

PROPOSTAS ANTICORRUPÇÃO – CONAMP

JUSTIFICATIVA

A legitimidade democrática de uma ordem instituída passa pela incorporação pelo Estado dos valores subjacentes ao senso moral da sociedade que se pretende regular e em face da qual se tem autoridade. De há muito, a simples legalidade formal não é, por si só, reflexo de Justiça e mecanismo suficiente para o alcance do bem comum, sendo inegável que as ações estatais devem ser preenchidas com um substrato material que espelhe os anseios da coletividade.

Há, no momento atual do país, um uniforme e eloquente sentimento social que acena para a necessidade de o Estado – para manter sua própria legitimidade – pautar-se por padrões de boas práticas administrativas, seus agentes pela devida ética pública, repudiando-se todo e qualquer ato de corrupção, entendida como a prática pela qual o agente público usa de sua função para o atendimento de interesses particulares, com ou sem prejuízo ao erário.

Nesse contexto, no cumprimento de seus deveres constitucionais, o Ministério Público tem se destacado como um dos protagonistas das ações atualmente empreendidas no país para que se tenha uma Administração Pública conforme preconiza a Constituição Federal.

Por sua vez, como não poderia deixar de ser, é dever das entidades de classe a participação efetiva nesse processo, realizando a formulação de propostas a serem adotadas pelos poderes constituídos visando o alcance desse objetivo.

Por clareza analítica, indica-se que se proceda à divisão, em quatro grupos, das medidas que seguem: (1) propostas tendentes a reformular a tipificação, sanção abstrata e execução das reprimendas penais impostas aos autores de atos de corrupção; (2) alteração do sistema processual, buscando-se, principalmente, além do aprimoramento das medidas cautelares, celeridade e eficiência na resposta jurisdicional; (3) inserções na lei Anti-improbidade administrativa, notadamente para dotar os órgãos de controle de maiores instrumentos de enfrentamento à corrupção, bem como o fechamento das lacunas desse específico sistema jurídico; (4) ações visando uma melhor e mais transparente prática administrativa, de forma a prevenir os ilícitos e facilitar o controle, bem como tendentes a fortalecer e qualificar a repressão.

Pertinente ressaltar, por fim, que as propostas ora apresentadas não exaurem a questão e foram formuladas com base nos critérios da efetividade da medida e possibilidade de implementação em um curto prazo. Evidente que o combate à corrupção passa por ações educativas e o alcance de um

sentimento que deve restar consolidado, qual seja da não flexibilidade com ética pública, mas o devido controle à Administração e repressão dos ilícitos não podem ser excluídos desse contexto e fazem parte, com destacada importância, das ações eficazes para a solução da questão. Entrementes, apresentada a devida justificativa, passa-se às proposições.

(1) Propostas tendentes a reformular a tipificação, sanção abstrata e execução das reprimendas penais impostas aos autores de atos de corrupção:

1.1 – Majoração das reprimendas :

Verifica-se que crimes que dizem respeito à corrupção, previstos no Código Penal, devem ter suas penas mínimas reavaliadas, uma vez que, nos moldes atuais, o ordenamento jurídico propicia: a) prescrição (CP, arts. 109 e ss.); b) suspensão da pena (CP, art. 77); c) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP, art. 44); d) início do cumprimento da pena no regime aberto (CP, art. 33 c/c 36); e, e) progressão de regime quando do cumprimento de um sexto da pena (LEP, art. 112), dificultando a efetiva responsabilização dos envolvidos.

Para redução da sensação de impunidade, elemento importante no combate à corrupção, posiciona-se que os crimes previstos no Código Penal, dentre os quais, o estelionato contra a administração pública (171, §3º), peculato (art. 312, caput e §1º), peculato mediante erro de outrem (art. 313), inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-a), modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-b), extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314), concussão (art. 316), excesso de exação (art. 316, §1º e §2º), corrupção passiva (art. 317, caput e §2º), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), violação de sigilo funcional (art. 325), tráfico de influência (art. 332), corrupção ativa (art. 333), descaminho (art. 334), contrabando (art. 334-a), subtração ou inutilização de livro ou documento (art. 337), corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-b), tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-c) tenham suas penas mínimas elevadas para o dobro das atualmente previstas na legislação.

Em relação aos crimes de prevaricação (art. 319), condescendência criminosa (art. 320) e advocacia administrativa (art. 321), recomenda-se a readequação das reprimendas mínimas e máximas, uma vez que as sanções atualmente em vigor mostram-se incapazes de prevenir e reprimir de forma eficaz os ilícitos.

Quanto aos crimes previstos na Lei das Licitações, Lei nº 8.666/93 (arts. 89 *usque* 98), recomenda-se que os mesmos sejam apenados com reclusão ao invés de detenção, o que possibilitará uma melhor

individualização do regime de cumprimento da pena pelo julgador, haja vista a pena de detenção não possibilitar o cumprimento inicial no regime fechado (CP. art. 33).

Recomenda-se ainda a majoração das penas dos arts. 89 a 97 da Lei 8.666/93, uma vez que, sem sombra de dúvida, o ambiente das licitações é o maior gargalo de desvios de verbas públicas no Brasil, ilustrando nesse sentido os estimados bilhões de reais que teriam sido desviados nos crimes investigados pela operação lava-jato. Além disso, é necessária a fixação da competência para processar os crimes de licitação de acordo com a pessoa jurídica de direito público que realizar, deixar de realizar, dispensar ou inexigir licitação com infringência à Lei, independentemente da origem do recurso público envolvido na operação ou destinatário da prestação de contas. Ainda, no mesmo sentido, é interessante a previsão de decisão de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado acusado, ou existentes em nome da pessoa jurídica beneficiária da infração, que sejam instrumento, produto, ou proveito dos crimes previstos na Lei de licitações, inclusive com previsão de alienação antecipada.

Por fim e pelas mesmas razões, recomenda-se a majoração das penas mínimas dos crimes previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto Lei nº 201/67 para quatro anos, e a readequação das reprimendas mínimas e máximas dos crimes previstos nos demais incisos.

1.2 – Redimensionamento da forma de fixação das penas e criação de figura qualificada para crimes de corrupção

Atualmente, com base nos critérios impostos pelo sistema trifásico de cálculo da pena, os crimes que dizem respeito à corrupção têm suas penas fixadas próximas do mínimo legal, uma vez que a prática de ilícitos penais afetos ao colarinho branco apenas tangenciam as circunstâncias judiciais (CP., art. 59) e as agravantes judiciais (CP, art. 61) em vigor.

No modelo atual, o julgador, jungido às circunstâncias judiciais impostas pela legislação, valora-as de forma neutra ou benéfica, ensejando uma reprimenda concreta que não atende à necessária prevenção e repressão do ilícito.

Duas alternativas, não excludentes, mostram-se viáveis.

A primeira seria a criação de circunstâncias judiciais específicas e apartadas da regra geral, mecanismo já adotado pelo legislador na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06¹). Assim, poderia ser acrescido ao art. 59 do Código Penal, parágrafo único, com o seguinte teor:

Art. 59 (...) §único. O juiz, na fixação das penas de crimes que digam respeito à corrupção, considerará a culpabilidade, as circunstâncias, as consequências do crime, o montante de recursos públicos subtraídos ou desviados, as atribuições e posição hierárquica dos agentes públicos envolvidos no fato delituoso.

A fixação da pena-base poderá ser estabelecida de acordo com circunstâncias judiciais que possam apreender a realidade fenomenológica do caso concreto, propiciando uma correta e necessária exasperação, quando devido.

O julgador poderá levar em consideração, além de circunstâncias já usualmente adotadas (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime), o montante de recursos públicos e a posição do agente que praticou o crime. Igualmente, circunstâncias que geralmente são consideradas de difícil valoração/neutras/benéficas ao criminoso como personalidade, comportamento da vítima e motivos, deixam de ser sopesadas pelo aplicador da lei, tornando a dosimetria penal mais equânime.

Outro caminho seria a gradação das penas por meio de tipos penais qualificados, de acordo com o montante de recursos públicos envolvidos na prática criminosa.

Nesse trilhar, punições por corrupção teriam suas penas modificadas de acordo com o volume do dinheiro movimentado e/ou do dano ao erário causado. As sanções passariam a ser de sete a quinze anos de prisão para valores acima de dez salários mínimos; de dez a dezoito anos para valores superiores a mil salários; e, de doze a vinte e cinco anos para valores superiores a mil salários.

Criar-se-ia o art. 327-A no Código Penal², estabelecendo um escalonamento da pena para os crimes segundo o valor envolvido na corrupção, consoante redação infra sugerida:

Art. 327-A - As penas dos crimes dos crimes de estelionato contra a administração pública (art. 171, §3º), peculato (art. 312, caput e §1º), concussão (art. 316), excesso de exação (art. 316, §1º e §2º), corrupção passiva (art. 317, caput e §2º), tráfico de influência (art. 332), corrupção ativa (art. 333), corrupção ativa em transação comercial internacional (art.

¹ Lei 11.343/06. Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

² Poderia ser criado uma normativa específica e de igual redação para cada um dos títulos do Código Penal relacionados.

337-b), tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-c) 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

Independentemente da opção escolhida, recomenda-se também a alteração do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, enquadrando-se como crime hediondo a corrupção envolvendo a soma de altos valores (acima de cem salários mínimos).

(2) Alteração do sistema processual, buscando-se, principalmente, além do aprimoramento das medidas cautelares, celeridade e eficiência na resposta jurisdicional:

2.1. Revogação dos artigos 513 até 518, do Código de Processo Penal:

No atual sistema processual penal, não há qualquer justificativa para a abertura de um contraditório antes de efetivamente recebida a denúncia e deflagrada a persecução penal em Juízo. Os dispositivos em pauta criam um benefício injustificado aos acusados de crime de responsabilidade, sendo as normativas desprovidas de proporcionalidade, pois acabam por afetar desvantajosamente a realização do dever objetivo de proteção ao direito fundamental à boa Administração e, de outro lado, em nada contribuem para a satisfação do princípio da ampla defesa.

Isso porque, o Magistrado, independentemente de contraditório, analisa o cabimento da ação quando do seu recebimento, não havendo prejuízo à defesa com a exclusão dos referidos artigos. Ainda, em momentos processuais posteriores, constatando a ausência dos pressupostos de admissibilidade, poderá o Juiz extinguir a ação penal, sendo que o Código de Processo Penal estabelece, inclusive, momento próprio para que o réu maneje resposta à acusação.

De resto, deve ser ressaltado que, na verdade, várias outras questões procedimentais desafiam alteração, de forma a dar celeridade ao processo sem sacrificar a amplitude da cognição e a prestação jurisdicional segura, contudo, para as finalidades das presentes proposições – precisas e de concretização em curto prazo – ressalta-se, desde logo, a impossibilidade de manutenção dos referidos artigos 513 até 518, do Código de Processo Penal.

2.2. A condenação por crimes contra a Administração Pública e/ou de ações de organização criminosa têm o efeito de criar uma presunção de ilicitude do patrimônio do agente, possibilitando o confisco ampliado dos bens:

O instrumento do confisco ampliado tem sido concebido de duas formas. Numa modalidade, há uma simples inversão do ônus da prova, de maneira que o confisco opera-se como consequência da condenação por determinada infração penal (por exemplo, como ocorre na França³). Cumpre ao réu em processo penal (por determinados crimes), em paralelo à defesa, justificar a origem de todo ou parte de seu patrimônio. Isto é, há, ao menos em parte, inversão do ônus da prova no processo penal, pois apenas o réu tem carga probatória de demonstrar a licitude do patrimônio. Por essa característica, sofre pesadas críticas pela doutrina europeia.

Na outra modalidade, também há o uso de presunção, mas embasada em pressupostos mais contundentes. Permanece ao Ministério Público o ônus de provar, para além do crime e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional. Esse é o sistema adotado na Espanha⁴ (artigo 127 do Código Penal, modificado pela Ley Orgánica n.º 5/2010), na Itália (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92⁵) e em Portugal (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro). Note-se que não há uma inversão do ônus da prova em processo penal, pois ao réu incumbe ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante dos rendimentos líquidos. Essa ferramenta tem sido aceita pela doutrina, chancelada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e reiterada em Diretivas do Parlamento Europeu nas

³ Onde a Lei n.º 2007-297, de 5 de Março de 2007, alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês, preconizando que, nas hipóteses de crime com pena não inferior a cinco anos e que tenha resultado lucro direto ou indireto ao agente, a perda alcança os bens do condenado que ele não logre esclarecer a origem lícita. No item 3.1, infra, será aprofundada aludida ferramenta legal francesa.

⁴ Sobre o confisco alargado espanhol, vide CORREA, Teresa Aguado. La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04 (2003). Disponível em <http://criminet.gr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>.

⁵ Com redação dada pela Lei n.º 501/94, de 8 de Outubro. O instrumento italiano assemelha-se ao português, e lá é frequente a afirmação pelos tribunais de que não ocorre uma inversão do ônus da prova, e sim um mero ônus de alegação quanto à origem do patrimônio. Vide MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 329.

metas de combate à criminalidade organizada⁶. Por isso se sustenta a inserção dessa modalidade na legislação brasileira.

Os requisitos dessa perda alargada (no modelo de Portugal, trazido pelo artigo 7º da Lei nº 5/2002, que parece ser adequado à realidade brasileira) consistem numa condenação com trânsito em julgado⁷ por crime previsto em catálogo⁸, na existência de um patrimônio⁹ incompatível com os rendimentos lícitos do condenado e na presunção¹⁰ da ilicitude de sua origem, adstrita a determinado lapso temporal. Não ilidida a presunção, tem-se a assertiva jurídica da proveniência do patrimônio da atividade criminosa; e, com efeito, resulta descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada. Como já dito, o TEDH tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH)¹¹.

Em suma, a perda alargada exige a condenação com trânsito em julgado por determinado crime (em regra, com aspecto de criminalidade organizada, normalmente previsto em catálogo) e a existência de um patrimônio injustificado ou destoante dos rendimentos lícitos da pessoa condenada.

É importante salientar que, embora se utilize uma presunção, ela não se presta ao reconhecimento da existência ou da autoria do crime, mas tão-somente à afirmação da ilicitude do patrimônio (no todo ou em parte) e ao cálculo do *quantum* a ser confiscado. O lastro dessa presunção é robusto, pois parte da condenação de alguém por crime que usualmente gera vantagem ilícita, aliada a um patrimônio não justificado.

⁶ Por exemplo, a “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”, de 12 de Março de 2012, em seu artigo 4.º (“poderes de confisco alargados”), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando “um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades”.

⁷ De frisar que a Lei nº 5/2002 não faz exigência quanto à natureza ou à medida concreta da sanção.

⁸ O que, por um lado, vai ao encontro da ideia de restringir o “remédio forte à patologia grave”; mas, por outro, faz com que ilícitos típicos não comuns à criminalidade organizada ou econômica, mas igualmente geradores de vantagens ilícitas não raro vultosas (por exemplo, furto, roubo, extorsão e receptação), restem imunes ao instrumento mais agressivo de recuperação de ativos.

⁹ Que deverá ser avaliado e liquidado, e cuja definição está prevista no artigo 7.º, n.º 2, letras a) a c), da Lei nº 5/2002. Deve-se salientar que não se compreendem por patrimônio do condenado as vantagens do crime, que deverão ser alcançadas mediante os instrumentos tradicionais de perda (das vantagens e do produto do crime, já previstos no Brasil).

¹⁰ Relativa e ilidível por qualquer meio de prova, conforme o artigo 9.º, n.ºs 1 a 5, da Lei nº 5/2002 .

¹¹ Entendimento sinalizado, por exemplo, nos Acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de Julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de Fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de Junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de Julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de Setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de Janeiro de 2010. No Acórdão Leone contra Itália, de 2 de Fevereiro de 2010, houve a ressalva de que o confisco não se pode basear numa mera suspeita. Todos disponíveis em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

Ou seja, incumbe ao Ministério Público fazer prova do crime (a condenação deve ser *conditio sine qua non* – vide artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002 de Portugal) e liquidar o montante apurado a ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º, idem), o que consiste em apresentar o cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final, idem). Diante desses elementos (que são consistentes), toca ao réu/condenado ilidir a presunção de que parte de – ou todo – seu patrimônio proveio de fonte ilícita¹² (artigo 9.º, idem) ou, ao menos, demonstrar que o obteve há mais de cinco anos contados da data do recebimento da denúncia.

Sustenta-se que, com tais características, perda alargada tem natureza jurídica de uma “medida administrativa”, com aplicação decorrente de uma condenação criminal. Não é, pois, pena, multa, prestação pecuniária, efeito da pena ou sanção administrativa, e sim uma medida imposta pelo Estado como regulação da propriedade lícita, com requisitos apurados e determinados num processo penal.

Discute-se na União Europeia a conveniência de a perda alargada (e seu montante e liquidação) ser decidida no âmbito do processo penal (opção de Portugal, onde o alcance do confisco integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo¹³), na sua sequência (como na Holanda¹⁴) ou em seara distinta, civil ou administrativa (em similar, por exemplo, a alguns procedimentos *in rem*).

O trato da perda alargada no processo penal, já com a propositura da acusação e após investigação preferencialmente especializada¹⁵, por um lado, favorece o réu, que tem o amplo leque das garantias processuais penais para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante e a liquidação pretendidas pelo MP. Além disso, um mesmo tribunal julga o crime do catálogo e a perda alargada, evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro lado, traz à baila a discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula à presunção de inocência, já que o réu deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio – no mesmo momento em que se defende, com o risco de que a opção pelo silêncio confirme que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa. Por isso alguns

¹² O que não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porquanto o réu nada tem de alegar quanto ao crime a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

¹³ Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

¹⁴ Consoante o artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês, se o agente restar condenado por crime punível com multa do 5.º grau e existir a suspeita de vantagem ilícita superior a 12.000 euros, é instaurada investigação financeira autônoma – e posterior – ao processo penal. Caso a investigação conclua ser plausível, por não elucidar a origem lícita, que outras infrações penais geraram vantagens ilícitas ao condenado, é decretada a perda de bens.

¹⁵ É o que se tem atualmente em Portugal, com a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos, criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial dada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho. A mesma lei passou a prever o Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º e ss.), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados.

defendem que a perda alargada “seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretada na sentença condenatória”¹⁶.

Também nessa linha, não se pode ignorar haver uma tendência internacional de que os mecanismos de recuperação de ativos (mesmo os dependentes de uma condenação, como a perda alargada) sejam autonomizados¹⁷, o que, deve-se concordar, amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência.

Por tudo isso, refletindo as mais atuais correntes e tendo por escopo a eficiência no enfrentamento desse tipo de criminalidade, entende-se que, no Brasil, que ainda carece de legislação específica a respeito da perda alargada, o debate sobre sua implementação deveria abarcar, também, sua autonomização do processo penal ou, no mínimo, sua tramitação em incidente concomitante (mantendo no juízo penal a decisão acerca da perda, a ser consignada na sentença ou no acórdão, após a fundamentação condenatória¹⁸).

No Brasil, o confisco ampliado, **com a criação do catálogo de crimes em que aplicável (p; ex., integrar organização criminosa e crimes cometidos em organização criminosa ou associação criminosa; tráfico de drogas; lavagem de dinheiro; peculato; concussão; corrupção ativa e passiva; crimes em licitações; etc.)**, poderia ter previsão inserida nas Leis nº 8.666/93, nº 9.613/98, nº 11.343/2006, nº 12.683/2012, nº 12.694/2012 e /ou na nº 12.850/2013.

2.3. Criação do mecanismo ação/procedimento *in rem* (de extinção de posse ou domínio) de titularidade do Ministério Público

A ação *in rem* (ou procedimento de confisco *in rem*), de natureza extrapenal, é prevista, por exemplo, nos Estados Unidos (*civil forfeiture*) e na Inglaterra (*civil recovery*). A ação, como a denominação revela, é direcionada aos bens (quantias em dinheiro, imóveis, veículos, etc.) com suspeita de origem ilícita (mesmo que não criminosa) e não às pessoas que os possuem/detêm. Não tem por escopo atribuir responsabilidade (criminal, civil ou administrativa) a alguém, mas apenas “fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão

¹⁶ Cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, 2010, p. 41.

¹⁷ Vide, por exemplo, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, artigos 1.º e 2.º.

¹⁸ Nessa hipotética formatação, em havendo condenação por crime do catálogo, e aplicada a pena ao acusado, cumpriria ao juiz/tribunal declarar a perda alargada com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, seria julgado prejudicado.

válida”¹⁹. O Estado, por intermédio de ação que extingue a posse ou o domínio, retoma bens ilicitamente adquiridos sem precisar, necessariamente, responsabilizar penalmente seu detentor.

Com tal conformação, uma virtude da ferramenta é alcançar o patrimônio ilícito seja qual for o resultado de eventual ação penal correlata ou da investigação precedente.

Em suma, pode-se ilustrar o passo a passo da ação *in rem* da seguinte forma: após investigação criminal da Polícia ou do Ministério Público, elucida-se a existência de patrimônio de vulto, sem fonte lícita detectada, em nome de determinada pessoa, sem, contudo, vinculá-la com a prática de algum crime. Com efeito, finalizado o procedimento investigatório, diante dos indícios razoáveis da fonte ilícita ou criminosa da coisa ou patrimônio, atribui-se ao Ministério Público a função de instaurar procedimento *in rem*, perante Juízo Cível e mediante rito com amplitude de meios de prova, visando à perda, em favor do Estado, pela extinção do domínio ou da posse.

Note-se que, a despeito da inovação legal, a verdade é que o Estado apenas atua em similar a outros procedimentos expropriatórios de natureza civil, fiscal ou administrativa, no exercício da regulação da licitude patrimonial dos cidadãos. Isso já existe, há muito, na legislação brasileira, como nas hipóteses de desapropriação e em ações da Fazenda Pública. Como há a exigência do procedimento investigatório prévio, gerador de indícios da origem não lícita do bem ou patrimônio, e, depois, da produção da prova em juízo, atenua-se o risco de decisões expropriatórias injustas, até porque não é nada difícil ao detentor da coisa ou patrimônio demandado fazer prova de sua origem legal, se existente.

Até por tais contornos, pensa-se plausível, inclusive, ter espaço a presunção – no momento final – da procedência ilícita quando, diante dos indícios produzidos pela investigação prévia, e do resultado probatório de natureza civil, não restar clarificada a fonte lícita – ou, noutros termos, restar a fonte ilícita como a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*²⁰, no sistema norte-americano).

Noutro ponto, a atuação dúplice de órgão do Estado (autor, ao mesmo tempo, das pretensões de persecução penal e de recuperação de coisas de origem potencialmente criminosa) não seria problema no Brasil, além de não ser nenhuma novidade no Direito comparado. Aliás, bem diverso disso, a atuação do Estado em várias frentes, como na busca da responsabilização criminal do autor e na regulação da propriedade lícita, é praxe corriqueira, mormente nas modernas democracias. No Brasil, o

¹⁹ 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 (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 293.

²⁰ EDGEWORTH, Dee. R., *Asset Forfeiture: Practice and Procedure in State and Federal Courts*. 2 ed. ABA, 2008, p. 127 e ss.

Ministério Público tem prerrogativas de demandas penais e cíveis, inclusive na seara da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), devendo, pois, figurar como autor da ação *in rem*, bem assim como responsável pela investigação prévia, em Inquérito Civil derivado de investigação criminal (IP ou PIC) ou instaurado de modo autônomo.

Quanto ao direito de propriedade, sobra imaculado, já que os cidadãos, na ação civilística *in rem*, terão, respeitadas as peculiaridades da natureza e do rito, suas garantias de defesa, insistindo-se que a prova – da origem lícita de bem ou patrimônio – não guarda maior complexidade.

Pondera-se que o procedimento *in rem* tem especial serventia para o alcance (e retorno ao Estado) do patrimônio de origem ilícita detido por terceiros, não raro ligados a ou utilizados por agentes da criminalidade organizada (“laranjas”), mas que – também não raro – escapam à responsabilização criminal.

No Brasil, o procedimento *in rem* poderia ter previsão inserida nas Leis nº 8.429/92, nº 9.613/98, nº 11.343/2006, nº 12.683/2012, nº 12.694/2012, nº 12.846/2013 e/ou na nº 12.850/2013.

Em conclusão, tanto o confisco ampliado quanto o procedimento *in rem* devem ser inseridos na legislação brasileira, pois representam inovadores e efetivos instrumentos de recuperação de ativos da criminalidade organizada e das organizações criminosas.

2.4. Revogação do parágrafo único, do artigo 609, do Código de Processo Penal:

O dispositivo processual penal em questão estabelece a possibilidade de o réu recorrer – embargos infringentes e de nulidade – quando a decisão, proferida em segunda instância, não lhe for favorável e alcançada de forma não unânime.

Veja-se que para garantir o direito ao duplo grau de jurisdição, a apelação, por si só, é suficiente. Logo, os embargos infringentes e de nulidade não contribuem de forma decisiva para o alcance dessa específica finalidade, sendo que, de outro lado, criam obstáculos ao correto andamento processual e à definitiva prestação jurisdicional.

Ainda, e, principalmente, o artigo desequilibra o processo, estabelecendo privilégio para a defesa, violando, com efeito, a igualdade entre as partes, uma vez que apenas o réu é parte legítima para a interposição dos referidos recursos, não sendo a faculdade estendida ao autor da ação penal.

De resto, deve ser ressaltado que, na verdade, todo o sistema recursal deve ser objeto de alteração, desburocratizando-se o processo, reduzindo-se o número de recursos e otimizando-se a prestação jurisdicional, contudo, para as finalidades das presentes proposições – precisas e de concretização em

curto prazo – ressalta-se, desde logo, a impossibilidade de manutenção do referido parágrafo único, do artigo 609, do Código de Processo Penal.

2.5. Alteração da Lei n.º 7.960/89, redefinindo-se os pressupostos para a decretação da prisão temporária, passando a ser cabível nos casos em que o agente é investigado pela prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 04 (quatro) anos, bem como se ampliando o prazo de duração da medida cautelar para 10 (dez) dias, prorrogável por igual período:

É importante deixar consignado que as prisões provisórias, apesar de excepcionais, não possuem o caráter de “antecipação de pena”, mas são instrumentos restritivos da liberdade necessários para que se alcance a satisfação de outros interesses com igual proteção constitucional.

O direito fundamental à liberdade, como todas as outras pretensões jusfundamentalmente protegidas, não é absoluto, podendo sua restrição ser autorizada pelo Legislador quando indispensável para a tutela de outros interesses constitucionais.

Destarte, a prisão temporária, como instrumento necessário para possibilitar a investigação criminal, foi objeto de autorização legislativa, restando devidamente regulamentada. Contudo, não se pode olvidar, que a lei padece de uma sistemática adequada deixando de lado a possibilidade de utilização dessa medida cautelar quando em causa a investigação de inúmeros crimes com gravidade acentuada, dentre os quais ilícitos penais que tipificam atos de corrupção; além disso, o prazo de duração da medida é por demais exíguo. Há, entretantes, uma deficiência de proteção na referida lei, o que deve restar corrigido.

Assim, mostra-se pertinente uma redefinição dos pressupostos de admissibilidade da prisão temporária, de forma a que passe a ser cabível nos casos em que o agente é investigado pela prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 04 (quatro) anos.

De resto, necessária também a ampliação do prazo de duração da medida cautelar para dez (dez) dias, prorrogável por igual período.

2.6 – Relativização da regra prevista no inciso III do artigo 78 do Código de Processo Penal possibilitando a prisão das investigações e processos judiciais quando o caso recomendar.

Na linha da mudança sinalizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativizar a regra do inciso III, do artigo 78, do CPP, para acrescentar uma regra de exceção expressa no artigo 79 do

CPP, de que a conexão e a continência importarão em unidade de processo e julgamento, salvo se: “*no concurso de jurisdições de diversas categorias, o juízo prevento optar, por motivo relevante expressamente consignado nos autos, pela separação dos processos*”.

Assim, teríamos uma regra expressa possibilitando a separação de investigações e processos em que surjam pessoas sujeitas, em razão dos cargos, a prerrogativa de foro, cabendo a decisão de cindir ou não o caso ao juiz que primeiro proferir ato decisório, indicando o motivo relevante que guiou a sua decisão.

2.7. Previsão legal da medida cautelar diversa da prisão, consistente na condução coercitiva independentemente de intimação ou notificação prévia, desde que justificada satisfatoriamente nos autos.

Poderia ser acrescentado o inciso X, ao artigo 319 do Código de Processo Penal, criando a medida cautelar diversa da prisão consistente na condução coercitiva, independentemente de intimação ou notificação prévia no curso da investigação ou do processo judicial. Além de isenta de mácula no que toca às garantias penais e processuais penais, a medida, por ser menos gravosa do que a prisão provisória, pode servir como preciso instrumento ao esclarecimento célere do fato criminoso e/ou de suas circunstâncias (com a produção simultânea de elementos de prova), evitando, por outro lado, a combinação de estratégias defensivas. De frisar que o investigado, na hipótese, deverá sempre prestar declarações com acompanhamento de advogado, estando ciente do direito ao silêncio. A medida, com efeito, resguarda, em concomitância, o direito do investigado (em situação mais favorável do que a prisão temporária ou preventiva) e o interesse público, servindo como instrumento para otimizar a elucidação de infrações penais, sobretudo as adstritas a ações de organizações criminosas. Ademais, a medida indica a superação da anacrônica forma investigativa ainda presente nos inquéritos policiais, onde o passar do tempo, no mais das vezes, apenas serve para dificultar a obtenção da prova – e, por conseguinte, ao criminoso.

(3) Inserções na lei Anti-improbidade administrativa, notadamente para dotar os órgãos de controle de maiores instrumentos extrajudiciais de enfrentamento à corrupção, bem como o fechamento das lacunas desse específico sistema jurídico:

3.1. Revogação dos parágrafos 7º, 8º e 10º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92:

No atual sistema processual, não há qualquer justificativa para a abertura de um contraditório antes de efetivamente iniciada a ação. Os dispositivos em pauta criam um benefício injustificado aos detentores de função pública, sendo as normativas desprovidas de proporcionalidade, pois acabam por afetar desvantajosamente a realização do dever objetivo de proteção ao direito fundamental à boa Administração e, de outro lado, em nada contribuem para a satisfação do princípio da ampla defesa. Isso porque, o Magistrado, independentemente de contraditório, analisa o cabimento da ação quando do seu recebimento, não havendo prejuízo à defesa com a exclusão dos referidos parágrafos. Ainda, em momentos processuais posteriores, constatando a ausência por pressupostos de admissibilidade, poderá o Juiz extinguir a ação.

3.2. Modificação do regime de prescrição estabelecido na Lei n.º 8.429/92, de forma a unificar e alargar os prazos prescricionais, além de alterar o termo inicial:

Muitas celeumas são criadas ao redor dessa questão, uma vez que a legislação não é clara, dando margem a interpretações diversas, o que acarreta insegurança jurídica. Deve haver, assim, uma sistematização do regime de prescrição estabelecido na Lei Anti-improbidade administrativa, de modo a que os prazos prescricionais tenham o mesmo termo inicial, independente do vínculo que o agente possui com o Estado, devendo, ainda, o prazo correr concomitantemente para o terceiro beneficiado. Sugere-se que o prazo prescricional reste deflagrado quando do conhecimento do fato. Exceção poderia ser criada, mantendo-se o regramento atual, no que se refere à prescrição do ato de improbidade administrativa praticada por detentores de mandato eletivo. Isso porque, esses agentes políticos, ante a função que desempenham, possuem grande domínio e poder de ingerência nas decisões administrativas, sendo alto o potencial de risco que interfiram na produção probatória.

De outro lado, o prazo de 05(cinco) anos mostra-se exíguo, sugerindo-se sua ampliação para 10 (dez) anos. A sugestão toma por base o Código Civil brasileiro, pelo qual, como regra geral, as ações de responsabilidade pessoal prescrevem em 10 (dez) anos.

3.3. Inserção de dispositivo na Lei n.º 8.429/92 de forma a regulamentar e autorizar o Ministério Público celebrar acordo de leniência em sede de Inquérito Civil instaurado para apurar possível prática de ato de improbidade administrativa e/ou prejuízo ao erário:

É indispensável a instituição de maiores instrumentos extrajudiciais para o enfrentamento consistente da corrupção. A prestação jurisdicional não pode ser o único mecanismo disponível no Sistema de Justiça para resolução das questões referentes à aplicação da Lei n.º 8.429/92.

Existe uma necessidade de revogação do parágrafo 1º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92, pois acordos firmados pelo titular da ação e os investigados não implicam renúncia às sanções estabelecidas pela lei, ao contrário, acarretam uma satisfação imediata e eficaz dos interesses tutelados pela normativa. Há uma relação de coerência lógica entre a efetiva aplicação da lei e a outorga ao legitimado da ação de improbidade administrativa de maiores mecanismos tendentes a alcançar a finalidade subjacente ao diploma legal (combate à corrupção e dever objetivo de proteção ao direito fundamental à boa Administração).

Destarte, o acordo de leniência, havendo a devida colaboração com as investigações de algum dos responsáveis pela conduta ímproba, autoriza a imediata resposta do Sistema de Justiça em face de atos de corrupção, possibilitando, inclusive, que as medidas sancionatórias cabíveis em face de cada ação ímproba sejam ajustadas, bem como legitima maiores possibilidades probatórias.

3.4. Regramento do poder requisitório do Ministério Público, devendo a Lei n.º 8.429/92 especificar quais as liberdades, por serem direitos fundamentais gravados com cláusula de reserva de jurisdição, dependem de autorização judicial para sua restrição:

Há enorme insegurança jurídica no ponto, uma vez que as interpretações judiciais são variáveis ao definir quais liberdades individuais são insusceptíveis de restrição por ação direta do Ministério Público, e, assim, dependentes da jurisdição para que seja autorizada a intervenção restritiva, e quais estão afetadas de forma imediata ao poder requisitório ministerial.

Um regramento mínimo legislativo, a partir do qual o Legislador, em interpretação da Constituição, observando a reserva de lei proporcional, expusesse a questão, definindo expressa e precisamente quais garantias são dependentes de autorização judicial para poderem ser legitimamente quebradas, poria termo às indeterminações da jurisprudência sobre o tema, traria segurança jurídica e afastaria decisões de nulidade por ilicitude da prova.

Logo, tendo em vista a inadmissibilidade constitucional de aproveitamento da prova ilícita – direito fundamental estabelecido por regra na forma de garantia pontual e como tal insuscetível de ponderação e restrição – é pertinente que o Legislador atue de forma a declarar o procedimento e os requisitos a serem observados pelo órgão responsável pela investigação quando a produção da prova acarretar restrição a direito fundamental.

3.5. A condenação por ato de improbidade administrativa tem o efeito de criar uma presunção de ilicitude de todo o patrimônio do agente ímprobo, possibilitando o confisco ampliado dos bens (vide item 2.2):

No momento em que o agente resta condenado por ato de improbidade administrativa, como efeito automático da condenação (independentemente do trânsito em julgado), todo o seu patrimônio passaria, por presunção legal a ser inserida na Lei n.º 8.429/92, a ser considerado de origem ilícita, sendo ônus do agente a demonstração de licitude dos seus bens. Assim, tendo em vista essa presunção de ilicitude, também a lei Anti-improbidade estabeleceria, nessas situações, a possibilidade do confisco alargado, a partir do que todo o patrimônio do condenado reverteria para o Estado, a não ser se demonstrada a licitude na aquisição e posse dos bens.

Calha ressaltar que a medida, além de extremamente eficaz no aspecto de restituição ao erário, consistiria em um forte golpe na sustentabilidade de organizações criminosas que ingressam no sistema administrativo e, habitualmente, são responsáveis e/ou contribuem para a prática da corrupção.

(4) ações gerais visando uma melhor e mais transparente prática administrativa, de forma a prevenir os ilícitos e facilitar o controle, bem como tendentes a fortalecer e qualificar a repressão:

4.1. Especialização e profissionalização das entidades responsáveis pelo controle da Administração Pública, bem como dos órgãos jurisdicionais competentes para o julgamento das matérias afetas à corrupção:

Os atos de corrupção, em geral, são envoltos de especificidades que impõem aos órgãos responsáveis pelo enfrentamento desses ilícitos um conhecimento especializado da matéria e uma atuação profissionalizada. Além disso, devem ser formatadas verdadeiras “equipes” de apoio aos órgãos de controle.

De outro lado, a criação de varas especializadas é também uma medida que se impõe para que se alcance o objetivo delineado.

4.2. Identificação dos motivos de demora das investigações e das ações tendentes à responsabilização por atos de corrupção, bem como, uma vez diagnosticadas as causas, regulamentação da matéria pelos CNMP e CNJ:

A celeridade da resposta estatal em face de atos de corrupção é indispensável para um correto enfrentamento do problema. Contudo, antes de se propor medidas, é necessário que se tenham à disposição dados empíricos corretos que exponha as causas da morosidade e as deficiências do sistema.

Devem, assim, as instituições e/ou órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública realizar o mapeamento dos problemas, para, após, de posse dos dados, ser possível a normatização da questão, estabelecendo-se prazos e definindo-se prioridades.

4.3 Prioridade no trâmite dos processos que apuram atos de improbidade administrativa e correlatos, bem como expressa autorização para o uso da prova emprestada.

Nesses tipos de delito, a celeridade é essencial, sem prejuízo, é claro, da ampla defesa do acusado, uma vez que o trânsito em julgado da sentença em tempo razoável (previsão constitucional), seja qual for o seu conteúdo, serve como desestímulo para a prática de corrupção, uma vez que demonstra a solidez do sistema de justiça em apurar tais tipo de conduta. Desse modo, é adequada a modificação legal para que os processos que apuram atos de improbidade e os crimes correlatos tenham celeridade (prioridade) expressamente prevista em lei. Sugere-se, também, a previsão expressa de permissão de uso da “prova emprestada” entre as duas searas (improbidade/cível e penal), evitando-se a repetição de provas oral, pericial e documental, pois esta é uma das causas de atraso processual.

4.4. Suspensão das funções públicas, como regra, no caso de servidores condenados criminalmente e com a aplicação expressa do efeito extrapenal específico do artigo 92, I, a do CP.

Se o servidor público for condenado e, ainda, tiver declarada na sentença de primeiro grau a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, a interposição de recurso defensivo importará na aplicação cautelar da medida do artigo 319, VI, do CPP, com o seu afastamento das funções públicas até que seja apreciado o seu inconformismo. Trata-se de providência cautelar com presença dos pressupostos inerentes a medidas desta espécie – o *fumus comissi delicti* (reconhecido na sentença condenatória de primeiro grau de jurisdição); e o *periculum* (reconhecido pela continuidade de um servidor condenado criminalmente e tendo declarada a perda do cargo permanecer normalmente exercendo suas funções). Há casos concretos que são verdadeiras aberrações decorrentes do desprestígio da decisão judicial de primeiro grau, podendo citar, como exemplo, o servidor

respondendo preso à instrução processual, e, quando solto e condenado em primeiro grau, voltar ao serviço público enquanto seu julgamento não ocorre. Assim, em casos tais a regra seria a de afastamento das funções públicas até o julgamento do recurso. Cabe ressaltar que não seria uma execução provisória de efeito da pena, mas sim uma cautela decorrente da fumaça do bom direito (uma sentença condenatória de 1º grau) e do perigo da demora (isto é, da continuidade, no cargo, do agente supostamente criminoso).

5. CONCLUSÕES :

(1) Propostas tendentes a reformular a tipificação, sanção abstrata e execução das reprimendas penais impostas aos autores de atos de corrupção:

1.1 – Majoração das reprimendas e criação de medidas assecuratórias;

1.2 – Redimensionamento da forma de fixação das penas e criação de figura qualificada para crimes de corrupção;

(2) Alteração do sistema processual, buscando-se, principalmente, além do aprimoramento das medidas cautelares, celeridade e eficiência na resposta jurisdicional:

2.1. Revogação dos artigos 513 até 518, do Código de Processo Penal:

2.2. A condenação por crimes contra a Administração Pública e/ou de ações de organização criminosa têm o efeito de criar uma presunção de ilicitude do patrimônio do agente, possibilitando o confisco ampliado dos bens:

2.3 . Criação do mecanismo ação/procedimento *in rem* (de extinção de posse ou domínio) de titularidade do Ministério Público;

2.4. Revogação do parágrafo único, do artigo 609, do Código de Processo Penal:

2.5. Alteração da Lei n.º 7.960/89, redefinindo-se os pressupostos para a decretação da prisão temporária, passando a ser cabível nos casos em que o agente é investigado pela prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 04 (quatro) anos, bem como se ampliando o prazo de duração da medida cautelar para 10 (dez) dias, prorrogável por igual período:

2.6 – Relativização da regra prevista no inciso III do artigo 78 do Código de Processo Penal possibilitando a cisão das investigações e processos judiciais quando o caso recomendar.

2.7. Previsão legal da medida cautelar diversa da prisão, consistente na condução coercitiva independentemente de intimação ou notificação prévia, desde que justificada satisfatoriamente nos autos.

(3) Inserções na lei Anti-improbidade administrativa, notadamente para dotar os órgãos de controle de maiores instrumentos extrajudiciais de enfrentamento à corrupção, bem como o fechamento das lacunas desse específico sistema jurídico:

3.1. Revogação dos parágrafos 7º, 8º e 10º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92:

3.2. Modificação do regime de prescrição estabelecido na Lei n.º 8.429/92, de forma a unificar e alargar os prazos prescricionais, além de alterar o termo inicial:

3.3. Inserção de dispositivo na Lei n.º 8.429/92 de forma a regulamentar e autorizar o Ministério Público celebrar acordo de leniência em sede de Inquérito Civil instaurado para apurar possível prática de ato de improbidade administrativa e/ou prejuízo ao erário:

3.4. Regramento do poder requisitório do Ministério Público, devendo a Lei n.º 8.429/92 especificar quais as liberdades, por serem direitos fundamentais gravados com cláusula de reserva de jurisdição, dependem de autorização judicial para sua restrição:

3.5. A condenação por ato de improbidade administrativa tem o efeito de criar uma presunção de ilicitude de todo o patrimônio do agente ímprobo, possibilitando o confisco alargado dos bens:

(4) ações gerais visando uma melhor e mais transparente prática administrativa, de forma a prevenir os ilícitos e facilitar o controle, bem como tendentes a fortalecer e qualificar a repressão:

4.1. Especialização e profissionalização das entidades responsáveis pelo controle da Administração Pública, bem como dos órgãos jurisdicionais competentes para o julgamento das matérias afetas à corrupção:

4.2. Identificação dos motivos de demora das investigações e das ações tendentes à responsabilização por atos de corrupção, bem como, uma vez diagnosticadas as causas, regulamentação da matéria pelos CNMP e CNJ:

4.3 Prioridade no trâmite dos processo que apuram atos de improbidade administrativa e correlatos, bem como expressa autorização para o uso da prova emprestada.

4.4. Suspensão das funções públicas, como regra, no caso de servidores condenados criminalmente e com a aplicação expressa do efeito extrapenal específico do artigo 92, I, a do CP.

Porto Alegre, 01 de abril de 2015.