá um juízo de admissibilidade quando da interposição do recurso, feito pelo tribunal *ad quem* (para o qual foi o processo), a fim de verificar se há ou não intuito protelatório. Em caso positivo, será determinada a certificação do trânsito em julgado e a baixa dos autos à origem.

A análise da proposta será dividida em duas etapas. Primeiro, comentaremos o *caput* do novo art. 580-A, frente aos recursos infraconstitucionais. Em seguida, faremos algumas considerações sobre o *parágrafo único*.

Do *caput* do Art. 580-A

Da apelação

Trata-se de um recurso que remete à instância superior toda a matéria de fato e de direito decidida pelo magistrado de primeira instância. Em se tratando de processo penal, no entanto, em que se apura o cometimento de “*fatos*” criminosos, o enfoque das apelações criminais é voltado principalmente à matéria de fato.

Quando o julgamento de primeiro grau é remetido ao tribunal, não é possível fazer qualquer limitação, uma vez que o CPP não restringe a utilização da apelação, seja quanto à matéria de fato ou quanto à de direito. Dessa maneira, o apelante tem o direito subjetivo de que o tribunal faça uma reanálise abrangente de fatos, provas e mérito; e, ao final, profira nova decisão, modificando ou não a sentença.

Sendo esse o contexto, parece-nos de pouca aplicação a proposta apresentada em relação ao recurso de apelação. Como seria possível aferir intenção protelatória ou abuso do direito de recorrer, se a parte sucumbente tem o direito subjetivo de ver seu processo inteiramente reapreciado pela instância superior?

No caso excepcional de a apelação discutir tão somente matéria de direito, a nova regra ainda poderia ser questionada. Isso porque nem sempre os tribunais de justiça seguem a jurisprudência das cortes superiores. Assim, corre-se o risco de um

tribunal devolver os autos à origem, por entender protelatório o recurso, sem que sua decisão esteja afinada com o entendimento jurisprudencial das cortes superiores.

Resta, então, uma única situação em que a nova regra poderia ter aplicação: é o caso do recurso restrito à matéria de direito, cuja fundamentação esteja em evidente oposição ao entendimento pacificado dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ)).

Mesmo nesse último caso, haverá possibilidade de a parte não conformada alegar restrição ao direito de recorrer, argumentando, por exemplo, que, não raro, nossos tribunais superiores mudam seus posicionamentos. Para corroborar esse ponto de vista, basta lembrar a discussão sobre a constitucionalidade do regime integralmente fechado, prevista no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, em sua redação original, que em um primeiro momento foi declarado constitucional¹¹⁹ pelo pleno do STF e posteriormente, inconstitucional¹²⁰. Contra esse último argumento, no entanto, pode-se alegar que é necessário dar segurança jurídica aos jurisdicionados, que não podem ficar, *ad eternum*, à mercê de uma possível mudança jurisprudencial.

De qualquer forma, como solução, a nova regra poderia ser utilizada para impedir o processamento das apelações restritas à matéria de direito que contrariem súmula vinculante do STF e, no caso do recurso extraordinário, que não demonstrem a repercussão geral.

Dos embargos de declaração

Os embargos de declaração são direcionados ao próprio órgão prolator de uma decisão, daí porque lhe é conferido o chamado “efeito regressivo”.

Trata-se de um recurso que tem o propósito de aclarar o julgado nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (arts. 382 e 619, do CPP). O fundamento desse recurso é permitir a exata compreensão da decisão proferida e, conseqüentemente, conferir eficácia à garantia de motivação das decisões judiciais¹²¹ (art. 93, IX, da Constituição Federal (CF)).

¹¹⁹ HC 69657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 18 de dezembro de 1992.

¹²⁰ HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23 de fevereiro de 2006.

¹²¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1268.

O STF, a semelhança do apresentado na proposta legislativa em comento, entende que a interposição sucessiva de embargos declaratórios, com propósito nitidamente protelatório, em sede de recurso extraordinário, não obsta a certificação do trânsito em julgado.¹²² No mesmo sentido é o posicionamento do STJ, que vem determinando a certificação do trânsito em julgado, mesmo havendo, em tese, legítimo interesse da parte em manejar embargos de divergência.¹²³

A aplicação da regra em comento, em se tratando de embargos de declaração com manifesta intenção protelatória, poderá surtir efeitos positivos: pode-se esperar uma diminuição significativa dos embargos declaratórios nas instâncias recursais ordinárias e extraordinárias, o que contribuirá para conferir celeridade aos processos e, no caso do processo penal, punir criminosos mais rapidamente e diminuir a sensação de impunidade.

Dos embargos infringentes e de nulidade

Os embargos infringentes e de nulidade visam a impugnar decisão não unânime de segunda instância, quando desfavorável ao réu. A ideia é fazer prevalecer o posicionamento do voto vencido que beneficia o acusado. Na prática os embargos infringentes e de nulidade recebem o mesmo tratamento, pois é preponderante a incidência do princípio da fungibilidade, que orienta o julgador a privilegiar o julgamento em relação a exigências formais. Entretanto, em teoria, embargos infringentes e de nulidade possuem objetos distintos.

Os embargos infringentes atacam a questão de fundo, ou seja, o mérito. É comum que, por meio desse recurso, busque-se uma absolvição, uma redução de pena, um afastamento de qualificadora, etc. Já os embargos de nulidade voltam-se às questões processuais, que, se acolhidas, podem ensejar a nulidade total ou parcial do processo.

No caso dos embargos infringentes, em que a lei permite nova discussão de toda a matéria fática, tal como ocorre com a apelação, não haveria espaço para a proposta em discussão. Isso porque não há amparo jurídico para se falar em intuito protelatório ou

¹²² AP 481 EI-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20 de março de 2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 08-08-2014 PUBLIC 12-08-2014.

¹²³ MS 20.873/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 5 de novembro de 2014, DJe 27/11/2014.

abuso do direito de recorrer se a reanálise de fatos, provas e mérito, se apresenta como um direito subjetivo do recorrente.

Importante salientar, no entanto, que em face da exigência constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a própria existência dos embargos infringentes pode ser questionada. Esse recurso nada mais é do que a revisão de uma revisão. Não é por outra razão que, no processo civil, a utilização dos infringentes, em grau de apelação, foi limitada aos casos em que o acórdão não unânime reforma a sentença de mérito, ou julga procedente ação rescisória.

Já nos adiantamos aqui que esse tema será novamente discutido, quando da análise da 9ª proposta legislativa, que traz em seu bojo a sugestão de restrição ou extinção do uso dos embargos infringentes no processo penal.

Por fim, em se tratando de embargos de nulidade, cujo enfoque é jurídico, voltado à discussão de questões processuais, estando o recurso em franca oposição a posicionamento jurisprudencial pacífico dos tribunais superiores – tal como é o caso da súmula vinculante –, com evidente caráter protelatório, não vemos problema em se determinar a imediata certificação do trânsito em julgado e a baixa dos autos à origem.

Do Parágrafo Único do Art. 580-A

A proposta de redação do art. 580-A é a seguinte:

“Art. 580-A. Verificando o Tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.

***Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no caput.*”** (destacou-se)

Verifica-se que, no *caput*, há o comando para a certificação do trânsito em julgado e no parágrafo único a previsão de **recurso**, sem efeito suspensivo.

A nova fórmula disposta no parágrafo único do art. 580-A altera o próprio conceito do trânsito em julgado e de coisa julgada, garantia fundamental prevista Constituição Federal (CF), em seu art. 5º, XXXVI¹²⁴. Essa modificação não nos parece

¹²⁴ Art. 5º, inc. XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

possível já que o conceito jurídico de coisa julgada já foi consagrado pela doutrina e jurisprudência há longa data.

Alexandre Câmara conceitua coisa julgada como “a imutabilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso”¹²⁵. Para Barbosa Moreira, quando a sentença de mérito torna-se irrecorrível, recebe o selo da imutabilidade e da indiscutibilidade, ou seja, transita em julgado e forma a coisa julgada material.¹²⁶

Renato Marcão traz os conceitos de Enrico Tullio Liebman e Giovanni Leone, e informa que “coisa julgada é a imutabilidade do comando emergente da sentença” e que “significa decisão imutável e irrevogável; significa a imutabilidade do mandamento que nasce da sentença”¹²⁷. Aury Lopes Jr. complementa, com propriedade, que tanto na dimensão constitucional (como garantia individual), como na dimensão processual (imutabilidade da decisão), a coisa julgada está posta a serviço do réu¹²⁸.

A par da doutrina e da jurisprudência, o próprio legislador já definiu coisa julgada no art. 467 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

No processo penal, o trânsito em julgado confere certeza e definitividade às sentenças e acórdãos proferidos. Em casos de condenação, a consequência é o imediato início do cumprimento da pena imposta, nos de absolvição, a soltura dos réus presos. Outro efeito é o de impedir um novo julgamento pelo mesmo fato.

Feitas essas considerações, como determinar o trânsito em julgado de uma decisão, com todas as suas consequências penais e, ainda assim, permitir a interposição de um recurso? Essa medida, em nossa avaliação, que leva em conta o consagrado conceito de coisa julgada, viola frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Uma solução para a longa espera pelo trânsito em julgado foi apresentada pela PEC nº 15, de 2011, que, com base na proposta do então presidente do STF, ministro

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 18. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2008. p. 460.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novo processo civil brasileiro. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 89.

¹²⁷ MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 844.

¹²⁸ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1122.

Cesar Peluso, transformava os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias. Na prática, com essa alteração, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorreria após o esgotamento das vias recursais ordinárias.

Entendemos, portanto, que a proposta legislativa merece parcial acolhimento. O *caput* do art. 580-A pode ser aplicado com ótimos resultados, sobretudo em relação aos embargos de declaração protelatórios. Esse novo regramento, inclusive, poderia ser aproveitado para os recursos extraordinários, em que apenas se discute matéria de direito, por meio da alteração da Lei nº 8.038, de 1990. Já o seu parágrafo único não pode ser aproveitado, pois desestrutura o conceito já consagrado de coisa julgada, em total desarmonia com a Constituição Federal, o CPC, a doutrina e a jurisprudência.

IV.16 FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PEDIDO DE VISTA NOS JULGAMENTOS POR ÓRGÃOS COLEGIADOS

Proposta do MP:

“Art. 578-A. O membro do tribunal que pedir vistas após os votos do relator e, quando houver, do revisor terá o prazo correspondente a cinco sessões para estudar o caso, findo o qual reapresentará o processo e viabilizará a continuidade do julgamento.”

A 8ª proposta legislativa encaminhada pelo MPF acrescenta o art. 578-A ao CPP.

A fixação de prazo para pedido de vista por membro de órgão colegiado de tribunal é medida muito oportuna e que, por certo, trará maior celeridade aos julgamentos de recursos e ações originárias dos tribunais.

O desenvolvimento dos processos judiciais segue formas e prazos previamente estabelecidos. A certeza de que o próprio Estado, na prestação da função jurisdicional, se sujeita a um regramento prévio confere maior segurança ao jurisdicionado, pois reduz espaço para abusos e arbitrariedades.

Os Códigos de Processo Penal e Civil já fixam prazos para os julgadores. No CPP, por exemplo, o § 3º do art. 403 fixa o prazo de dez dias para a prolação de uma sentença. Da mesma forma, o § 9º do art. 411, ao disciplinar a primeira fase do júri, determina que o magistrado profira decisão em dez dias.

A fixação de prazo para os magistrados, os chamados prazos impróprios, embora não gerem consequências dentro do processo, se prestam a delimitar o momento em que

o julgador estará em mora, o que, por certo, estimulará maior empenho e agilidade na prestação jurisdicional.

Conclui-se que a fixação de prazo nos casos de pedido de vistas pelos julgadores que compõem órgãos colegiados (turmas, câmaras, sessões, órgãos especiais e pleno) tende a contribuir sobremaneira para a razoável duração dos processos.

IV.17 ALTERAÇÕES NOS RECURSOS DO PROCESSO PENAL E NO *HABEAS CORPUS* E *ACCOUNTABILITY* E EFICIÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO E NO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FEITOS CRIMINAIS

Proposta do MP:

“**Art. 600.**

.....
§ 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.”

“**Art. 609.**.....

.....
Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

“**Art. 613.**

I – exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento;”

“**Art. 620.**

.....
§ 3º A decisão em face da qual já foram opostos embargos de declaração não poderá ser objeto de novos embargos;

§ 4º Quando os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos;

§ 5º Caso sejam opostos novos embargos protelatórios no curso do mesmo processo, a multa será elevada em até 10 (dez) vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.”

“**Art. 638-A.** Os recursos especial e extraordinário interpostos serão processados e julgados paralelamente, de modo que a pendência de um não suspenderá ou obstará o exame do outro.

§ 1º Incumbe à parte recorrente, sob pena de deserção, adotar as medidas necessárias para a formação de traslado integral dos autos, a fim de que possam ser enviados autos idênticos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

§ 2º O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal manterão canal eletrônico de comunicação a fim de que um informe ao outro o resultado do julgamento de recurso quando pende o julgamento de recurso no outro tribunal.

§ 3º Interposto o recurso extraordinário e/ou especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento”.

“**Art. 647.** Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

§ 1º A ordem de *habeas corpus* não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar soltura imediata do paciente;

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;

III – com supressão de instância;

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou processo criminal tenha o efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

§ 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.”

“**Art. 652.** Se o *habeas corpus* for concedido em virtude da decretação da nulidade de ato processual, renovar-se-ão apenas o ato anulado e os que diretamente dele dependam, aproveitando-se os demais.

Parágrafo único. No caso previsto no *caput*:

I – facultar-se-á às partes ratificar ou aditar suas manifestações posteriores ao ato cuja nulidade tenha sido decretada;

II – o juiz ou tribunal que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou consequência e ordenando as providências necessárias para sua retificação ou renovação.”

“**Art. 664.** Recebidas as informações, ou dispensadas, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

§ 1º O Ministério Público e o impetrante serão previamente intimados, por meio idôneo, sobre a data de julgamento do *habeas corpus*.

§ 2º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.”

“**Art. 667-A.** Da decisão concessiva de *habeas corpus* em Tribunal caberá agravo para a Seção, o Órgão Especial ou o Tribunal Pleno, conforme disposição prevista em regimento interno.”

“**Art. 809-A.** Os Tribunais e Ministérios Públicos divulgarão anualmente estatísticas globais e por cada um dos órgãos e unidades que os compõem, para demonstrar:

I – o número de feitos criminais, por categoria, que ingressaram originalmente e foram instaurados no ano, o número de feitos criminais, por categoria, que saíram definitivamente e foram arquivados, e o saldo de feitos criminais ativos, por categoria;

II – o número de feitos criminais, por categoria, que tramitam perante aquela instância, com a indicação do seu respectivo tempo de tramitação, de modo a viabilizar a identificação de quantos feitos estão há mais de um dado número de anos no órgão ou unidade.

§ 1º Quando os Tribunais e Ministérios Públicos verificarem em sua estatística global que feitos criminais foram julgados em prazo além do razoável, identificarão os motivos e, se cabíveis, instaurarão medidas administrativas e disciplinares.

§ 2º Os Tribunais e Ministérios Públicos encaminharão relatório anual ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, contendo as estatísticas indicadas neste artigo, os motivos da morosidade dos feitos e informação sobre as medidas administrativas e disciplinares adotadas, podendo propor medidas legislativas necessárias para assegurar a duração razoável do processo.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, com base nos diagnósticos de problemas ou propostas recebidas, proporão medidas legislativas necessárias para assegurar a duração razoável do processo.

§ 4º Considera-se prazo razoável o período máximo de 1 ano na instância originária e 1 ano na instância recursal, para o julgamento do feito, contados a partir do recebimento dos autos naquela instância.

§ 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público estabelecerão, em normativo próprio, a forma, o conteúdo e a data de divulgação das estatísticas de diagnóstico de eficiência do sistema processual penal previstas neste artigo.”

A 9ª proposta legislativa, encaminhada pelo MPF, sugere uma série de alterações no Código de Processo Penal (CPP), as quais serão analisadas separadamente:

A revogação do § 4º do art. 600:

“Art. 600.

.....
§ 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.”

Não é de hoje que se busca revogar o § 4º do art. 600 do CPP. No Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 98, de 2004, propôs a supressão desse dispositivo legal e, até mesmo, recebeu parecer favorável, em aprovação terminativa, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Em agosto de 2008, a matéria foi encaminhada à Câmara dos Deputados, onde foi identificada como Projeto de Lei (PL) nº 3.939, de 2008, apensado ao PL nº 2.633, de 2007. Naquela Casa, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e, desde 2/3/2011, aguarda inclusão na ordem do dia para votação em Plenário.

A revogação do § 4º é medida que se impõe, pois se trata de um dispositivo legal em franca oposição à garantia fundamental disposta no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (CF), que assegura a todos a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O *caput* do art. 600 do CPP dispõe que assinado o termo de apelação o apelante terá o prazo de oito dias para apresentar razões e, em se tratando de contravenção penal, três dias. Assim, como regra, o prazo para o oferecimento das razões recursais começa a fluir tão logo assinado o termo de apelação, sem necessidade de nova intimação do réu.

O § 4º, no entanto, permite que as razões recursais sejam apresentadas na segunda instância, onde as partes serão novamente notificadas pela publicação oficial. Essa nova notificação demanda tempo; e não tem qualquer justificativa. Além disso,

mostra-se desarrazoada e incompatível com a celeridade que se busca na tramitação de processos, sobretudo, nos relacionados à matéria penal.

Dessa forma, com a revogação do § 4º do art. 600 do CPP, a expectativa é que haja um ganho no tocante à celeridade dos processos em grau recursal.

A revogação do parágrafo único do art. 609:

“**Art. 609.**

.....
Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

Primeiramente, faz-se necessário apontar que, no texto da minuta em exame, foi sugerida a revogação total do parágrafo único do art. 609 do CPP. Na justificativa, todavia, propõe-se apenas a redução do cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, especificamente para os casos em que o voto vencido é pela absolvição.

Os embargos infringentes e de nulidade, recurso apontado por muitos como redundante, visam à reforma de uma decisão de segundo grau não unânime, ou seja, são em verdade a revisão de uma revisão. O que muda no segundo julgamento não é a maior experiência do órgão colegiado, mas sim o número maior de julgadores. Assim, a previsão desse recurso é, de fato, bastante questionável.

A divergência em matéria jurídica é situação comum, pois o dissentimento é da própria essência do Direito. E nos julgamentos criminais, em que, além da interpretação de normas, há a apuração de fatos, abre-se espaço maior para a subjetividade do julgador, que, em certa medida, exerce um juízo de valor. Nesse passo, a falta de unanimidade, a princípio, nos parece um fundamento insuficiente a ensejar a previsão de um recurso.

Também deve ser observado que, no caso dos embargos infringentes, já há o posicionamento do magistrado de primeira instância e da maioria dos desembargadores da segunda instância, todos contrários à irrisignação do condenado. Com base nessa consideração, permitir uma nova reapreciação dos fatos, apenas por haver um voto divergente, é uma opção que, se aceita, deve ser restrita, para não comprometer a celeridade processual e enfraquecer a segurança jurídica.

O novo CPC, aprovado por meio da Lei nº 13.105, de 2015 (atualmente em período de *vacatio legis*), embora não nomine os embargos infringentes, o prevê como técnica de julgamento, em seu art. 942. Assim, no processo penal, em que o valor “liberdade” carece de maior proteção que o valor “patrimônio” – que constitui o foco do processo civil – os embargos infringentes e de nulidade também deveriam ser mantidos, ainda que limitados ao voto divergente pela absolvição.

Nem se diga que a divergência entre julgadores quanto a outras matérias poderá gerar insegurança jurídica. Para essas situações, as partes, em suas razões recursais, e os próprios julgadores, antes do julgamento do recurso originário, podem deflagrar o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 e seguintes do CPC, e utilizado no processo penal, por analogia, conforme admitido pelo art. 3º do CPP.

A diferença é que o incidente de uniformização de jurisprudência é um incidente processual – e não um recurso –, que, de maneira prévia, fixa determinada tese jurídica e evita a configuração de divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais.¹²⁹

A revogação do inciso I do art. 613:

“Art. 613.

I – exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento;”

A revogação do inciso I do art. 613 do CPP supre a figura do revisor dos julgamentos das apelações.

Não restam dúvidas de que o processamento de um recurso demanda tempo, pois, via de regra, exige o reexame de todo o julgado de primeira instância, incluídas aí as questões de fato e de direito. Não obstante, para se evitar impunidade, a justiça deve ser célere. Não é por outra razão que a CF previu a razoável duração do processo como garantia fundamental (art. 5º, LXXVIII).

O trâmite de uma apelação, no entanto, não colabora para o seu rápido julgamento. Primeiramente, os autos são remetidos a um relator, que apresenta o relatório do processo e profere seu voto. Em seguida, o revisor, querendo, tem o mesmo

¹²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 331/332

prazo para examinar o feito e apresentar seu voto. Por fim, o terceiro julgador, conhecido como vogal, apresenta seu voto oral na sessão de julgamento.

Ora, para proferir voto basta ao julgador conhecer as questões de fato e de direito enfrentadas no processo, bem como o teor da sentença proferida pelo julgador da primeira instância. Dessa forma, mostra-se desnecessária a abertura de prazo idêntico ao do relator para o revisor. Melhor observar e prestigiar o princípio *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me os fatos e te darei o Direito) e, apresentado o relatório, passar-se diretamente ao julgamento do recurso, com a apresentação de votos orais pelos demais membros do colegiado na própria sessão de julgamento.

Nessa linha de raciocínio, a supressão do revisor, tal como sugerido na 9ª proposta da PGR, nos parece medida adequada para conferir maior rapidez no julgamento de apelações criminais.

Não é demais lembrar que, em se tratando de uma causa complexa, nada impede que os demais julgadores peçam vista dos autos, com o fim de esclarecer dúvida, ou até para apresentar voto escrito. Nesse ponto, em conformidade com o já colocado quando da análise da 8ª proposta legislativa, faz-se necessário o estabelecimento de prazo certo, para evitar pedidos de vista sem data certa para devolução.

Acréscimo dos §§ 3º, 4º e 5º ao do art. 620:

“Art. 620.
.....
§ 3º A decisão em face da qual já foram opostos embargos de declaração não poderá ser objeto de novos embargos;
§ 4º Quando os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos;
§ 5º Caso sejam opostos novos embargos protelatórios no curso do mesmo processo, a multa será elevada em até 10 (dez) vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.”

De início, lembramos que a 7ª proposta legislativa do MPF também trata do manejo de recursos protelatórios, incluídos os embargos de declaração, quando prevê, como penalidade, a certificação antecipada do trânsito em julgado e a imediata baixa dos autos à origem. Assim, caso a referida proposta reste aprovada, o acréscimo dos §§ 4º e 5º ao art. 620 será desnecessário.

De qualquer forma, passemos à análise da presente proposta legislativa.

O § 3º que se quer acrescentar ao art. 620 dispõe que “a decisão em face da qual já foram opostos embargos de declaração não poderá ser objeto de novos embargos”.

A mudança proposta pode surtir bons efeitos, já que, por um lado, os julgadores se empenharão mais no exame do recurso; e, por outro, os recorrentes tenderão a utilizar os embargos somente em situações realmente necessárias.

Nesse sentido é, inclusive, a redação do projeto de reforma do CPP, PLS nº 156, de 2009, que ao tratar dos embargos declaratórios dispõe em seu art. 494, § 2º, que “os embargos serão opostos **uma única vez**, no prazo de 2 (dois) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo”.

A nova redação pode ser questionada sob o fundamento de que uma decisão, mesmo atacada por embargos de declaração, continue omissa, contraditória, obscura ou ambígua, o que autorizaria o uso de novos embargos. Nessas situações, no entanto, nos parece que eventual falha na decisão dos aclaratórios deverá ser interpretada em benefício do recorrente.

Os §§ 4º e 5º preveem multa nos casos de embargos protelatórios e têm inspiração no parágrafo único do art. 538 do CPC, que estabelece o pagamento ao embargado de “multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

Primeiramente, devemos salientar que, se houver apenas uma oportunidade para a oposição de embargos de declaração (conforme previsto no § 3º), a previsão da multa prevista nos §§ 4º e 5º pode ser entendida como desnecessária, pois nessas situações os aclaratórios sequer seriam recebidos. De qualquer forma, faremos abaixo a análise sobre a necessidade e conveniência da multa.

A penalidade sugerida nos §§ 4º e 5º se mostra apropriada, dado o seu caráter dissuasório. O único problema é o valor da multa. O salário mínimo previsto para 2015 é de R\$ 788,00. Estamos falando de multas de R\$ 7.880,00 a R\$ 78.800,00, que, no caso de novos embargos protelatórios no curso do mesmo processo, poderão chegar a R\$ 788.000,00, valores que se mostram elevados e desproporcionais e que, na maior parte das vezes, serão muito superiores às próprias multas fixadas a título de pena.

Dessa forma, em se entendendo por aplicar multa em vez de limitar a interposição dos embargos, conviria reduzir o seu valor.

Proposta de acréscimo do art. 638-A ao CPP:

“**Art. 638-A.** Os recursos especial e extraordinário interpostos serão processados e julgados paralelamente, de modo que a pendência de um não suspenderá ou obstará o exame do outro.

§ 1º Incumbe à parte recorrente, sob pena de deserção, adotar as medidas necessárias para a formação de traslado integral dos autos, a fim de que possam ser enviados autos idênticos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

§ 2º O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal manterão canal eletrônico de comunicação a fim de que um informe ao outro o resultado do julgamento de recurso quando pende o julgamento de recurso no outro tribunal.

§ 3º Interposto o recurso extraordinário e/ou especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento”.

Atualmente a tramitação dos recursos especial (REsp) e extraordinário (RE) é regulada pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Em conformidade com o art. 27 dessa Lei, quando interpostos simultaneamente, primeiro julga-se o REsp junto ao STJ e, posteriormente, o RE perante o STF, caso não reste prejudicado. A referida Lei ainda prevê que o RE seja julgado primeiramente, quando for prejudicial à análise do REsp (art. 27, § 6º).

A regra atual em vigor funciona como um filtro à tramitação do RE, o que contribui para diminuir o número de processos junto ao STF¹³⁰. Há uma otimização do funcionamento da Suprema Corte brasileira. O efeito negativo desse procedimento é que o recorrente tem que aguardar, às vezes por longo período, o julgamento do REsp.

Embora a proposta acabe com essa espera, contribui para aumentar ainda mais o número de recursos junto ao STF, o que, da mesma maneira, acaba por comprometer a celeridade no julgamento dos recursos extraordinários e demais ações e recursos junto àquela Corte. Também deve ser observado que sendo o REsp prejudicial ao RE, e até que haja uma comunicação entre os tribunais, o STF terá despendido tempo no processamento do RE sem necessidade.

¹³⁰ Só no ano de 2014 foram distribuídos 57.799 processos junto ao Supremo Tribunal Federal (<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>)

O § 3º do novo art. 638-A, por sua vez, propõe a suspensão do prazo prescricional, caso seja interposto recurso extraordinário ou especial. Ao que tudo indica, o fundamento – falho – para a suspensão é a demora no julgamento dos referidos recursos. Ora, se a demora decorre da própria ineficiência do Estado na prestação jurisdicional, não poderá ser utilizada em desfavor do acusado.

De mais a mais, caso se pretenda levar adiante as alterações sugeridas pelo novo art. 638-A, a proposta deve ser direcionada à Lei nº 8.038, de 1990, que institui as normas procedimentais para os processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Alterações referentes ao *habeas corpus*

A 9ª proposta legislativa traz, ainda, diversas modificações no regramento do *habeas corpus*, as quais se voltam, sobretudo, à restrição do uso deste “remédio constitucional”. A redação das propostas é a seguinte:

“**Art. 647.** Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

§ 1º A ordem de *habeas corpus* não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar soltura imediata do paciente;

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;

III – com supressão de instância;

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou processo criminal tenha o efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

§ 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.”

“**Art. 652.** Se o *habeas corpus* for concedido em virtude da decretação da nulidade de ato processual, renovar-se-ão apenas o ato anulado e os que diretamente dele dependam, aproveitando-se os demais.

Parágrafo único. No caso previsto no *caput*:

I – facultar-se-á às partes ratificar ou aditar suas manifestações posteriores ao ato cuja nulidade tenha sido decretada;

II – o juiz ou tribunal que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou consequência e ordenando as providências necessárias para sua retificação ou renovação.”

“**Art. 664.** Recebidas as informações, ou dispensadas, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

§ 1º O Ministério Público e o impetrante serão previamente intimados, por meio idôneo, sobre a data de julgamento do *habeas corpus*.

§ 2º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.”

“**Art. 667-A.** Da decisão concessiva de *habeas corpus* em Tribunal caberá agravo para a Seção, o Órgão Especial ou o Tribunal Pleno, conforme disposição prevista em regimento interno.”

Não obstante o fato de algumas das inovações sugeridas pelo MPF estarem afinadas com o entendimento de nossas cortes superiores, tais como as que proíbem a utilização do *habeas corpus* com supressão de instância¹³¹ ou como sucedâneo recursal¹³², entendemos indevidas as que vedam concessão da ordem “de ofício”, “em caráter liminar” ou “para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso”.

O *habeas corpus* é um “remédio constitucional” previsto no art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal (CF) e colocado à disposição daquele que “sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional que apresenta pouco espaço para limitações.

¹³¹ HC 109430 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10 de abril de 2014.

¹³² HC 125431 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 9 de dezembro de 2014; HC 120902, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 3 de junho de 2014.

A proibição da concessão de *habeas corpus* “de ofício” restringe a própria atuação do Judiciário, o que é incoerente, já que não raro os tribunais, mesmo apreciando matéria distinta da prisão, identificam a ocorrência de fato que impõe a soltura do réu. Exemplo típico dessa situação é o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não vislumbrada pelas partes.

Quanto à vedação do *habeas corpus* “em caráter liminar”, importa lembrar que a liberdade é bem da maior relevância. Assim, atendidos os requisitos legais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, não há porque aguardar a decisão final do *writ* para a concessão da ordem. Se assim não se entender, cria-se uma incoerência no ordenamento jurídico, ao se proibir liminar para a obtenção de liberdade e permiti-la (em processos cíveis) para recebimento de patrimônio.

Da mesma forma, em relação à discussão de nulidade e trancamento de investigação ou processo criminal em curso, entendemos que a pretendida limitação à concessão de liminar viola o núcleo essencial do remédio constitucional, que se presta não apenas para atacar a efetiva violação do direito ambulatorial (de locomoção), como para impedir qualquer ameaça a esse direito.

Resta evidente que as restrições acima elencadas não devem ser acolhidas, pois violam o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do livre acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Em relação ao *habeas corpus* também é acrescentado um inciso IV ao novo § 1º do art. 647 do CPP, em que se prevê a não concessão da ordem “sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente”.

A condição trazida pelo inciso IV nos parece desnecessária, já que o pedido de informações deve ser dirigido à autoridade indicada como coatora, pessoa mais habilitada a esclarecer os fundamentos da restrição à liberdade de ir e vir. Só há que se exigir pedido de informações ao promotor da instância de origem quando ele próprio for a autoridade coatora, caso contrário, a nova formalidade apenas comprometerá a celeridade processual.

Também é sugerida a criação do recurso de agravo para impugnar a decisão concessiva de *habeas corpus* em tribunal. Esse recurso seria direcionado a um novo órgão colegiado do tribunal, que pode ser uma Seção, Órgão Especial ou Tribunal Pleno, conforme disposição prevista em regimento interno.

A nova impugnação nos parece desnecessária e contrária à garantia da razoável duração do processo. Isso porque, tal qual ocorre com os embargos infringentes e de nulidade (recurso frequentemente apontado como redundante), a decisão concessiva de *habeas corpus* seria devolvida a um colegiado de igual experiência e nível hierárquico.

Além dessas ponderações, deve-se levar em conta que, com a cassação da ordem, ainda seria aberta ao paciente a via do recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, *a*, CF).

***Accountability* e eficiência no Poder Judiciário e no Ministério Público em feitos criminais**

A proposta de inclusão do art. 809-A do CPP é rigorosamente idêntica à primeira proposta do MP (*accountability no Judiciário*). Assim, além de registrar a desnecessidade de alteração do CPP para essa finalidade, remetemos o leitor à primeira proposta comentada neste estudo.

IV.18 MODIFICAÇÃO DO REGRAMENTO DAS NULIDADES NO CPP

Proposta do MP:

“**Art. 563.** É dever do juiz buscar o máximo aproveitamento dos atos processuais.

Parágrafo único. A decisão que decretar a nulidade deverá ser fundamentada, inclusive no que diz respeito às circunstâncias do caso que impediriam o aproveitamento do ato.

Art. 564. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

§ 1º Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

§ 2º O prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, e à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa.

.....

Art. 567. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Parágrafo único. A incompetência do juízo cautelar não anulará os atos decisórios proferidos anteriormente ao declínio de competência, salvo se as circunstâncias que levaram ao declínio eram evidentes e foram negligenciadas de modo injustificado pelas partes.

.....
Art. 570-A. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, sob pena de preclusão:

I – as da fase investigatória, da denúncia ou referentes à citação, até a decisão que aprecia a resposta à acusação (arts. 397 e 399);

II – as ocorridas no período entre a decisão que aprecia a resposta à acusação e a audiência de instrução, logo após aberta a audiência;

III – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

IV – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do juízo ou tribunal, logo depois de ocorrerem.

Art. 571. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* se a parte provar legítimo impedimento.

§ 2º A parte pode requerer que o juiz, a despeito da preclusão, anule e repita o ato alegadamente defeituoso. Neste caso, interromper-se-á a prescrição na data da primeira oportunidade em que lhe cabia alegar o vício.

Art. 572. As nulidades se considerarão sanadas:

I – se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II – se a parte, por comissão ou omissão, ainda que tacitamente, tiver demonstrado estar conformada com a prática do ato defeituoso.

Art. 573. Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, acarretará a dos atos posteriores que dele diretamente dependam ou dele sejam consequência.

§ 2º A decretação da nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

§ 3º Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos, que circunstâncias no caso impedem seu aproveitamento, inclusive no tocante ao vínculo concreto de dependência existente entre cada um

deles e o ato nulo, e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.”

“Art.157.....

§ 3º Ressalvados os casos de tortura, de violência física, de ameaça, ou de violação da residência e interceptação de comunicações sem mandado ou ordem judicial, bem como outros de igual gravidade, poderá o juiz ou tribunal determinar novos parâmetros para definição da prova lícita e sua valoração, com base no princípio da proporcionalidade, quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo, da decretação da nulidade, sobre o comportamento futuro do Estado em investigações.

§ 4º Não se declarará nulidade em razão da omissão do juiz em fundamentar expressamente a presença de requisito necessário para uma decisão, quando o requisito se verificar presente no caso concreto ao tempo em que proferida aquela decisão.

§ 5º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

A 15ª proposta legislativa do MPF revisa as hipóteses de nulidade no CPP.

Em linhas gerais, a proposta prevê a possibilidade de uma nulidade não ser reconhecida pela ocorrência da preclusão e ainda propõe a superação da preclusão nas situações que especifica. Ademais, sugere o aproveitamento máximo dos atos processuais, condiciona o reconhecimento da nulidade à demonstração de prejuízo e, por fim, flexibiliza a definição da prova considerada lícita, com base no princípio da proporcionalidade.

A convalidação de uma nulidade em razão da preclusão, ou seja, pelo fato de a parte não tê-la apontado no tempo oportuno, é regra antiga no CPC. Entretanto, importar esta regra para o CPP, de forma irrestrita, nos parece equivocado. O processo civil trata, eminentemente, de direitos patrimoniais; já o processo penal lida com a liberdade, direito indisponível e de maior relevância. Nessa linha, é incoerente tratar as nulidades do CPP do mesmo modo que as do processo civil.

A existência de nulidades remete à responsabilidade do Ministério Público que, enquanto responsável pela persecução penal, deve zelar para que o processo penal se desenvolva sem máculas e a condenação se pautem num procedimento hígido. Ademais, na qualidade de *custos legis*, deve apontar as nulidades que surgirem no curso no

processo. A convalidação de que trata a proposta, contudo, mitiga o ônus processual do *Parquet*.

O Estado, enquanto titular do direito de punir, deve zelar pela higidez do processo penal. Ainda que em alguns casos uma nulidade possa ser sanada, a convalidação, unicamente pelo decurso de tempo, deve se limitar às situações que não envolvam o interesse público e não violem a CF. Caso assim não se entenda, a nova regra irá destoar de um processo penal que se diz pautado em garantias constitucionais e que atribui ao Ministério Público o dever de comprovar suas alegações.

A proposta também dispõe em seu art. 564, *caput*, que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade”. A par disso, o § 2º do art. 564 acrescenta que a parte deve “indicar, precisa e especificadamente [...] o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa”. Ora, é necessário observar que para o réu, a forma (procedimento prévio) no processo penal é garantia de proteção. Assim, ao contrário do proposto, melhor será transferir ao magistrado o ônus de demonstrar que a nulidade não causará prejuízo ao acusado.

De todas as sugestões apresentadas, surpreende a que permite “ao juiz ou tribunal determinar novos parâmetros para a definição da prova lícita e a sua valoração, com base no princípio da proporcionalidade”. Essa alteração consta de um § 3º a ser acrescentado ao art. 157 do CPP, cujo atual *caput* veda a utilização das provas ilícitas.

É preciso observar que embora o § 3º fale em “definição da prova lícita”, o que de fato está se propondo é a flexibilização e o uso de provas ilícitas, com base no princípio da proporcionalidade. Lembramos, no entanto, que a Constituição Federal (CF), dispõe em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Além disso, o próprio CPP, em seu art. 157, § 1º, com base na garantia constitucional acima referida e na teoria da contaminação (frutos da árvore envenenada), inadmite a utilização das provas derivadas das ilícitas. Consequentemente, a nosso sentir, não há espaço para qualquer flexibilização do conceito de prova ilícita.

Esse ponto da proposta é digno de nota, pelo fato de o Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública (*dominus litis*), ter a obrigação de comprovar a prática de um crime, valendo-se tão somente de provas lícitas, idôneas. A retirada desse

ônus do Ministério Público, nos moldes propostos, esbarra no vício da inconstitucionalidade.

Lembramos que o princípio da proporcionalidade, como forma de relativizar a garantia fundamental acima mencionada e autorizar o uso de provas ilícitas, já foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹³³. No Supremo Tribunal Federal (STF), contudo, prevaleceu o entendimento pela não utilização da prova ilícita.¹³⁴

Ainda que em determinadas situações a utilização do princípio da proporcionalidade, como forma de salvaguardar o interesse público e flexibilizar a utilização de provas ilícitas, seja razoável, não nos parece que a lei deva normatizar essa exceção. Melhor deixar que eventuais análises se façam caso a caso, por nossas Cortes Superiores, que, interpretando a CF frente casos concretos, poderão fazer uso do referido princípio quando necessário.

IV.19 NOVA HIPÓTESE DE PRISÃO PREVENTIVA

Proposta do MP:

“Art. 312.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada:

I – em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º);

II – para permitir a identificação e a localização ou assegurar a devolução do produto ou proveito do crime ou seu equivalente, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas.”

A 18ª proposta legislativa encaminhada pelo MPF altera a redação do art. 312 do CPP, para trazer ao ordenamento jurídico uma nova situação capaz de autorizar a decretação da prisão preventiva.

Na justificação, sustenta que a nova hipótese de prisão preventiva permitirá a identificação, a localização e a devolução do produto do crime ou seu equivalente, bem

¹³³ HC 3.982/RJ, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 5 de dezembro de 1995, DJ 26/02/1996, p. 4084 e HC 4138/RJ, julgado em 5 de março de 1996.

¹³⁴ HC 79512, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16 de dezembro de 1999 e HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30 de outubro de 2001.

como impedirá que o investigado ou o acusado utilize o produto do crime para financiar sua fuga ou sua defesa, quando outras medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes.

A prisão de um investigado ou réu, antes da sentença penal condenatória (prisão cautelar), é exceção, pois tem fundamento distinto do utilizado para a imposição de pena ao final de um processo (prisão pena). Isso porque toda segregação cautelar não visa à antecipação de pena, o seu propósito é sempre acautelatório.

No caso da prisão preventiva, são dois os requisitos para a sua decretação. Primeiro, o chamado *fumus comissi delicti* (probabilidade da ocorrência de um delito). Segundo, o *periculum libertatis* (perigo do imputado permanecer em liberdade)¹³⁵. Sem esses requisitos, não se justifica a prisão *ante tempus*.

O CPP dispõe que

a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E ainda, no caso de “descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

Assim, haverá o *fumus comissi delicti* quando existir prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e o *periculum libertatis* quando a liberdade do réu colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. E, no caso de descumprimento de outras medidas cautelares, a prisão não é automática, devendo estar presentes os requisitos da preventiva.

Já o novo inciso II do art. 312 propõe a prisão para “permitir a identificação e a localização ou assegurar a devolução do produto ou proveito do crime ou seu equivalente” ou “evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado”. A segregação *ante tempus*, no entanto, somente seria utilizada no caso de ineficácia, insuficiência ou não implementação das demais medidas cautelares.

¹³⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 832/836.

Não obstante a louvável intenção de se criar mais um mecanismo para resguardar o patrimônio das vítimas de crimes, a nova hipótese de prisão preventiva mostra-se em desarmonia com a Constituição Federal (CF), além de desnecessária, face os instrumentos processuais acautelatórios já previstos no CPP.

Primeiramente, porque antes da sentença penal condenatória irrecorrível o acusado não pode ser tratado como se culpado fosse. Ainda em crimes que causam grande indignação, a exemplo da corrupção, soaria abusiva a prisão de um réu para devolver valores, sem uma decisão definitiva. A prisão preventiva, nesse caso, ofende o princípio da presunção de inocência, garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LVII, da CF.

Em segundo lugar, porque, na apuração de qualquer crime que envolva subtração ou recebimento indevido de bens ou valores, o réu não é obrigado a identificá-los, localizá-los ou devolvê-los, sob pena de produzir prova contra si mesmo. Nessas situações, prevalece o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), podendo o acusado, inclusive, ficar calado, sem que seu silêncio seja considerado em seu desfavor.

Em terceiro, porque o CPP, em seus arts. 126 e 132, já prevê a possibilidade de sequestro de bens móveis e imóveis, adquiridos com proventos da infração, quando houver indícios veementes da proveniência ilícita. E quando o produto do delito for dinheiro depositado em instituição financeira, será possível o bloqueio judicial dos valores por meio do Bacen Jud ¹³⁶. Nesse ponto, destacamos que a localização de bens e valores, para fins de apreensão ou bloqueio, é ônus da acusação.

Por fim, uma vez que haja provas concretas de que o réu está preparando uma fuga, seja com a utilização de recursos próprios ou alheios, seja com o uso do produto do crime, será possível decretar sua prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal.

Entendemos, portanto, que a 18ª proposta legislativa não merece acolhida. O inciso II do art. 312, com a redação que lhe foi dada, ofende o princípio da presunção

¹³⁶ O Bacen Jud é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio desse sistema, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que são transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta. (<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=763&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>)

de inocência. Demais disso, o CPP já traz medidas acautelatórias para apreender e bloquear o produto do crime, bem prevê prisão preventiva para evitar a fuga do investigado ou réu.

IV.20 SIGILO DO DENUNCIANTE

Proposta do MP:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa a investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa a investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Art. 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Na justificção, os propositores argumentam que a iniciativa legislativa almeja criar novo mecanismo de defesa da moralidade e da probidade administrativa, mediante a criação da figura do *informante confidencial*, cuja identidade é conhecida, mas não revelada. Trata-se, assim, de figura distinta do *informante anônimo*, cuja identidade se desconhece.

O principal objetivo da proposta é criar um mecanismo de controle democrático da corrupção, por meio do qual os cidadãos que têm conhecimento de atos corruptos noticiam essa prática.

Dentre os efeitos favoráveis, pode-se antecipar uma significativa elevação no número de denúncias de atos de corrupção. Além disso, vislumbra-se um importante efeito dissuasivo sobre a prática desses atos.

A regulamentação específica de determinados aspectos, contudo, pode trazer alguns efeitos desfavoráveis.

De início, é preciso considerar que o sigilo abrange apenas as denúncias que derem origem à investigação de “*atos de corrupção*”. Este conceito, contudo, é indeterminado, fato que pode gerar insegurança jurídica e, eventualmente, limitar sua aplicabilidade. Pertinente, assim, prever que o sigilo seja assegurado quando se tratar da prática de atos de improbidade administrativa, bem como de crimes contra a administração pública, institutos mais bem definidos pela legislação em vigor.

A possibilidade de o Ministério Público revelar a identidade do denunciante, a seu critério, também pode restringir significativamente eficácia da proposta. Estipula o art. 2º, *caput*, que o *Parquet* “**poderá (...) resguardar o sigilo da fonte de informação (...) quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público**”.

Também o art. 4º prevê a possibilidade de o MPF divulgar a identidade do denunciante, no caso de o conhecimento de sua identidade ser “essencial ao caso concreto”, e o juiz ou tribunal determinar que o Ministério Público “opte entre a revelação da identidade (...) ou a perda do valor probatório do depoimento prestado”. Novamente, não se assegura ao denunciante o direito ao sigilo de sua identidade.

Considera-se, assim, que o sigilo deve ser um direito do noticiante, sujeito a restrição apenas em caso de consentimento expresso ou de comprovada má-fé. Trata-se, inclusive, de diretriz estabelecida pela Transparência Internacional:

Proteção da identidade – a lei deve assegurar que **a identidade do denunciante não será revelada sem o seu consentimento**, e deve possibilitar a revelação anônima.¹³⁷ (grifado)

¹³⁷ *Protection of Identity – the law shall ensure that the identity of the whistleblower may not be disclosed without the individual’s consent, and shall provide for anonymous disclosure.* Transparency International – Recommended draft principles for whistleblowing legislation.

Pode-se antecipar, ainda, que a exclusividade conferida ao Ministério Público para resguardar o sigilo do denunciante também restringirá a eficácia da proposta. Diversos outros órgãos públicos também possuem competência para apurar a prática de atos de improbidade, a exemplo do Tribunal de Contas da União e dos órgãos de controle interno dos três Poderes. Não há razão, assim, para que a manutenção do sigilo seja conferida exclusivamente ao Ministério Público. Os demais órgãos de controle também devem possuir essa prerrogativa, no interesse da repressão à prática desses atos.

É necessário ponderar, ainda, sobre a possibilidade de se manter, por período indeterminado, o sigilo da identidade do denunciante. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), o sigilo da fonte não pode prevalecer caso a denúncia gere dano à imagem e à honra do denunciado. No caso objeto de análise, entendeu o STF que o denunciante causou gravame à imagem e à honra do denunciado, de forma que, mantido o sigilo, seria impossível que o denunciado buscasse a tutela judicial:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8.112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, IV, V, X, XXXIII e XXXV. I. - A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II. - Mandado de Segurança deferido. (Mandado de Segurança nº 24.405, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, julgado em 3 de dezembro de 2003)

Segundo o relator, Ministro Carlos Velloso:

(...) o anonimato não é tolerado pela Constituição (C.F., art. 5º, IV). Dir-se-á que, no caso, a denúncia não foi anônima. Isso é verdade, relativamente ao Poder Público, vale dizer, relativamente ao Tribunal de Contas da União. Relativamente, entretanto, ao denunciado, ela é anônima. Por ser anônima, relativamente ao denunciado, não poderia este adotar contra aquele que causou gravame à sua imagem, as providências que a Constituição autoriza.

(...)

Pode até a Justiça, na ação própria, dizer da não-existência de dano à imagem. Tem o impetrante, entretanto, direito de levar à apreciação do Poder Judiciário a sua queixa, porque, ao que entende, teria havido lesão a direito seu (C.F., art. 5º, XXXV).

Verifica-se que, segundo o entendimento do STF, o sigilo da fonte não pode prevalecer caso haja, ainda que potencialmente, dano à imagem e à honra do denunciado.

Com efeito, devem-se estabelecer regras para que o sigilo seja conferido, validamente, por prazo indeterminado. Impõe-se, para esse fim, que a apuração preliminar da denúncia seja realizada informalmente, de modo que seja inapta a gerar dano, ainda que potencial, ao denunciado. O procedimento formal de investigação, por sua vez, deve ser de iniciativa do respectivo órgão público, havendo completa desvinculação desse procedimento estatal em relação à denúncia.

Por fim, chamamos a atenção para o teor do art. 5º, XIV, da Constituição Federal, utilizado como fundamento da presente proposição: esse dispositivo é inaplicável à presente hipótese, pois cuida de direito fundamental do qual os órgãos incumbidos da apuração de atos de corrupção não são titulares. Necessária, assim, a supressão à referência a esse dispositivo constitucional.

Diante das ponderações mencionadas, poder-se-ia cogitar a seguinte redação para a proposição:

Disciplina o sigilo da fonte da informação que deu causa a investigação relacionada à prática de atos de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública.

Art. 1º Esta Lei disciplina o sigilo da fonte da informação que deu causa a investigação relacionada à prática de atos de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública.

Art. 2º A identidade do informante confidencial não poderá ser revelada sem o seu expresso consentimento.

Parágrafo único. O informante confidencial não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

Art. 3º No resguardo dos direitos e garantias individuais, a denúncia será apurada em caráter sigiloso, até que sejam reunidas provas que indiquem a existência da irregularidade ou ilegalidade.

Art. 4º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

IV.21 EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Proposta do MP:

1. Inclusão do parágrafo único ao art. 96, CF:

Art. 96.

Parágrafo único. Ao proferirem julgamento de mérito em matéria penal, os tribunais de apelação autorizarão, a pedido do Ministério Público, a execução provisória da decisão penal condenatória, para todos os fins, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou recurso especial.

2. Inclusão de parágrafo no art. 102 da CF e de novo art. 105-A:

Art. 102.

§ 4º. O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo.

Art. 105-A. O recurso especial não terá efeito suspensivo.

Na justificação, sustenta o Ministério Público que, segundo dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal, entre 2009 e 2010, teriam sido interpostos 5.300 recursos extraordinários criminais e agravos de instrumento em matéria criminal, dos quais apenas 145 teriam sido providos. Desse total, apenas 9 em favor da defesa, sendo que em apenas um caso o STF teria absolvido o réu.

Diante desse contexto, pondera o MPF que seria imprescindível retirar o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, de forma a permitir a execução provisória da decisão penal condenatória.

Não obstante ser reduzida probabilidade de provimento dos recursos extraordinário e especial em favor da defesa, evidenciada pelos dados fornecidos pelo Ministério Público, deve-se notar que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que execução da pena em momento anterior ao trânsito em julgado configura violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal):

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.**

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

(...)

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

(...)

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (Habeas Corpus – HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 5 de fevereiro de 2009) (grifado)

Dessa forma, pode-se antecipar que eventual proposta de emenda à Constituição no sentido proposto seria declarada inconstitucional, por violação ao art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal:

Art. 60.
.....
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
.....
IV – os **direitos** e garantias **individuais**. (grifado)

IV.22 SIMPLIFICAÇÃO DO RITO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Proposta do MP:

Art. 1º Os §§ 7º, 8º, 9º e 10 do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 17.
.....
§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação do requerido para responder à ação e oferecer contestação, no prazo de quinze dias.
§ 8º Juntada a contestação o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.
§ 9º Da decisão que determinar o prosseguimento da ação, caberá agravo retido.
§ 10. Presumem-se válidas as intimações e notificações dirigidas ao endereço no qual se deu a citação do réu, cumprindo à parte atualizá-lo sempre que houver sua modificação temporária ou definitiva.

Na justificação, pondera o Ministério Público que as alterações à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), buscam implementar melhorias no rito procedimental das ações de improbidade administrativa, a fim de superar as principais causas responsáveis pela notória morosidade dessas ações.

Essencialmente, extingue-se a fase de notificação preliminar e altera-se o recurso cabível contra a decisão que determina o prosseguimento da ação de improbidade administrativa – de agravo regimental para agravo retido.

Pode-se antecipar, dentre os efeitos favoráveis da proposta, que a extinção da fase de notificação preliminar conferirá maior agilidade à tramitação dessas ações, tendo

em vista que essa fase constitui uma das principais causas de sua morosidade. Além disso, sua supressão não acarretará qualquer prejuízo ao réu.

Pode-se antecipar, ainda, que a alteração do recurso cabível contra a decisão que determinar o prosseguimento da ação de improbidade também tornará mais célere o julgamento dessa ação. Importante ponderar, contudo, que o agravo retido não está previsto no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que entrará em vigor em 17 de março de 2016. Dessa forma, vislumbra-se um efeito desfavorável nessa alteração: o agravo retido passará a constituir um recurso específico da ação de improbidade administrativa, fato que poderá gerar insegurança jurídica.

Com o objetivo de contornar esse efeito desfavorável, sem perder de vista a necessidade de conferir maior celeridade à tramitação da ação de improbidade administrativa, possível estipular que a decisão que determinar o prosseguimento da ação será **irrecorrível**. Nesse caso, a redação do § 9º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa passaria a vigorar com a seguinte redação:

§ 9º A decisão que determinar o prosseguimento da ação será irrecorrível.

IV.23. CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Proposta do MP:

Art. 1º Esta Lei prevê a criação de Turmas, Câmaras e Varas Especializadas para o julgamento das ações relativas a atos de improbidade administrativa, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Art. 2º Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios criarão em sua estrutura, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, Turmas ou Câmaras Especializadas, bem como transformarão uma ou mais Varas localizadas nas respectivas capitais em Varas Especializadas para o julgamento das ações previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 3º As Varas Especializadas de que trata este artigo poderão acumular a competência para o julgamento das ações criminais correlatas aos atos de improbidade administrativa elencados na ação cível.

Art. 4º Terão prioridade de tramitação, em qualquer instância, os processos de que trata esta Lei, inclusive por ocasião da execução de atos e diligências e do cumprimento de mandados judiciais.

Art. 5º O Superior Tribunal de Justiça poderá editar ato normativo para disciplinar a criação de Turma específica para os fins desta Lei.

Segundo a justificação do Ministério Público, a proposta tem por objetivo agilizar a tramitação das ações de improbidade administrativa. Tratar-se-ia de replicar a experiência exitosa de criação de varas criminais especializadas no julgamento de crimes de lavagem de dinheiro e de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Segundo o autor, as ações de improbidade administrativa demandam muito mais do julgador do que outros processos com matérias corriqueiras e de natureza exclusivamente patrimonial, razão pela qual seria natural que o julgador, premido pela necessidade de diminuir o estoque de processos, dê preferência aos mais simples e corriqueiros.

A morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa resultou no estabelecimento de meta específica por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Trata-se da Meta nº 18, de 2013, redigida nos seguintes termos: “Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2011”.

A meta estabelecida pelo CNJ, contudo, não alcançou o efeito desejado. Segundo dados do Relatório de Metas do Poder Judiciário 2009-2013, nenhum tribunal do País alcançou a meta. Apesar de o estoque de ações distribuídas e não julgadas até 31.12.2011 corresponder a 43.773 ações, somente 10.643 foram julgadas em 2012 e 9.864 foram julgadas em 2013.

Dentre os Tribunais de Justiça estaduais, o do Amapá e o do Acre foram os que alcançaram melhor desempenho, tendo julgado, respectivamente, 95,02% e 81,17% das ações de improbidade distribuídas até 31.12.2011. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, apresentou o pior desempenho, tendo julgado apenas 56,72% dessas ações.

Diante desse contexto, fica evidente que a morosidade na tramitação dessas ações não será resolvida apenas com esforços concentrados e com a priorização de julgamentos. A presente proposta, assim, certamente contribuiria para a celeridade no julgamento das ações de improbidade administrativa.

Não obstante esse entendimento, considera-se que a fixação de prazo para que o Poder Judiciário crie novas varas judiciárias padece de inconstitucionalidade, por afrontar a separação entre os Poderes. Com efeito, pertinente suprimir a referência ao prazo de 180 dias, mantendo-se o caráter programático da norma.

IV.24 ACORDO DE LENIÊNCIA

Proposta do MP:

Art. 1º Acresça-se o art. 17-A à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nos seguintes termos:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – esteja assegurada a reparação total do dano, quando verificada essa circunstância;

II – o interessado aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado;

III – o interessado cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo;

IV – o interessado coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

V – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa;

VI – o interessado não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos.

§ 1º O acordo de leniência não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 2º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede que o Estado adote medidas ressarcitórias para reaver a sua integral reparação.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput* e do § 1º, o Ministério Público poderá deixar de ajuizar a ação de improbidade administrativa, ou poderá requerer o perdão judicial, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional, o qual somente voltará a correr em caso de descumprimento da avença.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o *caput* importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa para a aplicação das sanções previstas no art. 12 desta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º O acordo de leniência estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, devendo ser homologado judicialmente.

§ 8º As negociações e a celebração do acordo correrão em sigilo, o qual será levantado em caso de recebimento da ação cível de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 9º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

§ 10. Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.”

Na justificação, aduz o Ministério Público que o acordo de leniência consiste em uma das modernas Técnicas Especiais de Investigação (TEI), utilizada no mundo inteiro, em que o investigado se dispõe a esclarecer o esquema de corrupção e a apontar os demais envolvidos, em troca de determinados benefícios. Essa técnica não apenas aceleraria a resolução do caso, mas evitaria injustiças, tendo em vista que um coautor da infração possuiria maior facilidade para esclarecer os fatos, a estrutura da organização, seu *modus operandi* e as provas existentes.

No Brasil, há previsão expressa a esse instituto (ou instrumento congênere) no âmbito das infrações à ordem econômica (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) e na Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013).

Dentre os efeitos favoráveis da proposta, antecipa-se um efeito dissuasivo sobre a prática de atos de improbidade administrativa, diante da possibilidade de algum dos participantes celebrar um acordo de leniência, fato que alimenta a desconfiança e a suspeição entre os demais envolvidos.

Vislumbra-se, contudo, alguns efeitos desfavoráveis decorrentes da omissão no tratamento de questões essenciais à eficácia da proposta.

A proposta não trata, por exemplo, da eficácia do acordo de leniência perante os demais órgãos da Administração Pública, não signatários do acordo. Diante da

coexistência de diversos órgãos de controle, com competências próprias, inclusive de natureza sancionadora, é possível que o acordo não afaste a pretensão dos demais órgãos de aplicar sanções próprias. Trata-se, assim, de omissão que geraria insegurança jurídica e, provavelmente, reduziria a eficácia de eventual norma, uma vez que a incerteza quanto aos efeitos do acordo desestimularia a sua celebração.

Com o objetivo de conferir maior segurança ao proponente do acordo de leniência, pode-se cogitar a existência de um único acordo de leniência para cada ato de improbidade (ou atos conexos), do qual poderiam participar todos os órgãos públicos interessados. Nesse caso, celebrado o acordo, restaria afastada a possibilidade de imposição de novas sanções administrativas.

A proposta do Ministério Público também não trata do impacto do acordo sobre a esfera penal, apesar de muitos atos de improbidade administrativa também corresponderem a crimes. Trata-se, novamente, de omissão que gera insegurança e, conseqüentemente, desestimularia a celebração desses acordos.

Sobre essa omissão, a título de exemplo, chamamos a atenção para o fato de que o programa de leniência do CADE (art. 87 da Lei nº 12.529, de 2011) prevê que, cumpridos os seus termos, haverá a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, bem como dos demais crimes relacionados à prática de cartel.

Independentemente de o acordo de leniência afastar, ou não, a responsabilização penal, considera-se importante que a proposta trate explicitamente do tema, de forma a conferir maior segurança jurídica ao instituto. Pode-se, optar, por exemplo, pela extinção da punibilidade dos crimes contra a Administração Pública, no caso de o acordo ser integralmente cumprido.

É pertinente discorrer, ainda, sobre a possibilidade de celebração do acordo apenas com a primeira pessoa física ou jurídica que se qualificar a respeito da infração noticiada. Trata-se de restrição que estimula a notificação precoce de determinado ato de improbidade, tendo em vista que haverá o receio por parte dos demais envolvidos de que um deles celebre previamente o acordo. Trata-se, ainda, de restrição prevista no programa de leniência do CADE.

A proposta do Ministério Público também não exige que o proponente do acordo confesse sua participação no ato de improbidade administrativa. Considera-se, contudo, que essa exigência é salutar, além de constituir diretriz prevista na política de leniência

corporativa do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, de 10 de agosto de 1993¹³⁸, e de constar como requisito para a celebração de acordo de leniência no âmbito do CADE.

A minuta apresentada pelo MPF também é omissa quanto à possibilidade de extensão dos efeitos do acordo de leniência aos dirigentes, administradores, empregados e ex-empregados da pessoa jurídica envolvida na infração. Trata-se, contudo, de importante mecanismo de estímulo à celebração de acordos por parte de pessoas jurídicas, tendo em vista que elas atuam por meio de seus representantes e que, em regra, eles também serão alcançados por eventual ato de improbidade praticado pela pessoa jurídica.

Torna-se desejável, assim, consignar expressamente na proposta a possibilidade de extensão dos efeitos do acordo de leniência aos dirigentes, administradores, empregados e ex-empregados da pessoa jurídica, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a pessoa jurídica proponente. Trata-se, novamente, de benefício previsto na política de leniência corporativa do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, de 1993¹³⁹. Encontra-se previsto, ainda, na Lei nº 12.529, de 2011, que trata do programa de leniência do CADE.

Outro aspecto relevante do acordo de leniência, não tratado na proposta do Ministério Público, consiste na diferenciação dos benefícios a depender de a Administração Pública já ter, ou não, ciência de determinado ato de improbidade.

No âmbito do CADE, por exemplo, somente será decretada a extinção da punibilidade em favor do infrator caso a proposta de acordo tenha sido apresentada sem que a administração tivesse conhecimento prévio da infração noticiada. Nos demais casos, as penas poderão ser reduzidas de um a dois terços. Trata-se, novamente, de instituto que estimula a denúncia precoce de atos de improbidade administrativa, de forma que seria pertinente que constasse da minuta.

Por fim, considere-se que a proposta somente legitima o Ministério Público a celebrar o acordo de leniência. Considera-se oportuno, contudo, ampliar o rol de legitimados, tendo em vista que diversos outros órgãos públicos também possuem competência para apurar a prática desses atos, como os órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

¹³⁸ <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em 23 de junho de 2015.

¹³⁹ <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em 23 de junho de 2015.

IV.25 EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE AOS OCUPANTES DE DETERMINADOS CARGOS PÚBLICOS (PROJETO DE LEI Nº 862, DE 2015, DO PODER EXECUTIVO)

A proposta do Poder Executivo encontra-se redigida nos seguintes termos:

Art. 1º A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 5º-A. São vedadas a nomeação para cargo em comissão e a designação para função de confiança, ou seus equivalentes, na administração pública direta, autárquica e fundacional, de pessoa que se enquadre nas hipóteses do art. 1º, *caput*, inciso I, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, observados os prazos de incompatibilidade nela previstos.

§ 1º Não incidirá a vedação de que trata o *caput* quando decisão administrativa ou judicial suspender ou desconstituir o fato gerador do impedimento.

§ 2º A vedação de que trata o *caput* não se aplica aos crimes culposos, aos crimes definidos em lei como de menor potencial ofensivo e aos crimes de ação penal privada.

§ 3º O disposto nesse artigo aplica-se à nomeação para o cargo de Ministro de Estado.” (NR)

Art. 2º As vedações de que trata o art. 5º-A da Lei nº 8.112, de 1990, aplicam-se à nomeação para presidente, vice-presidente, membro de diretoria, de conselho de administração e de conselho fiscal, ou seus equivalentes, em empresas públicas, em sociedades de economia mista, em suas subsidiárias e controladas, e em quaisquer empresas sob o controle direto ou indireto da União.

Parágrafo único. As vedações do *caput* se aplicam à contratação ou designação para emprego em comissão ou função de confiança, ou equivalentes, que detenham poderes de direção ou gerência, em empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e quaisquer empresas sob o controle direto ou indireto da União, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Art. 3º As vedações previstas nesta Lei se aplicam aos atuais ocupantes de cargo, função e emprego nela mencionados.

Parágrafo único. No âmbito do Poder Executivo federal, ato conjunto do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União definirá, no prazo de noventa dias, contado da data de publicação desta Lei, os procedimentos para análise da situação prevista no *caput*.

Art. 4º As dúvidas sobre a incidência das vedações previstas nesta Lei serão dirimidas, no âmbito do Poder Executivo federal, pela Controladoria-Geral da União.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Argumenta o autor que, tanto no exercício de mandato eletivo, quanto no âmbito dos demais cargos e funções públicas, a Constituição impõe requisitos de conduta consentâneos com os princípios da moralidade e da probidade administrativa. Assim, a presente proposição estaria em conformidade com as diretrizes constitucionais e, ainda, com os anseios da população.

Quanto a esse tema, registre-se que já tramita no Congresso Nacional proposição com o objetivo semelhante. Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6, de 2012, cujo primeiro signatário é o Senador Pedro Taques. Referida PEC foi aprovada em segundo turno pelo Plenário deste Senado Federal, em 2 de julho de 2013, nos termos da Emenda nº 2-Plen (substitutiva), *in verbis*:

Art. 1º O inciso I do art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 37.**

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, sendo vedada a designação para função de confiança ou a nomeação para emprego ou para cargo efetivo ou em comissão de pessoa que esteja em situação de inelegibilidade em razão de condenação ou punição de qualquer natureza, na forma da lei complementar prevista no art. 14, § 9º, durante o prazo de duração do impedimento;

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Verifica-se que, não obstante a similaridade de propósitos, existem diferenças significativas entre a PEC nº 6, de 2012 e o Projeto de Lei nº 862, de 2015. Essas diferenças, contudo, são pertinentes para o objeto deste estudo.

Inicialmente, deve-se considerar que a PEC não alcança os ocupantes de cargos de direção e de gerência nas empresas estatais. Alcança, apenas, os ocupantes de cargos, empregos e funções na Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Em relação a essa matéria, considera-se desejável que as hipóteses de inelegibilidade alcancem também os ocupantes de cargos de direção e de gerência nas empresas estatais, tendo em vista que essas entidades também se submetem ao princípio da moralidade administrativa. Trata-se, assim, de conferir efetividade a esse princípio no âmbito de toda a Administração Pública.

O projeto de lei também diverge da PEC, ao prever que suas disposições alcançarão os atuais ocupantes de cargos, empregos e funções públicas.

Quanto a esse tema, considera-se que sujeitar os atuais ocupantes desses cargos às hipóteses de inelegibilidade constitui um importante instrumento para se conferir eficácia a esse instituto. Além disso, segundo entendimento do STF, trata-se de medida que possui respaldo em nosso ordenamento constitucional.

A título de exemplo, registramos que o Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰, ao apreciar situação semelhante, declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”, cujo art. 5º prevê que os Presidentes dos Tribunais, no prazo de noventa dias contado de sua publicação, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações vedadas por esse ato normativo¹⁴¹.

Além disso, admite-se a denominada *retroatividade inautêntica* ou *retrospectividade*, hipótese em que a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes. Citam-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos (ADI 3105 e 3128, Rel. Min. Cezar Peluso). Trata-se, ainda, de entendimento estabelecido na ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, na qual o STF manifestou-se no sentido de que as hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei da Ficha Limpa não configuram afronta à irretroatividade das leis, bem como de que é ilegítima a expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade.

Dessa forma, consideramos admissível a alteração dos requisitos para o exercício de cargos, empregos e funções públicas.

¹⁴⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgada em 20 de agosto de 2008.

¹⁴¹ Não se trata de situação idêntica à do projeto objeto de análise pois, segundo o entendimento do STF, *as restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade*. Não se trataria, assim, de novas restrições aos ocupantes desses cargos, mas de restrição previamente existente, dedutível dos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Também não vislumbramos afronta à presunção de inocência dos ocupantes desses cargos, tendo em vista que, segundo o STF, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal tem sua aplicabilidade limitada aos efeitos da condenação penal¹⁴². Assim, a condenação prolatada em segunda instância ou por um órgão colegiado, por exemplo, apesar de ser insuficiente para considerar determinado indivíduo culpado, pode ser considerada suficiente para afastá-lo do exercício de determinado cargo público de livre nomeação e exoneração.

A eficácia da proposição também está fortemente relacionada à previsão de mecanismos para identificar os servidores que se encontram em situação de incompatibilidade.

Nesse sentido, oportuno acrescentar dispositivo que estabeleça a necessidade de os órgãos e entidades realizarem, anualmente, o recadastramento dos ocupantes de funções de confiança e de cargos em comissão na Administração Pública federal, de forma a permitir a identificação de eventuais ocupantes desses cargos que não atendam aos novos requisitos previstos no art. 5º-A da Lei nº 8.112, de 1990. Poder-se-ia cogitar, assim, a inclusão do seguinte dispositivo ao anteprojeto apresentado pelo Ministério Público:

Art. Xº Os ocupantes dos cargos de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º desta Lei deverão, anualmente, apresentar documentação hábil a comprovar que não se enquadram nas vedações previstas no art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, observados os prazos de incompatibilidade nela previstos.

Pertinente, ainda, exigir que os novos servidores evidenciem que não se enquadram nas vedações mencionadas.

V – CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode constatar deste estudo e da tradição analítica em que ele se insere, é inquestionável que a corrupção gera diversos malefícios na sociedade: prejudica o crescimento econômico; cria uma série de ineficiências e custos para combatê-la; gera desestímulo generalizado, contamina o comportamento das pessoas honestas, além de criar uma sensação de que a classe política e os mais ricos estão fora do alcance da

¹⁴² Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 16 de fevereiro de 2012.

Justiça. Daí a importância de haver um desenho institucional bem feito que crie uma estrutura de incentivos para desestimular essa prática.

Usamos, neste estudo, alguns dos arcabouços da avaliação de impacto legislativo para avaliar diversas propostas cujo objetivo é dissuadir a prática da corrupção. Procurou-se analisar efeitos não antecipados e indesejados das propostas.

Ao todo, foram estudadas vinte e cinco proposições, que pretendem promover alterações tanto na definição das condutas proibidas relacionadas com a prática da corrupção, quanto mudanças na área processual, procurando inibir injustiças, ou ainda, tornando o processo penal mais eficiente no julgamento dos crimes.

Algumas das proposições legislativas são totalmente meritórias e adequadas; já para outras, foram feitas sugestões de redação ou recomendações que tornarão mais efetiva a aplicação da medida proposta, caso esta venha a ser normatizada. Levantaram-se, em muitas situações, as dificuldades jurídicas, econômicas ou sociais que podem advir de uma potencial nova norma.

Coleman (1995)¹⁴³ ensina que as principais causas para crimes econômicos – e de suas asserções podemos facilmente extrapolar o raciocínio para a corrupção – são a motivação e a oportunidade. A motivação para a corrupção é a crença de que, desviando recursos públicos, o indivíduo terá mais prazer e menos dificuldade do que se utilizasse de meios lícitos para conseguir os mesmos montantes ou negócios. Por sua vez, a oportunidade está implícita em quão grande será o retorno, e em quão ruim é a punição, caso seja realmente efetivada. São essas causas que uma legislação anticorrupção deve combater.

Este estudo pretendeu contribuir para a construção de um novo ordenamento jurídico que, de verdade, combata a corrupção, que gere menos motivação para a sua prática e que faça com que o benefício esperado do criminoso seja bem inferior ao seu custo esperado, dissuadindo potenciais praticantes desse mal social.

A apreciação das proposições aqui estudadas deve levar em conta não apenas uma dimensão de resposta ao escândalo, como quer fazer parecer a visão de parte da imprensa, nos últimos meses; ao contrário, em vez do imediatismo, os parlamentares

¹⁴³ COLEMAN, J. W. Motivation and opportunity: understanding the causes of white-collar crime. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert; SALINGER, Lawrence. White-collar crime: classic and contemporary views. 3. Ed. New York: The Free Press, 1995.

devem vislumbrar o quão duradouras podem e devem ser as normas aprovadas. Pela gravidade que o tema assume em termos de moralidade pública, pelo peso excessivo que a corrupção acarreta, ao drenar recursos que deveriam ser aplicados em políticas públicas, cada uma das medidas legislativas anticorrupção deve levar em conta os benefícios para o Brasil no longo prazo.