



# 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

**MPF**  
Ministério Público Federal

## APRESENTAÇÃO

Se queremos um país livre de corrupção, precisamos nos unir. O Ministério Público Federal (MPF) acredita em um Brasil mais justo, com menos corrupção e menos impunidade. É possível transformar a indignação com a corrupção em mudanças efetivas para a sociedade.

Para acabar com o círculo vicioso de corrupção privada e pública, é preciso implementar mudanças sistêmicas e estruturais. Essas mudanças incluem o fim da impunidade, pois esta e a corrupção aparecem intimamente relacionadas em diversos estudos e pesquisas internacionais sobre esse problema.

O MPF tem trabalhado com rapidez e agilidade nos processos envolvendo crimes de corrupção. Mesmo assim, nem sempre alcança efetividade, porque o sistema favorece a demora, a prescrição (cancelamento do caso penal decorrente da demora) e a anulação do caso com base em formalidades.

Para construirmos uma nova realidade, o MPF apresentou à sociedade dez medidas para aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade. As propostas objetivam Transparência, Prevenção, Eficiência e Efetividade.

As propostas de alterações legislativas buscam, entre outros resultados:

- evitar a ocorrência de corrupção (via prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção)
- criminalizar o enriquecimento ilícito
- aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores
- agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade
- fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades)
- criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais
- permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras
- viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça
- agilizar o rastreamento do dinheiro desviado
- fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado)

A iniciativa, sem qualquer vínculo político-partidário, foi abraçada pela sociedade que, por meio de voluntários em todo o país, coletou mais de dois milhões de assinaturas em apoio à campanha para que as propostas pudessem ser apresentadas ao Congresso Nacional em forma de projeto de iniciativa popular.



## MEDIDA 1

---

# INVESTIMENTO EM PREVENÇÃO

---

**MPF**

Ministério Público Federal

**MEDIDA 1**

**INVESTIMENTO EM PREVENÇÃO**

# Accountability

## ANTEPROJETO DE 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, e dá outras providências.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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 1º de agosto de 2013.

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

A presente iniciativa legislativa possui a finalidade primordial de agilizar a tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais, com o estabelecimento de rotinas de *accountability* e eficiência em relação aos processos judiciais respectivos.

Busca-se, com isso, estimular a racionalidade do sistema judicial, permitindo que caminhe em direção ao cumprimento de seu escopo, bem como se almeja reforçar a responsabilidade proativa daqueles que melhor conhecem o sistema e seus percalços – os julgadores e membros do Ministério Público –, na busca das soluções mais adequadas. Cria-se, assim, um mecanismo automático de busca de soluções a partir do diagnóstico da situação.

O fato é que a morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais é tão nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer meta para as Justiças Estadual, Federal e Militar, e para o Superior Tribunal de Justiça, a fim de “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” (Meta 18, de 2013).

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado. Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que *nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta*.

De acordo com as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011 havia no Poder Judiciário um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas. Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, e criar meios para destravá-los.

Nesse sentido, uma das possíveis soluções é a detecção dos problemas e das particularidades que envolvem julgamentos relativos à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e aos crimes, por meio do estabelecimento de normas de *accountability*.

O que se pretende, portanto, é o estabelecimento de uma opção legislativa para, ao final, priorizar as ações que dizem respeito a atos de corrupção, por meio do efetivo conhecimento a respeito de como elas se desenvolvem.

É certo que as causas da morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais, seguramente, não se resumem a esse aspecto procedimental. Não se ignora que uma série de fatores políticos e sociológicos também possuem relevante papel na lentidão dessas ações, uma vez que comumente essas causas interferem em poderosos interesses econômicos e políticos e dizem respeito a réus que detêm influência social e meios financeiros para dificultar o andamento do processo judicial.

No entanto, a existência de outros fatores não é justificativa para que não se resolvam os

problemas decorrentes de incongruências procedimentais e estruturais; pelo contrário, deve-se implementar, ao máximo, os meios necessários para que o processo assegure a viabilização do interesse social na responsabilização dos autores de atos ímprobos, bem como o direito constitucional da sociedade de se valer de procedimento judicial célere para tanto.



# Teste de Integridade

## ANTEPROJETO DE LEI

Cria o teste de integridade dos agentes públicos.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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 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 1º de agosto de 2013.

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

Trata-se de iniciativa legislativa que almeja criar novo mecanismo voltado à defesa da moralidade pública.

Assim é que se pretende inovar o ordenamento jurídico para instituir o teste de integridade aos agentes públicos, de modo que sejam prevenidos atos de corrupção e comportamentos inadequados no serviço público e, particularmente, nos corpos policiais, tal como já realizado em grande extensão em outros países, a exemplo dos Estados Unidos da América, da Austrália, do Reino Unido, além da região administrativa especial de Hong Kong.

O objetivo central do teste de integridade é criar, preventivamente, a percepção de que todo o trabalho do agente público está sujeito a escrutínio e, a qualquer momento, a atividade pode estar sendo objeto de análise, inclusive sob o ponto de vista de honestidade. A realização do teste não parte da premissa da desconfiança sobre os servidores em geral, mas sim da noção de que todo agente público tem um dever de transparência e *accountability*, sendo natural o exame de sua atividade.

Prestigia-se, sob outra vertente, o Princípio Republicano, a partir do qual todos os agentes públicos devem prestar contas de sua atuação, e a Administração Pública deve velar pela correta e proba condução da coisa pública.

O teste de integridade dirigido é aplicado, então, no agente público em relação ao qual já houve algum tipo de notícia desairosa ou suspeita de prática ímproba, ao passo que os testes de integridade aleatórios refletem o princípio de que a atividade de qualquer agente público está sujeita, a qualquer tempo, a escrutínio.

O teste de integridade objetiva desencadear medidas proativas da Administração Pública para combater e prevenir a corrupção em situações enfrentadas corriqueiramente pelo agente público. Exemplo disso é o oferecimento de um valor módico, a título de propina, por um agente de corregedoria que, fingindo ser um cidadão comum, comete uma infração de trânsito e é parado por policial para ser multado. Há registro de resultados positivos em diversos locais nos quais esse tipo de teste foi e é utilizado, sendo recomendado até mesmo pela ONU e pela Transparência Internacional em relação às polícias. Além disso, esses dois organismos internacionais apontam que o conceito dos testes de integridade *não precisa ser confinado às atividades policiais*, daí que é possível aplicá-los em outros setores da Administração Pública.

Já na década de 70 do século XX, ao simular situações reais na cidade norte-americana de Miami, a *ABC News* providenciou a entrega de 31 carteiras contendo dinheiro e identidade para 31 policiais, 9 dos quais subtraíram o dinheiro e foram penalizados.

Trinta anos depois, em Los Angeles e em Nova York, cidades nas quais as polícias aplicam, sistematicamente, testes de integridade nos policiais, a mesma rede de televisão distribuiu 20 carteiras para os policiais de cada cidade. Todas as carteiras foram devolvidas aos proprietários “sem nenhum centavo faltando”, a demonstrar que a criação de um ambiente de transparência e escrutínio, no qual o agente público pode ser testado a qualquer momento, tende a modificar o comportamento e a cultura de corrupção. Destaque-se também, no exemplo, que, se a própria imprensa pode aplicar, de modo lícito, testes de integridade, tanto mais pode fazê-lo a Administração Pública.

No caso do teste de integridade, embora pudesse haver alguma discussão jurídica quanto à

viabilidade de processamento criminal (e não cível ou administrativo) da situação, em razão da tese do flagrante preparado, há posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à legitimidade da persecução criminal de condutas apuradas por meio de tais testes, desde que sua aplicação seja cercada de alguns cuidados.

De todo modo, independentemente de tal discussão na seara criminal, há precedente do Supremo Tribunal Federal rejeitando a tese do flagrante preparado no tocante à aplicação de sanção administrativa. Para proteger o servidor público, ressalte-se, é vedada pelo projeto a realização de testes que representem uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper.

Com o mesmo objetivo, deverá ocorrer a comunicação prévia ao Ministério Público, informando-se a abrangência e os critérios de seleção usados, para aquela Instituição efetuar recomendações em 15 dias, se assim entender cabíveis. Além disso, para garantia do examinado, o teste deve ser sujeito à gravação audiovisual sempre que for possível.

# Percentuais de publicidade

## ANTEPROJETO DE LEI

Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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 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 1º de agosto de 2013.

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

Trata-se de iniciativa legislativa que almeja criar novos mecanismos voltados à defesa da moralidade pública e da probidade administrativa, quais sejam, 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 o estabelecimento de procedimentos e rotinas voltados à prevenção de atos de corrupção (art. 1º).

Assim é que o art. 2º introduz a obrigação de um gasto mínimo de publicidade para incentivar o desenvolvimento de uma cultura contra a corrupção, a qual, infelizmente, apresenta-se como um fenômeno endêmico, cuja mudança não depende apenas de acabar ou diminuir a sensação de impunidade, como também de ações de conscientização da população e de treinamento de agentes públicos para enfrentar situações de risco sem a flexibilização de regras éticas.

Um dos mais famosos exemplos bem-sucedidos de combate à corrupção é a experiência de Hong Kong. De uma situação de corrupção endêmica nos anos 1960, Hong Kong migrou para a 17ª posição no *ranking* global de honestidade da Transparência Internacional, feito com base em índice de percepção de corrupção. A estratégia de Hong Kong alicerçou-se sobre três pilares.

Um deles é a investigação e punição dos culpados, afastando-se a sensação de impunidade. Os outros dois são a prevenção e a educação, que são o foco da presente medida. Em Hong Kong, houve forte campanha, feita em mídias de massa, para engajar a opinião pública na luta contra a corrupção pública e privada, não só incentivando a denúncia de atos corruptos, mas também conscientizando a população dos danos sociais e individuais decorrentes dessa prática.

A aceitação da corrupção na cultura social ocasiona sua assimilação em subculturas organizacionais. Evidência reveladora dessa conclusão é a pesquisa que mostra um índice de tolerância à corrupção política de 75%, ou seja, *75% dos brasileiros admitem que seriam capazes de cometer irregularidades em cargos públicos*.

Diante desse número, não surpreende que parte relevante dos atos corruptos – como a corrupção de policiais no trânsito ou as fraudes em licitações – comece por atos de particulares. Um exemplo claro, grave e recente da corrupção privada foi exposto pelo noticiário “Fantástico” do dia 4 de janeiro de 2015, ao divulgar a existência de uma máfia de próteses, por meio da qual médicos receberiam uma “comissão” de 20% a 30% dos valores das próteses em troca da escolha de determinadas marcas.

Por outro lado, de nada adiantaria instituir, simplesmente, auditorias e sistemas de controle se não houver uma preocupação com a mudança da cultura de corrupção social e individual, pois o homem continuará buscando e encontrando brechas para manter o velho jogo oculto sob as novas regras.

Por isso é que também são propostas medidas mais amplas e com repercussão social. Assim, paralelamente à efetividade da punição do comportamento corrupto, deve-se realizar trabalho consistente de conscientização da população acerca dos malefícios coletivos e individuais que a corrupção acarreta, bem como para que reportem comportamentos corruptos. Há várias campanhas anticorrupção no mundo que utilizaram, intensivamente, propagandas veiculadas em meios de comunicação de massa a fim de contribuir com a mudança da cultura da corrupção pública e privada.

A análise do detalhamento dos dispêndios governamentais com publicidade revela uma



tendência a ampliar os gastos com a publicidade institucional (que tem por objetivo divulgar atos, obras e programas do governo), em detrimento da publicidade de utilidade pública (que visa informar e orientar a população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios reais).

Com efeito, comparando-se as Leis Orçamentárias Anuais de 2013 e 2014, verifica-se que a previsão de gastos com a primeira modalidade cresceu 33,8%, passando de R\$ 202,8 milhões em 2013 para R\$ 270,1 milhões em 2014. Já a publicidade voltada à utilidade pública teve seu orçamento reduzido de R\$ 728,7 milhões em 2013 para R\$ 592,2 milhões em 2014. De qualquer sorte, o gasto do Governo Federal com publicidade, apenas para a Administração Pública Direta (excluindo-se as empresas públicas), alcançaria R\$ 863,4 milhões em 2014.

Assim, é factível especificar que uma parcela desses recursos seja direcionada a campanhas de prevenção à corrupção, como faz a proposta alinhavada no art. 2º.

A proposta de alocação de um percentual dos recursos gastos em propaganda tem, ainda, o condão de melhor especificar o destino do orçamento de publicidade, o qual, muitas vezes, já é, por si só, fonte de corrupção – consoante visto a partir do julgamento da Ação Penal 470 (“Mensalão”) em relação ao desvio de recursos promovido por meio de verbas publicitárias pagas à empresa SMP&B, do condenado Marcos Valério de Souza.

Evitando-se possíveis questionamentos acerca da legitimidade e da licitude do uso de imagens e de sons de casos concretos de corrupção, o § 5º introduzido no art. 2º expressamente dispõe que é desnecessária a identificação de criminosos na propaganda institucional contra a corrupção, de modo que aconteça uma ponderação com o princípio constitucional da intimidade.

A inspiração da norma do aludido § 5º é que o impacto das ações de *marketing* é maior quando se correlaciona a mensagem a casos concretos de conhecimento público. De fato, o impacto da publicidade será maior se o cidadão entender que atos de corrupção do dia a dia podem ser tão nefastos quanto aqueles vistos nos grandes escândalos de corrupção.

Já o § 4º proposto no art. 2º busca dar solução para uma das maiores dificuldades no combate à corrupção policial, que é a relutância do cidadão em noticiar a corrupção da polícia à própria polícia, dando publicidade ao órgão externo para o qual o cidadão pode comunicá-la. A realização da comunicação ao Ministério Público justifica-se porque foi ele consagrado na Constituição Federal como a Instituição responsável pelo controle externo da atividade policial.

Ao mesmo tempo, o destaque no texto para esse assunto, assim como a obrigatoriedade de placas contendo a informação em rodovias, justificam-se porque a corrupção de trânsito em rodovias é uma das mais notórias tipologias de corrupção brasileiras, daí que, enquanto não for eficazmente combatida, será difícil mudar o índice de percepção da corrupção no Brasil.

O art. 3º, por sua vez, exige a realização de treinamentos e o estabelecimento de regras específicas contra a corrupção, realizados por órgãos internos e externos de prevenção e combate à corrupção, o que tem por escopo modificar subculturas organizacionais voltadas a essa prática ilícita.

Nesse sentido, o dispositivo prevê a realização de cursos periódicos a agentes públicos, para que se conscientizem sobre as atitudes a tomar diante da oferta direta de vantagens por particulares ou em face de situações que potencialmente possam caracterizar atos de corrupção. Os cursos objetivam, também, neutralizar as racionalizações, isto é, os processos psicológicos nos quais o agente busca justificativas para a aceitação de comportamentos ilegais. Paralelamente, o artigo prevê a edição e a publicidade de códigos de conduta para regular o comportamento dos

agentes públicos.

O estabelecimento de regras claras sobre corrupção e o treinamento dos agentes públicos constituem a base para qualquer programa efetivo de *compliance*, o que vem sendo objeto de atenção mundial. Nessa linha, em países onde o estudo das regras de integridade é mais avançado, a comunicação e o treinamento adequados figuram, inclusive, como balizadores do efetivo comprometimento das organizações com a prevenção à corrupção.

Na mesma direção, o § 7º do art. 3º estimula o ensino e o debate da ética em escolas e universidades, contribuindo com a formação de uma cultura contra a corrupção.

Por fim, o § 8º do mesmo artigo atende a uma recomendação internacional no combate à corrupção, qual seja, dar visibilidade à existência de valores a serem pagos por serviços em repartições públicas. A disseminação da informação sobre a gratuidade ou a necessidade de pagar algum valor cria um ambiente de transparência e evita que o cidadão entenda que está sendo cobrado indevidamente quando o valor é devido, ou que o agente público possa cobrar o cidadão por um serviço gratuito.

# Sigilo da fonte

## ANTEPROJETO DE LEI

Disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à 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 à 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.

**Art. 7º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICATIVA

Trata-se de iniciativa legislativa que almeja criar novo mecanismo voltado à defesa da moralidade pública e da probidade administrativa, qual seja, regular o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

De fato, pretende-se introduzir a figura do informante confidencial, distinguindo-o do informante *anônimo*, cuja identidade se desconhece.

É que a identidade do informante confidencial será conhecida, mas não revelada por importante razão de interesse público. O objetivo central da regra é criar um ambiente no qual os cidadãos que têm conhecimento de atos corruptos noticiem a prática ilícita, mesmo quando temem algum risco à sua integridade física ou à de alguém próximo, o que é bastante comum.

Cuida-se de significativo avanço para que se ultrapasse a primeira barreira que impede a descoberta (e consequente punição) de atos corruptos: a dificuldade dos órgãos de persecução de receberem notícias sobre a existência dos fatos corruptos.

Na experiência da região administrativa especial de Hong Kong, a propósito, o *slogan* central da primeira fase do processo de mudança de cultura, desde os anos relativos à década de 1970, foi “reporte a corrupção”.

Diz-se expressamente, embora seja evidente, que ninguém poderá ser condenado com base exclusivamente no depoimento de um informante confidencial, já que não terá sido possível à defesa avaliar criticamente a credibilidade do depoente. O comum, contudo, é que se obtenham provas materiais do ato corrupto após uma notícia de corrupção. A preservação da identidade do informante só existe na medida em que ele não incrimine falsamente alguém.

Além disso, caso o juiz entenda imprescindível a revelação da identidade do informante, o Ministério Público poderá escolher entre revelar a identidade e perder o valor probatório exclusivamente do depoimento prestado pelo informante. Tal opção tem por base o art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal.

Com frequência, testemunhas comparecem voluntariamente ao Ministério Público e condicionam seu depoimento sobre certo fato, até então desconhecido das autoridades públicas, à preservação da confidencialidade de sua identidade, diante dos riscos à sua integridade física. A preservação da fonte nesses casos é essencial ao trabalho do Ministério Público, na defesa dos direitos fundamentais sociais e daqueles direitos fundamentais tutelados pelas normas penais.

Esse tipo de conduta não é novidade, sendo há muito tempo reconhecido no direito norte-americano e é extraível, mediante interpretação, do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal. A previsão expressa, contudo, objetiva conferir segurança jurídica à testemunha que colabora sobre fato inédito, sob condição de confidencialidade, cujo depoimento não poderia ser obtido sem garantia de sigilo.

Dita norma incentivará as pessoas não só a informar crimes já cometidos, contribuindo com a investigação, mas também crimes em vias de serem cometidos, constituindo importante medida para prevenir a prática ou a continuidade de esquemas criminosos.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## TESTE DE INTEGRIDADE: APLICAÇÃO, CRÍTICAS E CONSTITUCIONALIDADE

Bruno Calabrich<sup>1</sup>

Da lista de dez medidas contra a corrupção apresentadas pelo Ministério Público Federal e que contam com o apoio de milhares de brasileiros para projetos de lei de iniciativa popular, a primeira, referente ao tema mais amplo da *prevenção à corrupção*, abrange uma proposta já envolta em polêmica: o teste de integridade.

O teste de integridade, de fato, vem causando certa apreensão entre alguns no meio jurídico brasileiro – mas não deveria. A proposta veicula nada mais que um instrumento para prevenir e constatar ilícitos administrativos, cíveis e criminais e não representa nenhuma extraordinária limitação a direitos de quem quer que seja. É uma medida eficaz de combate à corrupção, recomendado pelas Nações Unidas e por organismos como a Transparência Internacional<sup>2</sup>. Não é uma novidade no exterior: testes de integridade vêm sendo aplicados com sucesso em diversos países, como Estados Unidos, Austrália e Reino Unido. Na prática, não é sequer no Brasil uma grande novidade, considerando que nosso direito processual penal já prevê instituto bastante semelhante em muitos aspectos (a infiltração de agentes).

A polêmica instaurada tem como base supostas (e, a nosso ver, inexistentes) violações a direitos fundamentais e, especialmente, a invocação equivocada da dogmática penal referente ao chamado “crime impossível por obra do agente provocador”.

Em razão do entendimento hoje aparentemente prevalente no campo penal quanto ao chamado “flagrante provocado”, talvez seja necessária uma evolução jurisprudencial e doutrinária para se admitir a utilização de testes de integridade para fins de sancionamento *penal* da própria conduta praticada pelo agente público na simulação. Todavia, com relação a seu emprego para fins de sancionamento *administrativo* – como instrumento para avaliação do preenchimento dos requisitos subjetivos para exercer a função pública (idoneidade moral e respeito aos princípios da administração pública – e para investigações cíveis e investigações criminais sobre fatos distintos – ou seja, como meio para a obtenção de elementos informativos sobre ilícitos já praticados ou em execução –, o teste de integridade não deveria inspirar objeções.

Para a compreensão da polêmica, é antes importante entender, de acordo com a concepção do projeto de lei, o que é o teste de integridade, quando e como poderá utilizado e a que objetivos se presta.

### 1- O que é o teste de integridade

Os testes de integridade consistem “*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. 3º da proposta<sup>3</sup>). Cuida-se, como se vê, da criação de uma **oportunidade disfarçada** para a prática de um ilícito. A encenação não visa a **criar** no funcionário público a predisposição para a prática de um ilícito administrativo ou crime. Não visa a incutir no funcionário público a ideia da prática do ato de corrupção, muito menos forçá-lo a tanto. Visa, isto sim, a aferir se realmente existe de sua parte a predisposição ao ato ilícito e, concomitantemente, se essa predisposição, **efetivamente testada** mediante a encenação de uma situação concreta, levará este

---

<sup>1</sup>Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; professor da Escola Superior do Ministério Público da União; procurador Regional da República, lotado na Procuradoria Regional da República da 1ª Região (Brasília); representante da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) no Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura no Brasil (CNPCT) e na Comissão Direitos Humanos e Segurança Pública do CNDH; integrante do Grupo de Trabalho do gabinete do Procurador-Geral da República para o caso Lava Jato perante o STF.

<sup>2</sup>TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. POPE, Jeremy. *TI Source Book 2000 – Confronting corruption: the elements of a national integrity system*. Disponível em:

<<http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>>, acesso em 02.02.2016.

<sup>3</sup> Disponível em <[http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)>, acesso em 27.01.2016.

funcionário a praticar a conduta ímproba.

De acordo com o Manual Técnico para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>4</sup> - convenção da qual o Brasil é signatário<sup>5</sup>:

Integrity testing is a method that enhances both the prevention and prosecution of corruption and has proved to be an extremely effective and efficient deterrent to corruption. Integrity testing is usually utilized in circumstances where intelligence exists providing indications that an individual or a number of individuals, usually public officials, are corrupt.

A scenario is created in which, for example, a public civil servant is placed in a typical everyday situation where he or she has the opportunity to use personal discretion in deciding whether or not to engage in criminal or other inappropriate behaviour. The employee may be offered the opportunity to take a bribe by an undercover officer or be presented with an opportunity to solicit a bribe through, for example, an abuse of public functions.

Como expressamente consta na justificativa do anteprojeto:

O objetivo central do teste de integridade é criar, preventivamente, a percepção de que todo o trabalho do agente público está sujeito a escrutínio e, a qualquer momento, a atividade pode estar sendo objeto de análise, inclusive sob o ponto de vista de honestidade. A realização do teste não parte da premissa da desconfiança sobre os servidores em geral, mas sim da noção de que todo agente público tem um dever de transparência e *accountability*, sendo natural o exame de sua atividade.

Aplicado o teste de integridade, seus resultados poderão ser utilizados para instruir tanto um processo administrativo quanto processos ou investigações criminais (policiais ou do Ministério Público) e cíveis (inquéritos civis).

## 2 - Quando e como poderá ser aplicado o teste de integridade

Segundo o anteprojeto, “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 disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais” (art. 2º da proposta<sup>6</sup>). Nesse artigo já fica claro que um dos principais focos de aplicação do teste de integridade é a conduta de policiais, que, pela particular gravidade da atividade que desempenham e pelo potencial de afetação a direitos fundamentais – como os de cidadãos sujeitos a abordagens policiais – precisa de fiscalização constante e rigorosa. Mas não somente policiais podem ser fiscalizados pelo instrumento: qualquer agente público pode ser submetido aos testes, que “serão realizados preferencialmente pela Corregedoria, Controladoria, Ouvidoria ou órgão congênere de fiscalização e controle” (art. 4º).

O teste de integridade também pode ser realizado “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. 9º). Assim, quando o objetivo é a verificação da prática de um ato de improbidade administrativa (pelo Ministério Público, titular da ação civil por ato de improbidade administrativa) ou de um crime (pelo Ministério Público ou pela polícia, atores responsáveis pela investigação criminal), a medida depende de prévia autorização judicial. Considerando a especificidade da hipótese, é necessária a prévia existência de uma investigação criminal (procedimento investigatório criminal do Ministério Público ou Inquérito Policial) ou cível, por ato de improbidade administrativa (inquérito civil).

---

<sup>4</sup>Nações Unidas. *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption*. Nova Iorque: 2009, p. 186. Disponível em <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical\\_Guide\\_UNCAC.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf)>, acesso em 27.01.2016.

<sup>5</sup>Decreto n.º 5.867/2006.

<sup>6</sup>As demais menções a artigos correspondem aos dispositivos do anteprojeto de lei, disponível em <[http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)>.



Ainda de acordo com o art. 2º, os testes podem ser aleatórios ou dirigidos, ou seja, podem ser aplicados “ao agente sobre o qual se tem suspeita ou notícia da prática de ato de improbidade”<sup>7</sup> ou, no caso dos testes aleatórios, em relação a *qualquer* agente, como verdadeira política permanente de fiscalização e controle, independentemente de notícia específica contra determinada pessoa. Quando se tratar de um teste de integridade dirigido, a suspeita deve ser fundamentada: não pode ser fruto de simples construção mental daquele responsável por aplicar o teste.

Em qualquer caso, seja para a posterior instrução de processos administrativos, cíveis ou criminais, “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. 6º).

A simulação não pode criar para o agente público sujeito ao teste uma oportunidade de vantagem exagerada, desproporcional. Dito de outra forma, o agente que for realizar a simulação não pode oferecer uma vantagem muito alta em troca de um benefício muito pequeno – por exemplo, dar ou prometer milhares de reais a um agente de trânsito para que ele deixe de aplicar uma pequena multa por estacionamento irregular. Essa proporcionalidade, logicamente, deve ser ponderada de acordo não somente com a remuneração do agente público mas também com os benefícios diretos e indiretos buscados pelo corruptor e os interesses potencialmente em jogo na simulação. Uma pessoa que se preocupa com sua imagem pública, por exemplo, poderia pagar uma propina vultosa para não ser flagrada dirigindo alcoolizada. Tudo dependerá das peculiaridades concretas do teste. Além disso, o sentido do teste de integridade é reproduzir uma situação real, costumeira, e não uma situação extrema. O desrespeito a essa proporcionalidade pode caracterizar um desmedido incentivo, uma verdadeira indução à prática do crime e se assemelharia àquilo que outros ordenamentos chamam de *entrapment*<sup>8</sup>, desaconselhado pelas Nações Unidas<sup>9</sup>.

Embora a modicidade de uma oferta num teste de integridade não conste expressamente do anteprojeto (há em relação a isso apenas uma breve menção na justificativa), tal necessidade pode ser extraída do princípio da proporcionalidade. O desrespeito à proporcionalidade poderá levar à invalidação da medida pela via judicial. Considerando que o anteprojeto de lei é omissivo quanto a esse aspecto, mesmo que, a rigor, seja algo dependente da apreciação de cada caso concreto, há aí certo espaço para aprimoramento do texto, talvez pela inclusão de um parágrafo no artigo 3º, no qual se faça referência à necessária modicidade da proposta, quando for desse tipo o teste empregado.

Ademais, os testes de integridade não podem ser aplicados de modo indiscriminado, devendo estar embasados em uma investigação em curso ou ao menos em informações de inteligência que indiquem a possibilidade da prática de atos de corrupção em certo grupo de funcionários públicos. Até pelos custos materiais e humanos envolvidos, não há sentido em se aplicar testes de integridade *em toda e qualquer repartição pública* de nossa gigantesca administração. Mesmo nos chamados testes aleatórios, nos quais não são previamente individualizados os servidores a serem submetidos aos testes, há que se aplicá-los em órgãos ou atividades em relação as quais se possa previamente perceber uma potencial vulnerabilidade.

O teste deve ser devidamente registrado e documentado pela autoridade responsável pela

---

<sup>7</sup>ZANELATO, Vilvana Damiani. *Teste de integridade: 1ª medida contra a corrupção*. Disponível em <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/teste-de-integridade-1a-medida-contr-a-corrupcao/>>, acesso em 27.01.2016.

<sup>8</sup>“Law enforcement officials go too far when they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute.” U.S. Supreme Court, *Jacobson v. United States* (No. 90-1124), decisão de 06.04.1992. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/503/540>>, acesso em 27.01.2016.

<sup>9</sup>“(…) consideration should be given to existing restrictions intended to prevent “entrapment”, whereby undercover agents are permitted to create opportunities for a suspect to commit an offence, but are not allowed to offer any actual encouragement to do so.” Nações Unidas. *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption*. Nova Iorque: 2009, p. 186. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical\\_Guide\\_UNCAC.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf)>, acesso em 27.01.2016.

execução da medida – por gravação audiovisual ou por qualquer outro método (arts. 5º e 10) –, de modo a permitir seu controle, incluindo o eventual questionamento pelo funcionário sujeito a essa fiscalização. A impugnação, pelo funcionário que for “alvo” do teste de integridade, pode se dar em sede administrativa – no bojo do processo administrativo em que está sendo realizada a medida – ou judicial, em ação própria ou dentro do processo em que tiver sido judicialmente autorizada, se for esse o caso. Ao referir-se ao registro “por qualquer outro método”, a proposta abre a possibilidade de utilização de quaisquer recursos tecnológicos atuais – como e-mails e *logs* de diálogos travados em programas de mensagens instantâneas –, ou mesmo recursos ainda hoje não existentes. O que importa é que sejam fiéis aos fatos e que sejam devidamente preservados, como meio para a adequada verificação de sua legalidade.

### **3 – Para que serve o teste de integridade**

Extrai-se dos termos da proposta, especialmente dos arts. 2ª e 9º, que o teste de integridade pode ser utilizado para três propósitos distintos: (a) como instrumento de aferição de um ilícito civil e administrativo – correspondente à inobservância, pelo funcionário público, dos princípios regentes da administração pública, especialmente os princípios da moralidade e da legalidade; (b) como instrumento de investigação de crimes ou atos de improbidade já praticados ou em execução; (c) como instrumento para a constatação de um crime a ser punido de modo *independente de outros crimes sob investigação, anteriores ou em andamento*. Nessas três hipóteses, os resultados do teste de integridade podem ser utilizados respectivamente para: (a) o sancionamento administrativo e cível, por ato de improbidade administrativa; (b) para instruir investigações sobre outros fatos; e (c) para o sancionamento criminal da própria conduta constatada no teste.

Por coerência, apenas uma destas situações poderia ser o campo de debates à luz da dogmática penal: o teste de integridade como instrumento para a constatação de um crime *independente de outros crimes sob investigação* – ou seja, o teste utilizado para o sancionamento criminal da própria conduta do funcionário público constatada na simulação. Aqui, de fato, há larga margem para debate, considerando o atual panorama jurisprudencial e doutrinário. No tópico seguinte serão tratadas cada uma dessas hipóteses.

As provas produzidas num teste de integridade regularmente aplicado pela administração podem ser posteriormente utilizadas para instruir processos cíveis, por improbidade administrativa ou criminais. Da mesma sorte, as provas produzidas em teste de integridade realizado mediante autorização judicial podem ser compartilhadas em outras esferas. A possibilidade de compartilhamento de provas entre as esferas administrativa e a esfera judicial, bem como entre as esferas cível e criminal, é assentada em nossa jurisprudência.

#### **3.1. Instrumento de aferição da inobservância dos princípios da administração pública (sancionamento administrativo e civil)**

O concurso público é o instrumento pelo qual são avaliados o conhecimento técnico dos candidatos a um cargo público e o preenchimento de outros requisitos legais, como aptidão física e mental. Para o serviço público da União, autarquias e fundações públicas federais, esses requisitos gerais estão no art. 5º da lei 8.112/90<sup>10</sup>. Por melhores que sejam as provas aplicadas e por mais que os concursos públicos venham evoluindo, cobrando dos candidatos o conhecimento quando às suas obrigações e sobre ética no serviço público, pouco podem fazer para evitar que pessoas mal intencionadas ingressem no serviço público, dispostas a cometer crimes e atos de improbidade, atraídas pelo ganho rápido e fácil da corrupção. O candidato e o servidor público já empossado podem ser altamente qualificados, podem ser exímios conhecedores de seus deveres, e mesmo assim praticar ilícitos. O mesmo se pode dizer da experiência e da aprovação em avaliações de desempenho, às quais alguns servidores públicos ocasionalmente são submetidos. Para a posse em cargos em comissão, para os quais não há sequer aplicação de provas – muito menos de ética no serviço público –, a seleção é ainda mais permeável a pessoas desonestas.

---

<sup>10</sup>Lei 8.112/90, art. 5º: São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; II - o gozo dos direitos políticos; III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V - a idade mínima de dezoito anos; VI - aptidão física e mental. § 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

Um caso emblemático: investigado no complexo de investigações e processos denominado “operação Lava Jato”, um graduado e experiente funcionário da Petrobras S.A. chegou a figurar na capa do Código de Ética da empresa<sup>11</sup>. Enredado por diversas provas, o (ex) funcionário fechou com um Ministério Público Federal um acordo de colaboração premiada, pelo qual confessou sua participação nos crimes investigados e relatou fatos novos, além de devolver cerca de 100 milhões de dólares recebidos reconhecidamente como propina. O exemplo mostra claramente que qualificação técnica e experiência não têm nada a ver com probidade.

De acordo com ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (lei n. 8.429/92), “*constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”.

No serviço público federal, os deveres do funcionário estão previstos no art. 116 da lei n. 8.112/90. Dentre tais deveres destacam-se os de “*ser leal às instituições a que servir*” (inciso II) e “*manter conduta compatível com a moralidade administrativa*” (inciso IX).

O funcionário público que é flagrado num teste de integridade, por exemplo, solicitando ou aceitando propina em razão da sua função estará desrespeitando seu dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa e violando seus deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Por essa conduta, poderá ser punido administrativamente com a perda do cargo, seja pela não confirmação em seu estágio probatório, seja pela condenação em regular processo administrativo, caso se trate de servidor estável. Pela mesma conduta, tenha sido o teste aplicado mediante autorização judicial ou pela própria administração, poderá ser processado por ato de improbidade administrativa, o que também o sujeita à perda da função pública, dentre outras possíveis sanções (art. 12, III, da lei n. 8.429/92).

Quanto à punição administrativa e cível decorrente da aplicação do teste de integridade, não há maiores restrições para sua admissão, considerando a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse ponto, estudo realizado pelo Senado a respeito da medida é bastante incisivo<sup>12</sup>:

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 investigado não se exime por ter sido induzido por outrem. 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

---

<sup>11</sup>“Envolvido em esquema de corrupção já foi capa do código de ética da Petrobras”. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/extra-extra/envolvido-em-esquema-de-corrupcao-ja-foi-capa-do-codigo-de-etica-da-petrobras-15573111.html>>; acesso em 27.01.2016.

<sup>12</sup>OLIVEIRA, J. M. F. *et al. Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2015 (Texto para Discussão nº 179), p. 19-020. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td179>>; acesso em 29.01.2016.

se pode dizer, contudo, da aplicação às searas administrativa e civil, em que a tendência seria a admissão.

Sendo assim, como instrumento para aferir a inobservância dos princípios da administração pública e ensejar o sancionamento administrativo e civil do funcionário público faltoso, o teste de integridade é claramente compatível com nosso ordenamento jurídico.

### **3.2 Instrumento de investigação de crimes ou atos de improbidade já praticados ou em execução (apuração de fatos distintos)**

O teste de integridade pode se prestar a meio de colheita de elementos de convicção a respeito de crimes ou atos de improbidade já praticados ou em execução. Existindo uma investigação em curso, administrativa, policial ou do Ministério Público, que tenha por objeto crimes já perpetrados ou em andamento, teste de integridade pode ser útil para reunir várias informações relevantes, como a identificação de servidores e terceiros envolvidos e seu *modus operandi*.

A utilidade do teste de integridade, nessa hipótese, será a de instruir investigações sobre outros ilícitos que não *a própria conduta constatada no teste de integridade*.

Um exemplo: a corregedoria de um órgão policial com atribuição de polícia rodoviária investiga o pagamento de propina por caminhoneiros a equipes policiais suas. A investigação fora iniciada com base no depoimento de um caminhoneiro, preso por policiais civis no momento em que fazia a entrega de certa quantidade de mercadoria contrabandeada a um receptor, que estava sendo interceptado com autorização judicial. O caminhoneiro, entretanto, não consegue apontar com exatidão o local nem a equipe policial a que havia pago propina. Coincidentemente, no curso dessa investigação, a corregedoria desse órgão recebe uma *notitia* anônima dando conta de que uma de suas equipes policiais, responsável pela fiscalização de determinado trecho de uma estrada, está cobrando propina para a liberação de caminhões transportando carga ilegal. O relato anônimo informa o valor que costuma ser cobrado e apresenta uma descrição preliminar dos policiais envolvidos. Com base no depoimento do caminhoneiro e nas informações da *notitia*, a corregedoria resolve realizar um teste de integridade. Para isso, um funcionário simula ser um motorista de caminhão fazendo o transporte de carga e passa pelo trecho da rodovia, quando é abordado e achacado pelos policiais, de forma semelhante ao relato do motorista que motivou a instauração das investigações. O teste, regularmente documentado, é usado para fundamentar a realização de uma diligência de reconhecimento pessoal, na qual o motorista do caminhão acaba por identificar os policiais a quem havia pago propina. Os elementos de convicção, nesse exemplo, podem ser usados para instruir as investigações ou processo criminal decorrente da prisão do caminhoneiro pelos policiais civis.

Outro exemplo: no curso de um inquérito civil, que tem por objeto apurar supostas fraudes em licitações em determinado ente público municipal, o Ministério Público tem diante de si diversos nomes de funcionários que assinaram os atos da licitação que se revelaram altamente prejudiciais ao patrimônio público. Estes funcionários se calaram sobre os fatos quando formalmente ouvidas, mas aparentavam estar bastante temerosos. Suspeita-se que o chefe da repartição, embora não assine nenhum ato do procedimento licitatório, seja o mentor das fraudes, considerando que, além de ter o poder de provocar demissão dos demais, é o único funcionário do setor com qualificação para realizar fraudes com a sofisticação identificada – os demais funcionários têm baixa instrução escolar e não aparentam ter auferido vantagem pecuniária. O Ministério Público resolve, então solicitar a realização de um teste de integridade, o que é deferido pelo juiz competente. A simulação é realizada: um agente público, passando-se por um empresário fornecedor de mercadorias usualmente adquiridas, procura o chefe do setor e simula o interesse em participar de licitações daquele órgão. No curso da reunião, gravada em vídeo com uma câmera escondida, o chefe do setor propõe fraudar as licitações em benefício da empresa, cobrando um determinado valor de propina. Nos diálogos, o chefe suspeito informa a conta na qual deve ser depositado o valor correspondente à vantagem indevida. As informações obtidas nesse teste de integridade são utilizadas para uma “quebra” de sigilo bancário, que resulta na identificação de um laranja e de muitos depósitos anteriores na conta informada pelo chefe do setor, inclusive depósitos feitos por pessoas relacionadas exatamente às empresas vencedoras de licitações anteriores que se suspeitava haviam sido fraudadas.

Nos exemplos citados, o teste de integridade guarda alguma semelhança com o instrumento da infiltração de agentes, ou infiltração policial, técnica especial de investigação prevista na Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/13, arts. 10 a 14). A infiltração policial havia sido introduzida no ordenamento brasileiro com a alteração feita pela Lei n.º 10.217/01 na Lei do Crime Organizado (art. 2º, II e V da lei n.º 9.034/95) e já era prevista também no art. 53, incisos I e II, da lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas).

ARAS explica assim a infiltração de agentes<sup>13</sup>:

Na infiltração policial, a Polícia toma parte dos eventos criminosos, mediante dissimulação. O policial destacado para a missão faz um papel, assume uma personagem, faz-se passar por quem não é para obter provas de um crime. Obviamente, o sigilo é essencial, e o risco desse tipo de diligência é acentuado, pois o policial estará inserido no contexto criminoso; é um ator.

LIMA identifica as seguintes características do agente infiltrado: a) agente policial; (b) atuação de forma disfarçada, ocultando a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção, de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípua de identificar fontes de provas de crimes graves<sup>14</sup>.

Em ambos instrumentos o que se tem é uma simulação. Na comparação entre o anteprojeto do teste de integridade e a Lei de Organizações Criminosas notam-se algumas diferenças, especialmente quanto aos requisitos para uma e outra medida. Entretanto, no que diz respeito a sua execução, a diferença essencial, a nosso ver, é que, diversamente do teste de integridade, na infiltração de agentes a simulação é prolongada: ainda que seja limitada no tempo, o que permite o sucesso da diligência é a relativa estabilidade do vínculo criado pelo policial disfarçado (*undercover agent*) e a organização criminosa investigada. No teste de integridade, a seu turno, tem-se uma simulação pontual, episódica, mesmo que seja desdobrada em mais de um ato e em mais de uma ocasião. Não há, no teste de integridade, a característica de permanência própria da técnica especial de infiltração de agentes.

Dir-se-á também que, na infiltração de agentes, o policial deve agir como um observador ou, no máximo, um partícipe de crimes de iniciativa alheia, jamais como um “agente provocador”, a instigar a prática da conduta ilícita. A linha é tênue num e noutro caso. Em resposta, pode-se dizer que o funcionário que aplicar o teste de integridade, assim como o agente infiltrado, não pode “fazer nascer” a ideia de praticar o crime. Sua função, assim como a do agente infiltrado, não é a de incutir no sujeito a vontade de praticar o ilícito; não é a de convencê-lo a uma conduta que não teria a intenção de praticar não fosse a insistência de quem aplica o teste.

A comparação com a técnica da infiltração policial revela que o teste de integridade não é uma novidade absolutamente estranha no ordenamento brasileiro. Tampouco deve inspirar maior resistência jurisprudencial ou acadêmica quando utilizada para investigar fatos pretéritos ou em execução.

### **3.3 Instrumento para a constatação de um crime e sua punição *independentemente de outros crimes***

A polêmica maior em relação à aceitação do teste de integridade no Brasil reside na possibilidade de sua utilização para punir criminalmente a própria conduta ilícita cometida no teste. É saber: comete crime o funcionário público que, num teste de integridade, é flagrado praticando ato de corrupção (em sentido amplo)? Ou isso será isso um “crime impossível”?

A doutrina brasileira assim conceitua o *flagrante provocado*, também sinônimo de *flagrante preparado* ou *crime impossível por obra do agente provocador*:

Trata-se do chamado flagrante provocado, erigido a crime impossível e, assim, não se poderá

---

<sup>13</sup>ARAS, Vladimir. *O repórter infiltrado*. Disponível em:

<<https://blogdovladimir.wordpress.com/2012/03/30/o-reporter-infiltrado/>>, acesso em 02.02.2016.

<sup>14</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Manuela de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2 ed, 2014, 763-764.

falar em flagrante. Para que haja o chamado flagrante provocado, a atuação do agente da autoridade deve ser tal que acabe transformando o ato delituoso em verdadeira peça teatral, sendo manipulada a vontade do agente, que passa a ser um mero 'ator' do fato criado, de molde que, sem a intervenção policial não se daria a prática delituosa.<sup>15</sup>

Não há que se confundir *flagrante provocado* com o *flagrante forjado*, pelo qual alguém, policial ou não, “planta” uma prova, forjando um quadro de aparente flagrância de modo a incriminar outrem. Um exemplo é o do policial que deposita uma trouxinha de droga no bolso de alguém, sem que este perceba, e em seguida o prende em flagrante pelo crime de porte ou tráfico de substância entorpecente. Na verdade, tem-se aí crime – de denúncia caluniosa, no mínimo<sup>16</sup> (art. 339 do CP) –, praticado por quem forjou a situação de flagrância, não por quem foi vítima da encenação.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o *crime impossível por obra do agente provocador* é sintetizado na súmula n. 145 do STF: “*Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*”

PACELLI, em lição luminar, revela o equívoco de tal entendimento<sup>17</sup>:

A rejeição ao flagrante dito preparado ocorre geralmente por dupla fundamentação, a saber: a primeira, porque haveria, na hipótese, a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática de ação criminosa e, assim, do próprio flagrante; a segunda, porque dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível.

[...]

De nossa parte, não vemos como acompanhar qualquer um dos dois argumentos.

O segundo deles, o da vontade viciada pela provocação à prática do delito, parece-nos, de longe, o mais inconsistente.

[...] na participação por determinação, (art. 31 do CP), a ideia do crime nem sequer existia na mente do autor, mas, por obra e graça da ação provocadora do partícipe, a vontade é gerada e o crime, praticado. Solução: punição do autor e do partícipe.

[...] não vemos como afastar a responsabilidade penal do autor que age por provocação de terceiro, pelo menos sob o argumento da influência no ânimo e contaminação da vontade do agente. Como vimos, na participação por determinação há, inegavelmente, a mencionada intervenção (influência no ânimo) e a presença de suas consequências (vício ou contaminação da vontade), revelando-se, porém, insuficientes para afastar a responsabilidade penal do autor. Voltemos os olhos agora para o argumento da impossibilidade de consumação do crime.

Observa-se, primeiro, que não é inteiramente correto falar-se em crime impossível, porquanto, pelo menos em tese, será sempre possível a fuga. [...]

Mas a crítica mais contundente que se pode fazer em relação ao apontado argumento nem é essa.

[...]

No flagrante esperado, não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência. [...] Nesse caso, a ação policial será de *espera*, não de *provocação*, donde a diferença de ser esse um flagrante válido, ao contrário daquel'outro.

Note-se, porém que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou seu exaurimento), tudo dependendo do caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia de eficiente atuação policial. Em ambos os casos,

---

<sup>15</sup>LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5 ed. 2010, p. 616.

<sup>16</sup>Código Penal, art. 339: Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. Além disso, esse exemplo de flagrante forjado pode caracterizar o crime de abuso de autoridade (arts. 3º e 4º da Lei n.º 4.898/65). O auto de prisão em flagrante lavrado nessas circunstâncias também será ideologicamente falso (art. 299 do CP).

<sup>17</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas. 18 ed., 2014, p. 535-538.

como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)?

Mas que fique repetidamente registrado: jurisprudência e doutrina permanecem alheias a essas questões, reproduzindo o antigo entendimento.

A inconsistência da tese, em face de nossa realidade e do uso cada vez mais frequente de recursos materiais de alta tecnologia, vem sendo posta a descoberto em inúmeras reportagens televisivas [...].

Assim, de duas uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respetiva fundamentação.

Tomando como base a lição de PACELLI, aquele que, num teste de integridade, “provoca” o funcionário público, não seria punido por incidir, para ele, a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CP). Para o funcionário flagrado no teste, não se enquadrando a situação em nenhuma hipótese legal de *impossibilidade absoluta de consumação* nem em nenhuma outra excludente de punibilidade, ser-lhe-á aplicável a sanção pelo crime consumado ou tentado, conforme o caso.

Outros países não comungam do mesmo entendimento sufragado na súmula 145 do STF.

ARAS<sup>18</sup>, assentado em lição de PÉREZ<sup>19</sup>, tratando da técnica de infiltração de agentes e, especificamente, da figura do *entrapment*, discorre:

[...] o Tribunal Supremo espanhol abandonou entendimento semelhante ao adotado pelo STF. Atualmente a Corte espanhola entende que o delito provocado só ocorre quando a Polícia faz surgir na mente do suspeito a intenção de cometer o crime, que de outra forma não seria cometido. Na verdade, não há *entrapment* quando o suspeito está predisposto à prática do crime e a autoridade policial simplesmente cria a oportunidade para sua consumação, sem o provocar, incitar ou instigar.

Para legitimar uma operação desse tipo, a cogitação de cometer o ilícito e a iniciativa de fazê-lo devem partir do suspeito, ao passo que a intervenção da Polícia deve ser passiva. Atendidos esses critérios subjetivos e objetivos, não há flagrante preparado nem *entrapment*. O TEDH admite que na infiltração o agente não desempenhe um papel exclusivamente passivo (Caso Lüdi), mas não tolera a provocação (caso Teixeira de Castro). Há provocação quando a conduta do infiltrado ou do agente encoberto é decisiva para a consumação do crime. Não há provocação quando o dolo (*cogitatio*) é latente e antecede o induzimento policial, não havendo ardil ou persuasão dos investigadores para viciar a vontade do suspeito ou fazer surgir a intenção criminosa.

Na provocação, o agente faz surgir a ideação ou deliberação e leva o suspeito a percorrer todo o *iter criminis* até a execução. A atuação do agente provocador é a verdadeira causa do crime, pois no sujeito provocado não existia qualquer vontade primária de praticar o ilícito.[...]

Fato é que, no Brasil, doutrina e jurisprudência atuais ao menos aparentemente preponderantes não admitem a participação do agente público numa simulação para caracterizar um crime. O acusado, nessas circunstâncias, deveria ser absolvido.

O anteprojeto, entretanto, caso se transforme em lei, pode alterar esse quadro. E essa alteração, a nosso ver, nada teria de inconstitucional.

Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que a Súmula n. 145 do STF foi aprovada em 1963 e os precedentes referidos como *leading cases* para sua edição remontam aos anos de 1940 (RHC 27.566), 1951 (RHC 12.531), 1961 (HC 38.758) e 1963 (HC 40.289). A realidade constitucional e social, portanto, era completamente distinta. O panorama da dogmática penal era também completamente diferente: macrocriminalidade e crimes do colarinho branco não eram o foco da

---

<sup>18</sup>ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação*. In *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, 2. ed., p. 543.

<sup>19</sup>PÉREZ, Tereza Molina. *Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado e figuras afines*.

Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2916235.pdf>>; acesso em 12.02.2016.

doutrina nem dos tribunais, que ainda se ocupavam da criminalidade “tradicional”.

Para que seja utilizado como instrumento para a constatação de um novo crime – ou, noutras palavras, um crime que pode ser objeto de sancionamento penal *independente de crimes anteriores* –, devem existir fundadas suspeitas da prática de crimes pretéritos, crimes que são precisamente o motivo da instauração da investigação. Somente essa fundada suspeita, que deve ser concretamente demonstrada pelo Ministério Público, pode levar o poder judiciário a autorizar a realização de um teste de integridade. Naturalmente, a fundada suspeita ocorrerá no curso de uma investigação de crimes já praticados: não se inicia nenhuma investigação sem que haja a suspeita de prática de um crime. A questão, aqui, está apenas em se considerar a conduta praticada pelo agente público flagrada num teste de integridade como um *ilícito autônomo e passível de sancionamento penal*, independente dos crimes anteriores por ele praticados, e não somente (as provas colhidas nessa simulação) como meios para provar crimes pretéritos.

Há desvalor na conduta do agente flagrado num teste de integridade? É possível o sancionamento penal dessa conduta?

Note-se que, de acordo com o Código Penal, só existem duas hipóteses de crime impossível: “*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*” (art. 17 do CP). A palavra absoluta, usada para qualificar tanto a *impropriedade do objeto* quanto a *consumação do crime*, não é vã. Para que a tentativa não seja punida a consumação do crime deve ser *absolutamente impossível*. Não basta que seja relativamente impossível. Num quadro no qual alguém oferece propina a um funcionário público para fraudar uma licitação e dividir o butim, é absolutamente impossível que o resultado se consuma? É absolutamente impossível que o agente que ofereceu propina mude de ideia e dê seguimento à “simulação”, concorrendo para a prática de um crime. Pode-se afirmar: um funcionário aplicando um teste de integridade em outro “jamais faria isso!”, “jamais daria continuidade ao crime!” Incorreto: pode ser até altamente improvável; *absolutamente impossível*, não. Fato é que, no sentido do art. 17 do Código Penal, houve uma *tentativa*, e não era *absolutamente impossível* que essa tentativa se consumasse.

Imagine-se a situação em que o agente público, acreditando estar diante do representante de uma empresa de construção civil (na verdade, um policial disfarçado), solicita dinheiro para fraudar uma licitação em benefício dessa empresa. A negociação quanto ao valor a ser pago e os atos a serem praticados ocorrem numa reunião presencial, gravada, e a solicitação de propina é feita verbalmente pelo funcionário público. Voltemos ao Código Penal e indaguemos: a solicitação verbal de dinheiro feita pelo funcionário em razão de sua função é *meio absolutamente ineficaz* para que se caracterize o crime de corrupção passiva? O processo licitatório a ser fraudado é *objeto absolutamente impróprio*? O art. 17 do CP determina que a tentativa não seja punida apenas quando houver ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto – a palavra absoluta, repetida, não é sem razão. É a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto que tornam impossível a consumação do crime.

Sobre flagrante preparado e impossibilidade absoluta de consumação, PACELLI e FISCHER acentuam<sup>20</sup>:

Pensamos que, exclusivamente sob tal fundamentação (intervenção do agente), não se pode invalidar o flagrante. E, menos ainda, sob o argumento da impossibilidade de consumação, já que, por definição, o crime impossível exige a impossibilidade *absoluta* do meio. Pode-se até aceitar a invalidade; no entanto, ela deverá se estender também ao flagrante esperado, quando igualmente impossível a respectiva consumação.

Em resumo: ou bem se invalida ambos ou se aceita a respectiva validade, sem prejuízo de eventual excludente de culpabilidade do agente (do crime) e de atipicidade do provocador, por ausência de dolo (quanto ao resultado da ação).

Perceba-se que o teste de integridade, no que toca ao aspecto da suposta *impossibilidade de consumação*, também será muito semelhante a um flagrante esperado. No flagrante esperado, a

---

<sup>20</sup> FISCHER, Douglas, e PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 7. ed., 2015, p. 634.



polícia ou terceiro, informado da possível e futura prática de um crime, cerca-se de cuidados para impedir sua consumação. Um exemplo de flagrante esperado é o de uma informação recebida pelo serviço de disque-denúncia, dando conta de que quatro indivíduos planejam cometer um roubo numa determinada agência bancária na manhã seguinte. A polícia, então, aloca quarenta homens fortemente armados nas cercanias da agência. Quando os quatro indivíduos saem da agência carregando malotes de dinheiro que acabam de subtrair, são surpreendidos e presos em flagrante pelos quarenta policiais. A doutrina é assente: nesse caso, não se trata de crime impossível; há, no mínimo, tentativa. A explicação corriqueira é a de que não houve, por parte dos policiais, uma provocação; os policiais limitaram-se a aguardar a ação dos criminosos. Não se costuma adentrar o mérito da *ineficácia do meio* nem da *impropriedade do objeto*, a que se refere o art. 17 do CP. E, afinal, realmente não há, no exemplo do flagrante esperado, *ineficácia do meio* nem *impropriedade do objeto* – da mesma forma que não há *ineficácia do meio* nem *impropriedade do objeto* no crime cometido quando da aplicação de um teste de integridade.

A lei penal não exige, para todos os crimes, um resultado naturalístico para que se caracterize a ilicitude nem para que esta seja sancionada. Não é necessário adentrar a polêmica dos crimes formais e crimes de mera conduta. Está-se tratando aqui da tentativa: na tentativa, pode não haver nenhum resultado – senão o desvalor da conduta e o risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. No teste de integridade, é, no mínimo, o desvalor da conduta que fundamentará a sanção criminal, por um crime tentado – eis que, em alguns casos, iniciada a execução, o crime somente não se terá consumado “*por circunstâncias alheias à vontade do agente*” (art. 14, II, do CP). Não se pune o agente por sua *intenção* de cometer o crime, mas pela prática concreta de uma conduta descrita abstratamente como crime, uma ação dolosa que apenas não alcançou o resultado desejado por circunstâncias alheias a sua vontade.

Tendo em conta a possibilidade de punição pelo menos por crime tentado, considerando que não se cuidará, a rigor, de um crime *impossível*, resta enfraquecido argumento da violação ao *princípio da lesividade* – princípio implícito, garantista, correspondente a um direito fundamental e corretamente extraído de nossa Constituição e de nossa legislação penal.

Todavia, é importante notar que, caso o teste de integridade flagre uma conduta que se amolda ao tipo da corrupção passiva (art. 317 do CP) nas modalidades *solicitar ou aceitar* promessa de vantagem indevida, estar-se-á diante de um crime formal. Para que o crime se consuma, bastará, nesses casos, a solicitação ou a aceitação, pelo funcionário público, da promessa de vantagem indevida (em razão de sua função). Praticar ou deixar de praticar o ato de ofício são elementares somente para o tipo da corrupção passiva qualificada (art. 317, §1º). A punição, na corrupção passiva simples, assim como em outros crimes formais, não será pela tentativa, mas pelo crime consumado. O mesmo se diga da concussão (art. 316 CP): o funcionário flagrado num teste de integridade a *exigir* vantagem indevida em razão de sua função poderá ser punido pelo crime consumado. Essas situações inclusive devem ser as mais comuns no teste de integridade, tendo em conta que seu propósito é precisamente o de prevenir a prática de corrupção em sentido amplo.

O anteprojeto de lei tem como propósito inovar no ordenamento jurídico brasileiro. A alteração legislativa terá o condão de modificar a realidade normativa, como tradução de uma verdadeira política criminal do Estado, provocada por iniciativa popular (como é o caso do pacote de dez medidas contra a corrupção). Se essa política criminal é correta ou não, se ela deve ser implementada ou não, caberá ao legislador decidir. Mas caso implementada, não será inconstitucional. Toda a doutrina acerca da definição do crime impossível gira em torno da legislação penal infraconstitucional. Não há nenhum dispositivo constitucional, nem qualquer princípio expresso ou implícito, com o qual o teste de integridade seja incompatível.

Noutras palavras: o instituto não é inconstitucional. Eventualmente, a sua realização é que pode ofender algum princípio ou norma legal ou constitucional. Assim como o instituto da prisão cautelar não é inconstitucional, uma prisão cautelar concretamente analisada pode envolver a violação de algum princípio ou norma legal ou constitucional – por ausência de fundamentação, por alongar-se em demasia, por ser decretada por autoridade incompetente etc.

ZANELATO, destacando que a medida estará alicerçada em lei, chega a conclusão

semelhante<sup>21</sup>:

Não obstante a atual jurisprudência entenda pela invalidade do flagrante preparado, há que se atentar que o conceito de situação de flagrância encontra-se definido apenas no Código de Processo Penal (art. 302) e, existindo, lei (se aprovada nesses termos) que permita referido proceder em casos específicos, não haveria porque se contestar a validade do ato.

(...)

Não se está aqui chancelando a prática desmedida do flagrante preparado. Não! A prática desautorizada, em qualquer seara, não merece validade e quem o realiza deve sofrer as represálias legais e adequadas.

No entanto, nada impede – a título do que já ocorre com a interceptação telefônica e outros tipos de investigações – que, havendo norma que permita em determinados casos atividade que aparentemente possa a vir a configurar situação de flagrante considerado pela doutrina e/ou pela jurisprudência como preparado, o ato seja válido para fins de prevenção da perpetração de comportamentos ímprobos e corruptos.

De qualquer modo, no que diz respeito estritamente ao sancionamento penal em razão da conduta constatada no teste de integridade, admita-se a polêmica. Para outros propósitos que não a aplicação de uma sanção criminal em razão do crime praticado num teste de integridade, não há, como visto, os mesmos motivos para rejeitar a proposta.

#### 4 – Algumas críticas e seus equívocos

Uma das críticas mais recorrentes ao teste de integridade é a que de ele criaria, para o agente público, um permanente “estado de tensão”. Disso se extrairia uma pretensa violação à “dignidade da pessoa humana”, tornando inconstitucional a proposta.

A crítica não procede.

A situação de um funcionário público no exercício de sua função é muito diversa da situação de um particular que exerce atividades privadas. A fiscalização da conduta de um funcionário público, qualquer que seja ele, deve ser constante e rotineira, pelo próprio Estado e pelos cidadãos. Ter sua conduta permanentemente fiscalizada é um dos ônus da função pública que optou por assumir ao tomar posse.

A imensa maioria dos funcionários públicos é honesta. Para um funcionário honesto, o ônus de *poder ser submetido a um teste de integridade* não soará pesado. Para um funcionário desonesto, propenso a praticar ilícitos administrativos e criminais, o teste de integridade será nada mais que um risco – um novo risco, que hoje simplesmente não existe para ele. Se a mera possibilidade de que lhe seja aplicado um teste de integridade submete o funcionário desonesto a um “estado permanente de tensão”, que assim o seja! Tanto melhor para a sociedade e para o Estado que um agente público predisposto a praticar um ilícito conviva com o risco de ser fiscalizado num teste de integridade. Não é dever do Estado proteger o interesse de um funcionário corrupto de praticar um ilícito, não é dever do Estado tutelar seu interesse de “não ser pego”. Um interesse particular não tutelado pela ordem jurídica não passa disso, um interesse. Ninguém tem direito à impunidade.

Colhe-se da própria justificativa do anteprojeto, no ponto em que trata dos testes de integridade aleatórios, que estes “refletem o princípio de que a atividade de qualquer agente público está sujeita, a qualquer tempo, a escrutínio”<sup>22</sup>. Se para qualquer funcionário público impõe-se a fiscalização, com muito mais razão se pode afirmá-lo em relação ao funcionário contra quem haja fundada suspeita de prática ímproba ou criminosas.

Também é importante observar a preocupação do anteprojeto com a preservação da imagem

---

<sup>21</sup>ZANELATO, Vilvana Damiani. *Teste de integridade: 1ª medida contra a corrupção*. Disponível em <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/teste-de-integridade-1a-medida-contra-a-corrupcao/>>, acesso em 27.01.2016.

<sup>22</sup> Disponível em <[http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)>, acesso em 27.01.2016.

dos agentes envolvidos, ao proibir a administração pública de “revelar o resultado da execução dos testes de integridade nem fazer menção aos agentes públicos testados” (art. 8º). Talvez o projeto possa ser aprimorado para afirmar expressamente o caráter sigiloso do teste, embora tal sigilosidade possa ser extraída deste art. 8º e dos demais dispositivos, ali implícitos, como da própria natureza da medida.

Outra crítica que vem sendo feita é a de que o teste de integridade estaria partindo de uma “presunção de desonestidade” do funcionário público<sup>23</sup>, ou de um pressuposto de que “todos são suspeitos”. Isso também ofenderia sua dignidade<sup>24</sup>.

A crítica é sem sentido – ou se terá que afirmar o mesmo de todo e qualquer ato da administração pública sujeito a qualquer forma de fiscalização. Fiscalizar não é o mesmo que presumir a desonestidade do agente público. Quando as corregedorias investigam um ato praticado pelo funcionário, não se parte do pressuposto que ele agiu de modo indevido. Quando os Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios escrutinam, um a um, todos os contratos firmados pela administração, ou qualquer ato praticado por autoridades públicas, não estão pressupondo a desonestidade de seus responsáveis.

Num outro exemplo extremo, seria o mesmo que dizer que a Receita Federal, ao receber milhões de declarações de imposto de renda todos os anos, está *pressupondo* a desonestidade dos contribuintes somente pelo fato *analisar a veracidade das informações prestadas*.

Mais uma crítica, muito semelhante às anteriores, é a de que o teste de integridade buscaria verificar “se o servidor público tem ‘intenções’ de cometer crimes, uma espécie de predefinição de caráter”, e que “o cidadão seria colocado como determinado ‘ente de risco’, propenso a delinquir e, portanto, passível de teste”.

É esse a opinião de STRECK<sup>25</sup>:

Flagrante forjado: na pressa, o pacote do MPF ataca a presunção de inocência. (...) Em vez de apresentar provas lícitas que possam comprovar a prática de conduta ilícita de seu agente público, o Estado estará autorizado a simular situações que permitam testar a conduta do agente. Uma proposta, além de inconstitucional, patética.(...)

Teste de integridade: aqui entra o fator Minority Report, filme futurista em que o Estado consegue acabar com os assassinatos usando uma divisão pré-crime. Essa divisão visualiza o crime antes de ocorrer através dos precogs (pré-cognição, por óbvio). Ali, o culpado é punido antes que o crime seja praticado. Pois o pacote do MPF propõe algo parecido. Trata-se de o que chamo de “eugenia cívica”. Pelo pacote, o agente público deve se submeter a testes que apontem se é propenso a cometer crimes. Como assim?

A crítica é ácida e bem humorada, mas simplória. O teste não é considerado uma violação a direitos fundamentais nos diversos países que já o aplicam, nem a ONU assim o considera, nem aqui o seria. Também não tem nada de “ficção científica” – mas não é tão simples quanto a crítica no tom “eugenia cívica” quer fazer parecer.

O equívoco da crítica reside em afirmar que o teste puniria o agente apenas por sua predisposição, por sua “intenção”. Não. A constatação de uma conduta ilícita num teste de integridade pode ser, por si, a demonstração concreta da incompatibilidade daquele agente público para o exercício da função pública, por comprovado desrespeito aos princípios da administração pública. Não se exige, para tanto, a aplicação de uma sanção criminal: a conduta do agente, nessas

---

<sup>23</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?* In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.02-03.

<sup>24</sup> Como se nota, a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana tem sido recorrente nas críticas ao teste de integridade. Foi o cerne, inclusive, da oposição feita pelo Conselho Federal da OAB à proposta e a diversas outras (<<http://jota.uol.com.br/para-oab-duas-de-cada-tres-propostas-anticorrupcao-mp-sao-inconstitucionais>>, acesso em 12.02.2016).

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>, acesso em 07.03.2016.

circunstâncias, poderá ensejar punições no âmbito administrativo e cível (pelo ajuizamento de uma ação civil por ato de improbidade administrativa). O erro, nessa crítica, também está no fato de se apropriar de um entendimento específico do direito penal para evitar sua aplicação para o sancionamento administrativo e para a investigação criminal de crimes diversos. O entendimento baseado súmula 145 do STF, segundo o qual o teste de integridade caracteriza um flagrante forjado, ou um crime impossível por obra do agente provocador, pode ser fundamento suficiente para obstar o uso do teste de integridade para a punição criminal da própria conduta praticada na simulação; para outras esferas (cível e administrativa, e mesmo para a investigação de crimes distintos), esse óbice não há.

É curiosa, aliás, a alegação de que, ao “presumi-lo culpado”, a simples submissão de um funcionário público ao teste violaria sua dignidade, caracterizando, assim, também uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup>. O teste não é feito por se presumir o funcionário culpado, a não ser que o mesmo seja dito em relação a qualquer ato de fiscalização feita pela administração pública. Se essa “indignidade” não decorre da presunção de sua desonestidade – porque o anteprojeto não presume ninguém culpado –, a conclusão possível sobre esse raciocínio é a de que se trataria de um atributo do próprio teste. O teste “em si” seria vexatório, humilhante, constrangedor ou de algum modo malferiria a dignidade de alguém. O argumento não convence: o teste aplicado em um funcionário honesto resultará na recusa de sua parte em praticar um ato de corrupção, algo do que ele pode até se orgulhar. O funcionário desonesto poderá até considerar humilhante, mas não o teste em si, e sim seu resultado: o fato de ser sido flagrado praticando um ato de corrupção, com as consequências que isso acarretará.

Quanto à proteção da imagem dos funcionários públicos submetidos ao teste, o art. 8º do anteprojeto dispõe que “a administração pública não poderá revelar o resultado da execução dos testes de integridade nem fazer menção aos agentes públicos testados.” Logicamente, os resultados dos testes ainda assim poderão ser utilizados para os propósitos aqui referidos: instruir investigações sobre outros fatos e ensejar o sancionamento nas esferas cível, administrativa ou criminal (caso se admita essa última possibilidade).

Outra crítica é a de que nem todos os órgãos públicos e entes federativos estariam aptos a aplicar o teste: em municípios muito pequenos, por exemplo, com graves problemas estruturais, não haveria pessoal qualificado para realizá-los. A resposta a isso deve ser: que estes órgãos, então, busquem estruturar-se para tanto. O que não é possível é deixar de positivar em nosso ordenamento um importante instrumento de combate à corrupção pelo fato de alguns órgãos – ou muitos, que sejam – ainda não terem condições de aplicá-lo. Se no início da vigência da lei apenas alguns órgãos e entes realizarem os testes, já será um avanço.

Outro tipo de ataque à proposta é a de que o teste de integridade, tal qual previsto no anteprojeto, daria “muito poder” a alguns órgãos, que poderiam forjar testes de integridade de modo a perseguir funcionários – leia-se, poderiam falsear provas de que um funcionário submetido ao teste cometeu um ilícito. A crítica tampouco procede: além de estarem previstos mecanismos de documentação e controle (administrativo e judiciário) da legalidade do teste de integridade, o risco de que um teste seja forjado para ilegalmente prejudicar alguém não é maior que o risco de que uma sindicância ou um processo administrativo sejam forjados para prejudicar um funcionário. Em ambas as situações há crime, praticado por quem deliberadamente forjou provas contra um funcionário vítima do embuste. Em ambas situações há também formas de controle para invalidar tanto o teste quanto o processo administrativo ou sindicância forjados.

## 5 – CONCLUSÃO

Não há, dentre as críticas ao teste de integridade, a alegação de que seja ineficaz para a prevenção e a repressão a atos de corrupção praticados por agentes públicos. Não parece haver dúvida: o teste de integridade funciona. Simultaneamente, o anteprojeto de iniciativa popular procura

---

<sup>26</sup>OLIVEIRA, Tânia M. S. *O MPF e as 21 medidas legislativas: contra a corrupção ou contra o cidadão e a constituição?* Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-mpf-e-as-21-medidas-legislativas-contra-a-corrupcao-ou-contra-o-cidadao-e-a-constituicao-por-tania-m-s-oliveira/>>, acesso em 27.01.2016.

preservar os direitos e garantias do funcionário que seja fiscalizado pelo teste, estabelecendo requisitos e meios para sua sindicabilidade – ou seja, meios para que seja posteriormente verificada a legalidade da medida. Não há, em suma, nenhuma inconstitucionalidade material na proposta.

O cerne atual das críticas ao teste de integridade no Brasil tem como base a jurisprudência e a doutrina a respeito do “crime impossível por obra do agente provocador”. Ainda que nada mude no panorama jurisprudencial e doutrinário, essa crítica, própria da área penal, não impediria, como visto, a plena aplicação do teste de integridade para fins de investigação e para o sancionamento cível e administrativo do funcionário público flagrado praticando um ato de corrupção.

Quanto à aplicação do teste para fins de sancionamento penal da própria conduta verificada no teste, a alteração do quadro normativo exigirá dos estudiosos e tribunais uma reflexão mais aprofundada a respeito da suposta atipicidade da conduta no chamado “flagrante provocado”, além de um novo olhar a respeito da necessidade de enfrentamento ao gravíssimo problema da corrupção em nosso país. Exigirá, decerto, uma visão atenta aos modernos instrumentos processuais e de investigação e mais consentânea com a nova criminalidade. Demandará, em suma, um compromisso com a efetiva tutela dos interesses de toda a sociedade sem perder de vista a necessária proteção dos direitos fundamentais dos investigados.

## **PRESERVAÇÃO DO SIGILO DA FONTE EM CASOS DE CORRUPÇÃO: MEDIDA NECESSÁRIA, CONSTITUCIONAL E CORRETA.**

Mário Alves Medeiros<sup>1</sup>

Palavras-chave: Penal. Processo penal. Investigação. Sigilo. Corrupção.

Segundo pesquisa de opinião realizada pelo Instituto Datafolha, entre os dias 25 e 26 de novembro de 2015, a corrupção é apontada como o principal problema a afligir o Brasil. A preocupação de estudiosos e organizações com os custos e efeitos da corrupção para o país demonstram que a percepção popular não é imotivada.

No *ranking* de percepção da corrupção, elaborado pela ONG Transparência Internacional e divulgado em dezembro de 2014, de 175 países, o Brasil ocupa a 69ª posição. Estamos atrás de nações como Gana, Namíbia e Jordânia.

Estudo da FIESP, realizado em 2010, estimou que se o controle da corrupção fosse mais rigoroso, todos os recursos nela empregados e liberados para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegaria a R\$ 69,1 bilhões anuais (valores de 2008), ou 2,3% do nosso PIB.

Todavia, é o custo intangível da corrupção, notadamente a perda da confiança da população no regime democrático, que mais deve ser motivo de alerta. Com razão, Wilhelm Hofmeister, diretor do Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer em Cingapura, afirma que:

A corrupção é o maior obstáculo para o desenvolvimento. Ela aprofunda o fosso entre ricos e pobres, enquanto elites vorazes saqueiam o orçamento público. Causa distorções na concorrência, ao obrigar empresas a desviar importâncias cada vez maiores para obter novos contratos. Solapa a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos, a moral pública. A experiência

---

<sup>1</sup>Procurador da República. Coordenador Adjunto da Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral da República.

demonstra: a corrupção pode debilitar toda uma sociedade" (Fundação Konrad-Adenauer, 2000).

Como a infundável sucessão de escândalos bem o demonstra, o Brasil não está bem aparelhado para enfrentar a corrupção. Além das inúmeras deficiências materiais, há lacunas na legislação que asseguram a impunidade a corruptos e corruptores, perpetuando o problema.

Profundamente envolvido no combate à corrupção por dever de ofício, o Ministério Público Federal lançou a campanha "10 medidas contra a corrupção". Trata-se de um pacote de projetos de lei de iniciativa popular, a ser submetido ao Congresso Nacional após a obtenção do apoio e das assinaturas de cerca de 1,5 milhão de eleitores.

Entre as modificações legislativas propostas está a preservação do sigilo da fonte de informação que der causa a investigação relacionada à prática de ato de corrupção. Trocando em miúdos, o que se quer é preservar a identidade das pessoas que relatam às autoridades casos de corrupção.

Importante notar que não se propõe o incentivo a denúncias anônimas, mas apenas a possibilidade de manutenção em sigilo dos nomes de informantes. Por outro lado, o projeto de lei prevê uma série de cautelas para que abusos sejam evitados. Assim, por exemplo: a) a decretação do sigilo deve ser fundamentada; b) ela somente pode ocorrer caso exista situação concreta de risco à integridade do informante ou diante outra razão de relevante interesse público; c) ninguém poderá ser condenado apenas com base em depoimento prestado por informante confidencial; d) caso se verifique a essencialidade da revelação da identidade do informante para o exercício do direito de defesa, o juiz ou tribunal pode determinar que isso aconteça; e) comprovado que o informante confidencial mentiu, será revelada a sua identidade e ele responderá pelos crimes de denunciação caluniosa ou de falso testemunho, conforme for o caso.

A necessidade de adoção dessas regras é intuitiva. Por razões óbvias as pessoas temem relatar casos de corrupção que tenham presenciado ou dos quais

tenham sido vítimas. Dessa maneira, cria-se a primeira barreira que impede a descoberta (e conseqüente punição) de atos de corrupção: a dificuldade das autoridades de receberem notícias sobre a ocorrência dos fatos.

Para superar essa barreira, outros países vêm reconhecendo a necessidade de preservação da identidade de informantes, permitindo a instauração de investigações a partir de seus relatos. A preservação do sigilo da fonte de informação foi um dos pilares das reformas adotadas em Hong Kong, tornando-o um dos mais famosos exemplos de combate à corrupção. De uma situação de corrupção endêmica nos anos 60, Hong Kong passou para a 17ª posição no *ranking* global de honestidade da Transparência Internacional. O *slogan* central da primeira fase do processo de modificações foi justamente “reporte a corrupção”.

A ONU foi ainda mais longe e recomendou aos seus Estados-Partes, em 2003, a adoção de medidas para incentivar a sociedade a participar na prevenção e na luta contra a corrupção, inclusive por meio de “denúncias anônimas” (Convenção contra a corrupção, art. 13.2).

Os tribunais da Espanha, Alemanha e Itália, embora não admitam seja alguém processado ou condenado **apenas** com base em informações anônimas, ressalvam a possibilidade, e até mesmo a necessidade, de que os fatos reportados sejam investigados.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos admite a ocultação da identidade de testemunhas (caso Lüdi v. Suíça e caso Kok v. Holanda) e, mais importante, admite a realização de investigações a partir de fontes confidenciais, não aceitando apenas a condenação fundamentada apenas nos seus relatos.

As cautelas adotadas na Europa estão todas contempladas na campanha das “10 medidas contra a corrupção”, inclusive a impossibilidade de condenação com base exclusivamente nas informações obtidas da fonte confidencial.

Apesar disso tudo, há resistências à proposta.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, afirmou que ela “contraria jurisprudência do STF segundo a qual não se permite condenação apenas com base em depoimento prestado por informante



confidencial". É claro o equívoco da OAB, pois a proposta acolhe expressamente a impossibilidade de condenação nesses casos.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais divulgou no mês de dezembro de 2015 texto igualmente contrário à proposta. Nele é dito que a acusação é obrigada a revelar ao acusado todos os elementos de informação relevantes para o exercício do direito à defesa. Afirma, ainda, que a nossa legislação já contém mecanismos para a proteção de informantes e testemunhas (Lei nº 9.807/1999). Entretanto, como visto, a proposta da alteração defendida pelo Ministério Público Federal prevê uma série de cautelas para preservação dos direitos dos réus, inclusive a possibilidade de, caso isso seja mesmo essencial, ser revelada a identidade do informante anônimo. Quanto à proteção já prevista na nossa legislação, ela tem se mostrado insuficiente. Ocorre que a mencionada Lei nº 9.807/1999 protege apenas vítimas e testemunhas, mas não as pessoas que se dispõem a ser meros informantes. Na realidade, a mencionada lei institui medidas bem mais drásticas e que exigem do interessado o cumprimento de um percurso bastante burocrático, como o ingresso em programas de proteção ou a alteração do nome no registro civil. Ora, a experiência obtida com mais de quinze anos de vigência da lei demonstram que ela não incentiva suficientemente a participação da sociedade na luta contra a corrupção, sendo bastante compreensível que poucos estejam dispostos a mudar de residência, abandonar seus empregos, romper laços com amigos e familiares ou alterar todos os seus documentos.

Finalmente, lê-se aqui e ali que a utilização de relatos confidenciais pelo Poder Público seria imoral, em razão dos inúmeros abusos praticados no passado.

É verdade que a história está repleta de exemplos de abusos cometidos com fundamento em denúncias anônimas. Todavia, deve-se observar que a proposta embutida na campanha das "10 medidas contra a corrupção" não contempla denúncias anônimas, mas apenas a simples preservação da identidade dos informantes, o que é coisa muito diversa. Ainda que assim não fosse, a crítica com fundamento moral seria improcedente. Mesmo uma análise superficial permite constatar que os detratores empregam os termos "imoral" ou "antiético" sem

qualquer rigor. Em suas argumentações, "imoral" e "antiético" são simples insultos, deixando bem à vista que se pretende apenas tomar de empréstimo a força semântica dessas palavras<sup>2</sup>.

Assim, analisando-se o problema com a pequena mas suficiente profundidade que o espaço permite, deve-se objetar que o lema máximo da ética é o bem comum. Reduzi-la ao privado, à proteção isolada de um indivíduo em uma situação que não seja universalizável, não é possível<sup>3</sup>. Não existe validade universal para um suposto dever absoluto de abstenção do Poder Público de preservar a identidade de denunciante de crimes graves. Pode-se apenas dele se exigir que não utilize relatos anônimos que se apresentam ao mesmo tempo inconsistentes e motivados por razões espúrias. Essa seria a única hipótese na qual se poderia extrair de maneira concreta uma forma de agir necessária e universal<sup>4</sup>.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRUZ, Flávio Antonio. *Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 277, p. 4-6, dez. 2015.

FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER. *Os custos da corrupção*. Cadernos Adenauer, n. 10. São Paulo, 2000.

LATTANZI, Giorgio. *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.

LEITE FILHO, José Raimundo. *Testemunhas sem rosto: anotações ao regime*

---

2 Essa objeção, aliás, também pode ser feita aos que condenam aprioristicamente a colaboração premiada, tachando-a de "imoral".

3 Trata-se do imperativo categórico kantiano segundo o qual se deve proceder de modo que se possa ao mesmo tempo querer que a máxima da vontade se torne lei universal. Uma outra expressão dessa máxima seria aquela outra, segundo a qual o homem deve ser sempre tratado como um fim, e nunca como um meio.

4 Formulações similares podem ser alcançadas com a adoção das virtudes platônicas ou aristotélicas como guia para extração da conduta ética, ou ainda da consciência moral aquiniana. O ideal ético hegeliano de vida livre dentro de um Estado livre, que preserve os direitos dos homens e lhes cobrasse seus deveres, tampouco seria incompatível com a máxima defendida. O mesmo se diga se buscarmos suporte nas obras dos pensadores da existência, a exemplo de Kierkegaard, Jaspers, Heidegger, Merleau-Ponty e Sartre. Formulações embasadas no utilitarismo e no pragmatismo forneceriam alicerce ainda mais sólido.

estabelecido na Lei 9.807/99. In: SALGADO, Daniel de Resende (Org.); QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Jus Podium, 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *El difícil encaje del delator en el proceso penal español*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/13264703/el\\_dif%C3%ADcil\\_encaje\\_del\\_delator\\_en\\_el\\_proceso\\_penal](https://www.academia.edu/13264703/el_dif%C3%ADcil_encaje_del_delator_en_el_proceso_penal)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

PERICÁS, Antonio Giménez. *Génesis de la ley orgánica 19/94 de 23/12 de protección a testigos y peritos en causas criminales*. Disponível em: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174306/06-ley-proteccion-testigos.pdf>>.

Acesso em: 20 jan. 2016.

VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. 9ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995. (Coleção Primeiros Passos).



## MEDIDA 2

---

CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO  
ILÍCITO DE AGENTES PÚBLICOS

---

## **MEDIDA 2**

# **CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE AGENTES PÚBLICOS**

# Enriquecimento ilícito

## ANTEPROJETO DE LEI

Acrescenta o art. 312-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar crime o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 312-A:

### **“Enriquecimento ilícito**

**Art. 312-A.** Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, 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.”

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

A redação do tipo penal acima, com exceção da pena (originalmente de um a cinco anos e hoje de dois a cinco anos) e da conduta de possuir, é a que consta no parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (Relator Senador Pedro Taques). A pena de 3 a 8 anos é a mesma pena desse crime que foi proposta pelo Projeto de Lei 5.586/2005, oferecido pela Controladoria-Geral da União.

O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por essa razão, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura.

Sobre esse tipo penal, o Relator da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal assim se manifestou:

Não restam dúvidas sobre a necessidade e as vantagens práticas de criminalização dessa gravíssima conduta, intimamente relacionada com delitos cometidos contra a Administração Pública. A fundamentação está muito bem colocada na Exposição de Motivos do Projeto de Código:

“Enriquecimento ilícito. Objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil, a criminalização do enriquecimento ilícito mostra-se como instrumento adequado para a proteção da lisura da administração pública e o patrimônio social. Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostraram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público. Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno institucional e pelo Tribunal de Contas. O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve”.

[...] Oportuno registrar que, como regra, a conduta de enriquecimento ilícito não gerará a adoção do encarceramento, pois (se preenchidos os requisitos legais) será permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ou seja, apenas as situações mais graves ensejariam a imposição de penas de prisão.

As penas propostas para os graves delitos de prevaricação e advocacia administrativa não alteram

o quadro vigente na década de 40 do século passado, quando da edição do CP. Diante da necessidade de haver uma proporcional e devida repressão a esses crimes, que ocorrem com grande frequência, e que normalmente prescrevem em razão das baixíssimas penas, propomos os devidos aumentos.

Mesmo com o aumento de pena proposto aqui, continuarão as penas a serem substituídas nos casos de delitos menos graves.

Reforça-se que não se trata de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é amparada na moderna teoria explanacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, bem como na tradicional teoria indutiva, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas.

Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição.



---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

# **O CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO: COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Pedro Jorge do Nascimento Costa<sup>1</sup>

Palavras-Chave: Enriquecimento Ilícito. Projeto de Tipificação. Crime de Suspeita. Direito ao Silêncio. Presunção de Inocência.

## **1. A PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**

Trata-se de texto a respeito da proposta legislativa do Ministério Público Federal de criminalização do enriquecimento ilícito. O objetivo é estudar o dever de tipificar o crime e a sua compatibilidade, na redação sugerida, com o ordenamento brasileiro. Assim, trazem-se e se analisam as principais objeções à tipificação do enriquecimento ilícito, sobretudo à proposta do Ministério Público Federal.

Portanto, não se cuida de trabalho exaustivo sobre o crime de enriquecimento ilícito. Ficam de fora considerações dogmáticas sobre a conduta que não sejam estritamente necessárias ao estudo da compatibilidade com o ordenamento brasileiro.

Estruturou-se o texto em três partes além da introdução. Na primeira, tenta-se apontar as normas internacionais sobre o enriquecimento ilícito. Na segunda parte, cuida-se da questão do chamado crime de suspeita e da autonomia do enriquecimento ilícito. Na terceira, tematiza-se a presunção de inocência na relação com o crime em comento. Do último tópico, o objeto é o enriquecimento ilícito à luz do direito ao silêncio.

## **2. A NORMATIVA INTERNACIONAL**

De acordo com a justificativa do projeto, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Brasil,

---

<sup>1</sup> Procurador da República em Pernambuco. Bacharel, mestre e doutor em direito público pela Universidade Federal de Pernambuco.

exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Mais especificamente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada pelo Decreto 5.687, de 31.01.2006, prevê, em seu art. 20 que o 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”.

É razoável entender que “considerar a possibilidade” significa, no caso brasileiro, ao menos iniciar o processo legislativo para a criminalização do enriquecimento ilícito. De fato, se o Brasil considerasse de logo incompatível com o seu ordenamento a medida, formularia reservas ao art. 20 da Convenção. Ademais, a inação não pode equivaler à “consideração da possibilidade”.

Não bastasse isso, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto 4.410/2002, dispõe no art. IX que

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.

Então, certamente o Brasil assumiu deveres de criminalização do enriquecimento ilícito ao menos por força da Convenção Interamericana contra a Corrupção. De fora parte a questão da relação entre direito internacional e direito nacional, é inegável que o Brasil assumiu no plano internacional o dever de tipificar o enriquecimento ilícito.

No direito comparado, diversos países já preveem o enriquecimento ilícito como crime. É o caso, entre outros, de México, Nicarágua, Chile, Peru, Argentina, Colômbia, El Salvador, Hong Kong, China e França.

Na esteira dessas normas, a proposta do Ministério Público Federal é a inserção do art. 312-A ao Código Penal, que teria a seguinte redação:

Enriquecimento ilícito Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, 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.

Se a criminalização violaria o ordenamento brasileiro, é o que se passa a analisar.

### 3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E CRIME DE SUSPEITA

Por vezes se objeta ao crime de enriquecimento ilícito a categorização como crime de suspeita. Assim, o agente seria punido indiretamente em razão da corrupção ou do peculato, crimes para cuja condenação não haveria provas suficientes. Com isso, haveria violação à presunção de inocência.

Nos delitos de suspeita, faltaria conduta. A razão da incriminação seria a suspeita que uma mera situação geraria a respeito de outra situação mais ofensiva ao bem jurídico. Essa classificação é antiga, de autores italianos da década de 1930 que defendiam os crimes sem ação. Por isso, não encontrou ressonância na doutrina moderna. E, nos exemplos que os autores de outrora indicavam como crimes de suspeita havia efetivamente ação.<sup>2</sup> Se era caso de antecipação das barreiras da punibilidade com crimes de perigo abstrato, o que é amplamente aceito pela doutrina contemporânea dentro de certos limites, é outra questão, que aqui pode ficar em aberto.

Por outro lado, é certo que a doutrina faz derivar do princípio da legalidade a necessidade de previsão de uma conduta como núcleo dos tipos penais. Na proposta legislativa, há nove condutas bem determinadas que configuram o crime de enriquecimento ilícito. Não se pode de modo nenhum defender que seriam crimes sem ação.

---

<sup>2</sup> PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 341-342. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 171.

Tampouco é correto pretender que o crime de enriquecimento ilícito indique necessariamente peculato ou corrupção, pelos quais o agente seria condenado sem provas. A justificativa do projeto apenas exemplifica com os delitos, o que se nota pelo uso do advérbio “comumente”. No tipo, nada há que limite a falta de justificativa do patrimônio do servidor ao proveniente, direta ou indiretamente, de corrupção ou peculato.

Em lição relativa ao projeto de lei da Controladoria-Geral da União, mas aqui aplicável, Fausto de Sanctis corretamente ensina que o tipo de enriquecimento ilícito não faz referência a delito anterior.<sup>3</sup> Com efeito, o enriquecimento ilícito se configura ainda que o patrimônio injustificado seja obtido de crimes contra o sistema financeiro, contra o consumidor, contra o patrimônio ou mesmo de ilícitos civis (ato de improbidade administrativa). Então, não se trata de punição disfarçada ou pela mera suspeita de peculato ou corrupção.

Fosse o intuito alargar a punibilidade do peculato ou da corrupção, a proposta seria de alteração da redação desses crimes ou de introdução de regras probatórias específicas. Não há sequer vinculação indireta a peculato ou corrupção, o que se nota pela diferença da pena proposta para o crime de enriquecimento ilícito, consideravelmente menor que a dos outros dois.

Ao revés, o caso é de subsidiariedade expressa.<sup>4</sup> Se a conduta de enriquecimento ilícito constituir crime mais grave, o tipo é afastado em favor dos outros.

Talvez a confusão se deva à inserção do tipo entre os crimes contra a administração. Inobstante, o local é mesmo o adequado para isso, considerando que se tutela uma das facetas da administração pública, a probidade administrativa e deveres correlatos como o da transparência das fontes de renda e o de publicidade.

É importante frisar que esses bens jurídicos têm tutela constitucional expressa, isto é, dignidade constitucional. Com base neles, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) determina em seu art. 13 que “A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado”, cabendo para a recusa ou a prestação de declaração falsa a sanção de “demissão, a bem do serviço público,

---

<sup>3</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millenium, 2008, p. 77.

<sup>4</sup> A respeito dessa regra de solução do concurso aparente de normas penais, vide: COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 48-52.

sem prejuízo de outras sanções cabíveis”. A mesma lei também traz sanções de natureza civil para diversos atos de enriquecimento ilícito. No âmbito tributário, de acordo com o princípio do *pecunia non olet*, é possível tributar o patrimônio a descoberto. Havendo a cominação dessas sanções extrapenais, que são claramente insuficientes para trazer, no Brasil, a prática dessas condutas a níveis toleráveis, o princípio da *ultima ratio* do direito penal é respeitado com a sua criminalização.

**Em suma, o crime é autônomo, defende bem jurídico com dignidade constitucional, não ofende o princípio da *ultima ratio* e tem elementos próprios, que não se confundem com a corrupção ou o peculato.**

#### **4. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Também se critica a possível violação à presunção de inocência. Ao ser sancionado pelo enriquecimento ilícito, o agente seria punido pela corrupção ou peculato sem provas suficientes desses dois últimos crimes.

A autonomia do crime de enriquecimento ilícito em relação à corrupção e ao peculato já ficou demonstrada no tópico anterior. Para a condenação desse crime autônomo, não há nem se propuseram regras probatórias específicas. Nele, como em todos os outros, o ônus da prova é todo da acusação; caso haja dúvida, deve ocorrer a absolvição por insuficiência de prova.<sup>5</sup> Eventuais dificuldades probatórias decorrentes da formulação do tipo sempre se resolvem em favor do acusado, de acordo com o caso concreto. Portanto, não é o caso de condenação sem provas para além da dúvida razoável tampouco de inversão do ônus da prova.

#### **5. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DIREITO AO SILÊNCIO**

Poderia igualmente haver dúvidas sobre a compatibilidade do crime de enriquecimento ilícito com o direito ao silêncio. Para se chegar à conclusão do tópico, necessário traçar, ainda que brevemente, os limites e fundamentos desse direito.

Discute-se na doutrina se o direito ao silêncio desobriga o agente estritamente de depor ou se de qualquer comportamento ativo para a produção probatória a respeito dos fatos imputados ou imputáveis. Nessa última acepção,

---

<sup>5</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 244.

identifica-se com o princípio mais amplo do *nemo tenetur se detegere* ou direito de não produzir prova contra si mesmo.<sup>6</sup>

Na primeira corrente, mais restritiva, encontra-se Eugênio Pacelli de Oliveira. Na sua lição, o direito ao silêncio se estrutura sobre o princípio da presunção de inocência. Portanto, a certeza judicial não se constrói “sobre a *omissão* ou *inatividade do acusado* na defesa de seus interesses. O silêncio passa, então, a ser uma *alternativa* ou estratégia de defesa”, já que o ônus da prova para a condenação é do acusador.<sup>7</sup>

Nessa esteira, o direito ao silêncio abrange o privilégio de não ser obrigado a depor contra si próprio ou a se confessar culpado, ou seja, tem caráter exclusivamente testemunhal. É essa a garantia que diplomas internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis conferem ao agente. Direitos processuais outros, como o de não participar da reconstituição de crimes, podem eventualmente ser assegurados pelo princípio da presunção de inocência ou pelo da proteção da dignidade humana. Todavia, não há garantia processual do réu de sempre deixar de participar da instrução probatória tampouco a de que nenhuma conduta sua pode ser usada em seu desfavor.<sup>8</sup>

Afora a presunção de inocência apontada por Eugênio Pacelli, também a garantia da ampla defesa fundamenta o direito ao silêncio. O exercício do direito ao silêncio configura modalidade passiva de autodefesa.<sup>9</sup> Outros doutrinadores, como Ernst Beling, aludem à proteção da esfera da personalidade privada ou da intimidade para fundamentar o direito de não ser compelido a falar.<sup>10</sup> Manuel da

---

<sup>6</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 232-236.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186. (itálicos no original)

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190-193.

<sup>9</sup> RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28, p. 12. (destaques no original) Igualmente: AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 81, v. 682, p. 285-295, ago. 1992, p. 290-201. VALE, Ionilton Pereira do. O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 102, v. 929, p. 419-458, mar. 2013, p. 445-446.

<sup>10</sup> BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 11. AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 81, v. 682, p. 285-

Costa Andrade encontra na dignidade humana e na liberdade de ação e declaração sua matriz jurídico-constitucional.<sup>11</sup>

A corrente mais extensiva entende que o direito ao silêncio abarca condutas ativas para a produção de prova, com algumas limitações. Para esses autores, o direito ao silêncio, agora princípio contra a autoincriminação, permite ao agente decidir se contribui para a produção de provas. Todavia, “não poderá desempenhar condutas ativas que obstruam a introdução de prova por outrem, nem adulterá-la, em sentido genérico, se o comportamento for tipificado pelo direito material”.<sup>12</sup>

Logo, é discutível se o ordenamento brasileiro agasalha o direito ao silêncio ou o *nemo tenetur se detegere*. Para os fins do presente texto, parte-se da ideia de que no Brasil vige o *nemo tenetur se detegere*.

Mas, se o ônus da prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito é da acusação, **não há nenhuma exigência de produção de prova pelo réu**. Este não é obrigado a depor nem a produzir provas. Sendo assim, não se viola seu direito a não produzir provas contra si mesmo.

Essa falta da versão do acusado, mesmo se não pode implicar confissão, por vezes o prejudica em alguns contextos. O que o direito constitucional ao silêncio assegura é que a sua negativa ao depoimento pode ser uma das estratégias de defesa, não necessariamente a melhor nem sequer eficiente. Exemplificativamente, se o réu deixa de dizer que a pessoa das imagens da filmagem do crime não é ele mas seu irmão gêmeo idêntico cuja existência é desconhecida de todos os outros sujeitos processuais, possivelmente será condenado.

Isso é comum no processo penal a todos os delitos, não sendo especificidade do crime de enriquecimento ilícito. Com efeito, lembra o clássico Hélio Tornaghi que o acusado não tem obrigação, mas ônus de colaborar: “não sofre qualquer sanção pelo simples fato de não cooperar. **Arrisca-se, entretanto, a perder oportunidades**”.<sup>13</sup> Igualmente, Jorge de Figueiredo Dias anota que o agente **pode**

---

295, ago. 1992, p. 287. DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista brasileira de ciências criminais online*, São Paulo, a. 5, v. 19, jul./set. 1997, p. 6.

<sup>11</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 120.

<sup>12</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 195-196.

<sup>13</sup> TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 181.



**ser desfavorecido pelo silêncio quando por sua causa se deixa de conhecer fatos a ele favoráveis.**<sup>14</sup>

Por outras palavras, o juiz não pode validamente fundamentar decisões argumentando que a inação probatória do agente pesa em seu favor ou desfavor. Inobstante, se a acusação consegue provas além da dúvida razoável para a condenação, cabe ao réu a elas se contrapor: é uma questão de distribuição dos ônus da prova, de acordo com o art. 156 do Código de Processo Penal.<sup>15</sup>

De resto, o crime de enriquecimento ilícito tem peculiaridade que não se pode desconsiderar: o servidor público, por força das normas apontadas acima, tem o dever extrapenal de declarar o patrimônio. Assim, em razão do direito material, que se sobrepõe ao princípio processual do *nemo tenetur se detegere*, o servidor público tem dever de prestar declaração que pode ser usada no processo penal.

---

<sup>14</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 449.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, embora argumentando com o art. 198 do Código de Processo Penal, que seria constitucional e vigente porque traria não meio de prova mas “elemento discursivo do raciocínio do juiz sobre a prova”. TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 182-198. (itálicos no original)



## MEDIDA 3

---

CORRUPÇÃO COM PENA MAIOR  
E COMO CRIME HEDIONDO  
SEGUNDO O VALOR

---

## MEDIDA 3

**CORRUPÇÃO COM PENA MAIOR E COMO CRIME HEDIONDO  
SEGUNDO O VALOR**

# Corrupção como crime hediondo

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para majorar as penas dos crimes contra a Administração Pública, suprime a regulação específica do crime de corrupção praticado no contexto tributário da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e do crime de peculato praticado por prefeito, previsto no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e inclui a forma mais gravosa de corrupção no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Os arts. 312, 313-A, 316 e § 2º, 317 e 333 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Peculato

Art. 312. [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Concussão

Art. 316. [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Excesso de exação

[...]

§ 2º [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Corrupção passiva

Art. 317. [...]

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

“Corrupção ativa

Art. 333. [...]

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

**Art. 2º** O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 327-A:

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

I – reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 100 (cem) salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de 10 (dez) a 18 (dezoito) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 1.000 (mil) salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 10.000 (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.”

**Art. 3º** O art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 171. [...]

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (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 4 (quatro) a 10 (dez) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 100 (cem) salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 1.000 (mil) salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de 8 (oito) a 14 (quatorze) anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a 10.000 (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.” (NR)

**Art. 4º** O art. 3º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º [...]

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.

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.” (NR)

**Art. 5º** Revoga-se o inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

**Art. 6º** O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“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).”

**Art. 7º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 2015.

## JUSTIFICATIVA

### 1. Alteração das penas dos crimes mais lesivos contra a Administração Pública previstos no Código Penal

As mudanças propostas objetivam fazer da corrupção, termo usado aqui em sentido amplo, uma conduta de alto risco.

A corrupção é hoje um crime de baixo risco, com pena iniciando em dois anos de prisão. Criminosos de colarinho-branco normalmente são primários, e as penas ficam próximas do mínimo legal. Quando há condenação e não prescrevem, as penas são substituídas, por força de lei, por penas restritivas de direitos, isto é, por penas bem brandas, as quais, em pouco tempo (em regra após cumprido apenas um quarto da pena substitutiva), serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. Considerando que a corrupção é um crime difícil de ser descoberto e provado, o criminoso só será punido em uma pequena parcela dos crimes que cometer, o que faz dela um crime altamente vantajoso.

A elevação da pena mínima dos crimes mais graves contra a Administração Pública para quatro anos significa que mesmo réus primários – e os réus de colarinho-branco normalmente são primários mesmo quando praticaram crimes antes – não terão suas penas substituídas por penas restritivas de direitos e começarão a cumprir a pena, na melhor das hipóteses, em regime semiaberto. Ninguém que praticar corrupção poderá contar com um regime aberto, o qual, em muitos casos, na prática, por falta de casa de albergado e de fiscalização, significa pena nenhuma.

Adicione-se que a pena mínima atual, de dois anos, bastante aplicada nos casos desses crimes em razão do método de fixação da pena do nosso sistema, acarreta a prescrição em apenas quatro anos, o que tende a acontecer como regra em processos de crimes do colarinho branco. Uma pena maior permite também um prazo mais dilatado para a sua investigação e processamento sem que o crime prescreva, o que é necessário, em decorrência de ser normalmente um crime de apuração complexa, praticado às escondidas.

Como o furto e o roubo, a corrupção suprime patrimônio. Diferentemente do furto e roubo, a corrupção endêmica brasileira vitimiza a nação. A corrupção rouba a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos. Essas circunstâncias acentuam bastante sua gravidade e também justificam a pena mínima proposta como uma reprovação proporcional ao gravame. Cumpre observar, aliás, que há projetos de lei em trâmite que sugerem penas ainda maiores para alguns dos crimes (PL 7.868/2014, por exemplo, estabelece a pena inicial de cinco anos para o peculato e a concussão), enquanto outras estabelecem o patamar idêntico ao proposto (PL 5.900/2013).

Se queremos um país livre de corrupção, esta deve ser transformada em um crime de alto risco. Como o homicídio, a corrupção mata. Contudo, diferentemente da maior parte dos homicídios, a corrupção é planejada e pensada, ou seja, é uma decisão racional que toma em conta custos e benefícios. A elevação da pena mínima constitui um desincentivo, um custo, da escolha pelo ato corrupto.

Quanto à gradação das penas desses crimes, embora entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que regulam a individualização da pena, já se encontrem as consequências do crime, o valor do prejuízo ou da vantagem econômica constitui, no contexto normativo atual, apenas mais um dos fatores considerados na dosimetria da pena, que sempre parte do mínimo legal.

Contudo, em crimes contra a Administração Pública, o volume da supressão de recursos do Estado, além de ser a principal circunstância a ser sopesada, pode engendrar consequências gravíssimas. Os milhões, ou bilhões, suprimidos dos cofres públicos inevitavelmente afetam as diversas camadas da população em seus direitos essenciais, como segurança, saúde, educação (isto é, furtam-lhes a possibilidade de um futuro melhor) e, em última análise, a própria vida. Embora seja difícil, em concreto, estabelecer-se o nexos causal entre os desvios de verbas e a morte de pessoas (tendo em vista que a ofensa é difusa), não há dúvidas de que o desvio de verbas públicas em escala acentuada acaba por provocar mortes.

O parâmetro de pena razoável nesses casos deve ser o crime de homicídio, cuja pena, quando simples, é de seis a vinte anos, e, quando qualificado, é de doze a trinta anos. Outro parâmetro razoável, para corrupção de grande magnitude, é o crime de latrocínio, que tem pena de vinte a trinta anos, e o delito de extorsão qualificada pela morte, cuja pena é de vinte a trinta anos.

Por coerência, propôs-se igualmente a gradação da pena quando se tratar de crime de estelionato contra o erário ou contra a previdência social, os quais entram também na categoria dos mais graves crimes praticados contra a população e merecem ser apenados de acordo com o montante do prejuízo.

O aumento da pena proporcionalmente ao dano causado ou à vantagem ilícita auferida é adotada em outros países, inclusive com democracias mais avançadas e instituições mais amadurecidas e consolidadas, como, por exemplo, os Estados Unidos da América.

Com efeito, o *2014 USSC Guidelines Manual* (Manual de Orientações da Comissão de Penas dos Estados Unidos, vigente a partir de novembro de 2014), que orienta os juizes e tribunais estadunidenses na dosimetria das penas criminais naquele país, determina que, se a vantagem auferida ou o dano ao Erário supera 5 mil dólares, a pena base passa a sofrer acréscimo proporcional, de acordo com a seguinte tabela:

<b>Loss (Apply the Greatest)</b>	<b>Increase in Level</b>
(A) \$5,000 or less	no increase
(B) More than \$5,000	add 2
(C) More than \$10,000	add 4
(D) More than \$30,000	add 6
(E) More than \$70,000	add 8
(F) More than \$120,000	add 10
(G) More than \$200,000	add 12
(H) More than \$400,000	add 14
(I) More than \$1,000,000	add 16
(J) More than \$2,500,000	add 18
(K) More than \$7,000,000	add 20
(L) More than \$20,000,000	add 22
(M) More than \$50,000,000	add 24
(N) More than \$100,000,000	add 26
(O) More than \$200,000,000	add 28
(P) More than \$400,000,000	add 30



Essa tabela impõe um acréscimo à pena-base, que pode variar entre 6 meses (acima de 5 mil dólares de vantagem auferida) até o máximo de 10 anos (acima de 400 milhões de dólares de vantagem auferida) de aprisionamento, para o réu primário.

Com base na proposta, apresenta-se abaixo o quadro de penas, em anos, por ato criminoso, que passariam a vigorar para os principais crimes contra a Administração Pública, com base no salário-mínimo vigente a partir de 1º de janeiro de 2015, ressaltando que a primeira coluna retrata as penas que hoje são cominadas pelo Código Penal:

Crime	Pena atual	Proposta: pena variável pelo prejuízo ou benefício (R\$)			
		0 a 77.999,99	≥ 78.800,00	≥ 788.000,00	≥ 7.880.000,00
Peculato (art. 312 e § 1º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Inserção de dados falsosem sistema de informações (art. 313-A)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Concussão (art. 316)	2 a 8	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Excesso de exação qualificada (art. 316, § 2º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção passiva (art. 317)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção ativa (art. 333)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Estelionato (art. 171)	1 a 5	2 a 8	4 a 10	6 a 12	8 a 14

Parece ser instintivo que as condutas que representam dano maior devem ser mais severamente apenadas, não só como retribuição, mas sobretudo pelo seu caráter dissuasório. Por essa razão é que se propõe que a proporcionalidade entre o resultado lesivo e a sanção criminal seja expressamente prevista em relação aos mais graves crimes do colarinho-branco praticado com abuso de função pública ou em prejuízo ao Erário, cujo potencial de danos é tão grande quanto o de crimes de violência. Corrupção mata e deve ser uma conduta de alto risco, risco esse que deve ser proporcional ao gravame que pesará sobre a população.

Por fim, tendo em vista a necessidade de adaptar os princípios da moderna Justiça Restaurativa também aos crimes praticados contra os interesses difusos, é que se propõe que a obtenção de benefícios e favores legais relacionados ao cumprimento da pena seja condicionada à reparação do dano e à devolução da riqueza indevidamente amealhada.

## **2. Supressão da regulação específica do crime de corrupção praticado no contexto tributário, previsto no art. 3º da Lei 8.137, de 1990, e do crime de peculato praticado por prefeito, do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201, de 1967**

A proposta não suprime o crime de corrupção praticado no contexto tributário ou o crime de peculato praticado por prefeito, mas apenas suprime sua *regulação especial* pela Lei 8.137/1990 e pelo Decreto-Lei 201/1967. Com a alteração proposta, a corrupção praticada no contexto tributário e o peculato de prefeito passam a ser previstos e punidos diretamente pelo Código Penal. Isso evita regulações adicionais e desnecessárias, bem como a necessidade de reproduzir na lei especial a gradação da pena da corrupção segundo o proveito econômico, que foi proposta no

âmbito do Código Penal. A previsão especial, aliás, tende a gerar distorções a longo prazo. Projetos em trâmite no Congresso, que tornam hediondos a corrupção e o peculato, por exemplo, sequer mencionam esses tipos penais, o que tornaria hedionda a corrupção e o peculato de forma geral e não a corrupção no contexto tributário e o peculato praticado por prefeito. Isso, por si só, já seria ilógico, mas se torna mais aberrante se percebermos que tradicionalmente esses crimes especiais têm uma pena maior do que o crime de corrupção em geral. Uma vez que não há razão para privilegiar auditores-fiscais ou prefeitos que cometem crime de corrupção, é proposta a supressão nesses artigos.

### **3. Inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos do art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990**

Esta proposta também está no contexto de fazer da corrupção um crime de alto risco patrimonial e moral, especialmente a corrupção de altos valores, porque esta produz consequências mais sérias. Se queremos um país livre de corrupção, ela deve ser transformada em um crime de alto risco, e esse risco deve corresponder à gravidade da conduta.

A corrupção rouba a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos. Como se disse acima, a corrupção afeta a população em *“seus direitos essenciais, como segurança, saúde e, em última análise, vida”*. *“Embora seja difícil, em concreto, estabelecer-se o nexos causal entre os desvios de verbas e a morte de pessoas, não há dúvidas de que o desvio de verbas públicas em escala acentuada acaba por provocar mortes. O parâmetro de pena razoável nesses casos deve ser o crime de homicídio, cuja pena, quando simples, é de seis a vinte anos, e, quando qualificado, é de doze a trinta anos.”*

O Projeto de Lei nº 3.506/2012 – um dos vários no Congresso que buscam estabelecer a corrupção como crime hediondo –, em sua justificativa, menciona uma reportagem da revista *Veja*, de 26 de outubro de 2011, que busca fazer um vínculo concreto entre a corrupção e os danos à sociedade. A matéria ressalta que os R\$ 85 bilhões desviados mediante corrupção no ano de 2010 poderiam ser empregados para: *“1 – Erradicar a miséria; 2 – Custear 17 milhões de sessões de quimioterapia; 3 – Custear 34 milhões de diárias de UTI nos melhores hospitais; 4 – Construir 241 km de metrô; 5 – Construir 36.000 km de rodovias; 6 – Construir 1,5 milhões de casas; 7 – Reduzir 1,2% na taxa de juros; 8 – Dar a cada brasileiro um prêmio de R\$ 443,00 reais; 9 – Custear 2 milhões de bolsas de mestrado; e 10 – Comprar 18 milhões de bolsas de luxo”*.

Em nota técnica de apoio ao Projeto de Lei nº 5.900/2013, a Associação Nacional dos Procuradores da República consigna que, com base em dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, são desviados do Brasil ao menos R\$ 200 bilhões por ano. Isso é quase duas vezes o total do orçamento federal da saúde de 2014, o que significa que a qualidade da saúde no Brasil (no que depende de verbas federais) poderia ser triplicada caso se fechassem as torneiras da corrupção. O valor é aproximadamente duas vezes e meia maior do que o orçamento federal da educação, o que poderia também, pelo menos, triplicar a qualidade da educação, no que depende de verbas federais. Já quanto ao investimento federal em ciência, tecnologia e inovação, poderia ser multiplicado por 30 vezes. Poderia ser duplicado o programa “Minha Casa, Minha Vida”, que entregou aproximadamente 1,7 milhão de casas populares.

Passou da hora de se reconhecer a gravidade concreta desse crime, especialmente quando os valores envolvidos são elevados. A inclusão da corrupção em sentido amplo entre os crimes hediondos é um reconhecimento de que são crimes que atentam, direta e indiretamente, contra direitos fundamentais da população.

Como são crimes que possuem motivação e consequências econômicas, é natural a inserção de um parâmetro econômico para a configuração de sua hediondez. Pela proposta, crimes

como corrupção e peculato passam a ser hediondos quando o valor envolvido supera cem salários-mínimos, o que em valores atuais representa R\$ 78.800,00. Quanto maiores os valores econômicos, maior o dano social, até um ponto em que o prejuízo social pode ser equiparado ao de outros crimes extremamente graves, que são delitos hediondos. Crimes como corrupção e peculato, quando envolvem cem vezes o valor que é, não raro, tudo que pessoas têm para passar o mês – um salário-mínimo – pode ser, sem dúvidas, caracterizado como hediondo, ainda mais dentro de um contexto de compromisso do Estado em combater a corrupção.

Some-se que, na linha do que figura nesta proposta, a pena desses crimes contra a Administração Pública, com proporção econômica superior a cem salários-mínimos, varia no mínimo entre 7 e 15 anos. Esse patamar de pena é harmônico com outros crimes considerados hediondos pela lei, como estupro, cuja pena varia de 6 a 10 anos em sua forma simples, ou ainda o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, com pena de 4 a 10 anos.

Reflexo do reconhecimento social da hediondez é o fato de que há numerosos projetos de lei propostos no Congresso, desde 1992, que objetivam transformar corrupção em crime hediondo, até mesmo independentemente do valor envolvido.

Como já dito anteriormente, a corrupção é hoje um crime de baixo risco. Quando há condenação e as penas não prescrevem, elas são brandas (não prisionais) e, em pouco tempo, serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. A atribuição da qualidade de crime hediondo às modalidades mais graves de corrupção terá como um dos efeitos positivos impedir a concessão de indulto e comutação de pena aos criminosos. Tal restrição só pode acontecer por iniciativa do Congresso Nacional, aliás, pela inserção de tais crimes na categoria de crimes hediondos, para os quais a própria Constituição veda os benefícios de indulto e comutação, já que de outro modo a concessão destes está dentro da esfera de prerrogativas do Presidente da República.

Além disso, segundo estudos consagrados sobre corrupção, como os de Rose-Ackerman e Klitgaard, uma das perspectivas do ato corrupto apresenta-o como fruto de uma decisão racional que toma em conta os benefícios e os custos da corrupção e os do comportamento honesto. A ponderação dos custos da corrupção envolve o montante da punição e a probabilidade de tal punição ocorrer. A inserção de tais delitos como hediondos repercute diretamente no montante da punição, sob prisma prático, pesando como fator negativo na escolha racional do agente.

É extremamente raro que autores de crimes de colarinho-branco sejam punidos e, quando punidos, que cumpram pena em regime fechado, mesmo quando os crimes são extremamente graves. A perspectiva de pena mais grave, e de condições mais gravosas de cumprimento de pena, será certamente um fator de desestímulo a tais práticas criminosas. No cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, é preciso adotar medidas firmes para mudar a realidade.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

# **Anteprojeto de corrupção como crime hediondo à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**

*Ju Hyeon Lee<sup>1</sup>*

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Mandamento constitucional. Princípio da proibição da proteção deficiente. Prevenção. Proporcionalidade e razoabilidade.

## **1. INTRODUÇÃO**

O anteprojeto de lei proposto pelo Ministério Público Federal para o combate à corrupção estabelece a majoração das penas privativas de liberdade em relação aos crimes praticados contra a Administração Pública, bem como a qualificação dos crimes em hediondos, com base na vantagem ou no prejuízo proveniente do crime.

O presente artigo terá por finalidade analisar a compatibilidade da proposta legislativa com os valores da sociedade atual e a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para o cumprimento deste desiderato, parte-se da premissa da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade imprescindível das normas jurídicas, fruto da interpretação dos enunciados normativos, espelharem os valores insculpidos na sociedade e na Constituição, sob pena de configurar atuação ilegítima da soberania popular por parte dos seus representantes.

Além disso, revela-se inexorável verificar a adequação e proporcionalidade das penas previstas para os crimes contra a Administração Pública vigentes e, conseqüentemente, a necessidade de introdução das modificações sugeridas pela proposta em questão, à luz da Constituição.

## **2. NEOCONSTITUCIONALISMO**

Em consonância com a doutrina, atualmente, a República Federativa do Brasil vive a fase do Constitucionalismo Contemporâneo, denominada de Neoconstitucionalismo, baseada nas ideias da corrente filosófica do pós-positivismo.

---

<sup>1</sup> Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Planejamento Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw). Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Exerceu os cargos de Assessor Jurídico de Procurador Regional da República (2004-2009) e Procurador da Fazenda Nacional (2009-2014). Professor do Fabre Cursos Jurídicos.

Para esta corrente de pensamento, em razão da reaproximação do Direito da Ética, movimento chamado de virada Kantiana, a Constituição, dotada de força normativa, encontra-se no centro do sistema jurídico e possui supremacia formal e material (axiológica), com aptidão para conformar a realidade social e política.

Com efeito, este movimento passou a ser designado como Constitucionalização do Direito, exigindo de todos os intérpretes e operadores do Direito uma *filtragem constitucional* de todas as normas infraconstitucionais, mediante uma análise de compatibilidade formal e material das normas jurídicas em face da Constituição.

Por esta razão, pode-se concluir que toda interpretação jurídica consiste, direta ou indiretamente, em interpretação constitucional, pois o intérprete deve extrair de qualquer enunciado normativo o sentido e alcance conforme os valores expressos nas cláusulas gerais, gênero das espécies princípios e conceitos jurídicos indeterminados, da Constituição.

Não se pode olvidar que os valores insculpidos nos textos constitucionais devem refletir, em princípio, os valores vigentes na sociedade, que respeitem e promovam a democracia (no sentido formal e material) e a dignidade da pessoa humana, para justificar a denominação de Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, como sugere o jurista alemão Peter Häberle (Sociedade Aberta de Intérpretes), na sua atividade legiferante, o legislador deve realizar a interpretação das normas e observar a determinação constitucional.

### **3. MANDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Como esclarecido anteriormente, inexistem dúvidas acerca da centralidade da Constituição no sistema jurídico e da sua força normativa.

Destarte, imperioso verificar a conformidade das proposições do anteprojeto do Ministério Público para os crimes contra a Administração Pública em face da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

O artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB estabeleceu um mandado de criminalização ao legislador, pois determinou a tipificação de tortura, tráfico de drogas e terrorismo e a definição de crimes hediondos, com a finalidade de conferir um regime jurídico mais gravoso.

A palavra *hediondo* significa abominável, asqueroso, horrível, repulsivo, repugnante. Com base neste mandamento constitucional, o legislador, mediante uso da sua liberdade de conformação, definiu quais crimes representam este sentimento no

âmbito social, merecedores de maior rigor e reprimenda, com a aprovação da Lei 8.072/90.

As manifestações populares, ocorridas nos anos de 2013 e 2014 em todo Brasil, demonstram com clareza a necessidade de qualificação de determinados crimes contra a Administração Pública como hediondos. Não há dúvidas de que a população brasileira demanda uma punição rigorosa destas condutas, por traduzirem um sentimento de repulsa e horror.

Por isso, o anteprojeto de lei em questão estabelece que a modalidade qualificada (quando a vantagem ou o prejuízo for igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato) de crimes deve ser classificada como hedionda, por imperativo do mandamento constitucional a ser observado pelo legislador, em virtude da força normativa da Constituição, como sustenta o jurista Konrad Hesse.

A omissão do legislador na aprovação do anteprojeto em lei configuraria uma violação à soberania popular, prevista no parágrafo único do artigo 1º da CRFB, em decorrência da incompatibilidade flagrante entre a vontade popular e dos seus representantes. A vontade popular traduz o sentimento de repulsa aos crimes qualificados mencionados no anteprojeto. Este desvirtuamento de vontades acarreta o exercício ilegítimo de Poder por parte dos representantes eleitos no Estado Democrático de Direito.

Em relação à parte do anteprojeto que qualifica os crimes (aumento de pena privativa de liberdade) baseada no prejuízo ou vantagem decorrentes das práticas criminosas, constata-se o cumprimento, em abstrato, do princípio da individualização da pena, um direito fundamental da primeira dimensão (ou geração), previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB. Ademais, na aplicação da pena no exercício da função jurisdicional, o Magistrado terá maiores instrumentos e ferramentas para cumprir, no caso concreto, a valoração da conduta do réu, na busca de uma pena justa, adequada e proporcional.

Ressalte-se que as condutas criminosas que implicam vantagens ou prejuízos maiores devem ser sancionadas de forma mais severa, por resultar maior lesividade ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico constitucional e penal.

Reforça este entendimento a conscientização da população brasileira sobre os malefícios da corrupção, no sentido amplo, que drenam os recursos públicos destinados para a saúde, educação, segurança e outros interesses públicos primários, responsáveis por tutelar e promover a dignidade da pessoa humana, valor fundamental a ser alcançado, nos termos do disposto no artigo 1º, inciso III, da CRFB.

A manutenção da atual sistemática dos crimes contra a Administração Pública

caracteriza a incidência da teoria da *coculpabilidade às avessas*, haja vista o tratamento demasiadamente brando nas sanções de delitos praticados por pessoa com alto poder econômico e social, como no caso dos crimes elencados no anteprojeto.

Por fim, relevante mencionar que o Estado brasileiro adotou o princípio republicano, como se depreende da leitura do artigo 1º, *caput*, da CRFB. Um dos aspectos do princípio republicano determina a transparência no trato das coisas públicas e a responsabilização dos detentores do Poder estatal.

Dessa forma, percebe-se que a proposta do Ministério Público encontra respaldo e justificativa no princípio republicano ao prever a responsabilização penal dotada de rigidez.

#### **4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

O princípio da proibição de proteção deficiente determina que o Estado e as normas jurídicas devem atuar positivamente para tutelar os direitos fundamentais com suficiência, sendo proibida a atuação insuficiente ou deficiente por parte do legislador e do juiz, inclusive no âmbito penal, sob pena de configurar inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade ocorre em razão do princípio da proibição de proteção deficiente emanar diretamente do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o qual se fundamenta no princípio do devido processo legal substantivo (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB), consoante a posição do Colendo Supremo Tribunal Federal.

No RE 418.376, com maestria, o Ministro Gilmar Mendes esclarece o assunto:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a



sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180).

Corroborando no mesmo sentido o jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. [...]

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132).

A proteção deficiente para a punição dos crimes contra a Administração Pública se mostra cristalina, haja vista o aumento crescente dos crimes nesta seara com a insatisfação dos resultados dos julgamentos por parte da população, em razão das punições brandas. Por envolver, em regra, réus primários, não se constata a aplicação de penas privativas de liberdade na prática desses crimes. Isso ocorre em decorrência de previsão de penas baixas e a incidência de benefícios penais.

Outrossim, os prejuízos resultantes dos crimes contra a Administração Pública atingem diretamente a consecução de finalidades constitucionais e, conseqüentemente, violam os direitos fundamentais de milhões de indivíduos. Este fato é confirmado com as crescentes manifestações judiciais do Estado brasileiro no sentido de ausência de recursos para concretizar os direitos fundamentais, em total descumprimento ao mandamento constitucional de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, em virtude dos constantes desvios de recursos públicos e prejuízos causados pelos crimes contra a Administração Pública.

Ante o exposto, a permanência das sanções atuais para os crimes contra a Administração Pública constitui uma proteção insuficiente ou deficiente dos direitos

fundamentais de milhões de brasileiros, evidenciando uma omissão na atividade legiferante.

## **5. FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA**

Consoante a sistemática do Direito Penal brasileiro, a pena possui tríplice finalidade: preventiva, retributiva e ressocializadora.

A aprovação do anteprojeto proposto pelo Ministério Público Federal resultará em aumento da pena em abstrato dos crimes contra a Administração Pública. Dessa forma, o caráter da prevenção geral negativa será reforçado, inibindo a prática de condutas criminosas.

Nos dias atuais, as penas previstas para os crimes de corrupção não possuem aptidão para desestimular a prática criminosa, pois a previsão de penas privativas de liberdade baixas importa em benefícios penais como as restritivas de direito ou suspensão condicional da pena. Ressalte-se que os crimes de colarinho branco geralmente são praticados por réus primários, sem condenações criminais anteriores. Desta feita, o encarceramento se torna algo raro nestes tipos de crimes.

Nesse contexto, a mencionada prevenção geral negativa perde a sua eficácia, tendo em vista que prevalece a ideia de crime de risco baixo, em decorrência da possibilidade de auferir vantagens relevantes. A mídia nos informa que estas vantagens podem chegar na casa dos bilhões de reais e, no final, não implicar pena privativa de liberdade ao réu, apesar de causar imensuráveis danos para toda a coletividade, com os desvios de recursos públicos, afetando saúde, educação, segurança, que se resumem na vida e dignidade de milhões de pessoas.

A omissão do legislador na busca de punições mais adequadas e proporcionais para os crimes contra a Administração Pública afronta uma das principais funções da pena: a prevenção. O presente artigo tem a finalidade de demonstrar que a alteração sugerida por meio de anteprojeto constitui cumprimento à determinação constitucional, imprescindível para legitimar a atuação legislativa, sob pena de caracterizar violação da soberania popular na modalidade omissiva.

## **6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

A liberdade de conformação legislativa em propor novos atos normativos primários possui possibilidades e limites em face da Constituição. Como todos os Poderes

(Executivo, Legislativo e Judiciário) devem obediência às normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência entendem que a liberdade de conformação deve ser controlada por meio do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade-razoabilidade encontra o seu fundamento constitucional no aspecto material ou substancial do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, CRFB. O princípio em questão tem como valores axiológicos a justiça e a eticidade.

As normas constitucionais dispõem direitos fundamentais e finalidades de interesse público primário para serem promovidos e alcançados. Todavia, não estabelecem os meios ou as formas para se atingir os objetivos determinados por parte do Legislativo e do Executivo.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade-razoabilidade tem justamente esta função de analisar o conteúdo dos atos discricionários do Poder Público, impedindo que decisões sejam introduzidas no ordenamento.

Para fins de efetivar e sistematizar este controle, a doutrina alemã subdividiu a proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>2</sup>.

O primeiro subprincípio da adequação determina que haja uma adequação entre o meio empregado e o fim perseguido, para verificar a idoneidade da medida do ato do Poder Público para produzir o resultado almejado.

O segundo subprincípio da necessidade visa a constatar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução da finalidade buscada.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito tem o escopo de atuar como instrumento de ponderação entre valores constitucionais envolvidos, com a finalidade de encontrar uma solução justa e equilibrada.

No tocante ao assunto, com muita propriedade, leciona o Ministro Luís Roberto Barroso:

Como delineado acima, consiste ele em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo sentido conceituado, o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado

---

<sup>2</sup> Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão sendo empregados como sinônimos. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

momento ou lugar. Há autores que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para a aplicação da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstancias de fato), os fins e os meios. [...]

Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293).

O anteprojeto que visa à qualificação do crime de corrupção como crime hediondo e ao aumento das sanções penais se encontra em conformidade com o princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Em relação à adequação, evidente que as sanções penais mais gravosas cumprem a função de prevenir a prática de crimes contra a Administração Pública, viabilizando, assim, o exercício das atividades públicas de forma lícita e ética e a destinação dos recursos públicos para a tutela e promoção da dignidade da pessoa humana (considerado um fim em si mesmo por Immanuel Kant), bem como a concretização dos interesses públicos primários.

No que tange à necessidade, também não há dúvidas de que inexistem outros meios menos gravosos para se atingir a finalidade de coibir as práticas de condutas criminosas contra a Administração Pública, em prestígio aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, elencados de modo expresso no artigo 37, *caput*. As sanções elevadas e a restrição dos benefícios penais, mediante a qualificação em crime hediondo, inibirão as práticas criminosas, estimulando a atuação legítima nas relações jurídicas entre os particulares e os agentes do Poder Público.

Da mesma forma, há proporcionalidade em sentido estrito na medida proposta, pois, na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, quem ganha é a sociedade brasileira e a força normativa da Constituição. A adoção de maior rigor para os crimes contra a Administração Pública prestigia diversos valores constitucionais, como a justiça, ética, bem-estar da coletividade, eficiência, moralidade, retidão, dignidade da pessoa humana, sendo certo que o ônus consistiria apenas na punição com maior rigor dos particulares e agentes públicos que macularam os mencionados valores vigentes na sociedade brasileira.

Outrossim, a graduação das penas de acordo com as vantagens e os prejuízos

causados com a conduta criminosa permite ao magistrado atuar com justiça no caso concreto, em decorrência da possibilidade de individualizar a sanção penal, com base na magnitude da lesão ao bem jurídico tutelado.

Portanto, novamente, conclui-se que não há justificativas ou fundamentos na manutenção da inércia do legislador, caracterizando uma omissão inconstitucional e atuação ilegítima do Poder popular no exercício da atividade legiferante.

## **7. CONCLUSÃO**

O Direito Penal, analisado sob o aspecto constitucional, assegura uma ponderação de valores entre as garantias individuais e os direitos fundamentais da população brasileira.

Os argumentos expostos indicam de modo indubitável a necessidade e imprescindibilidade na aprovação e introdução das propostas do anteprojeto no ordenamento jurídico brasileiro. A omissão legislativa e a manutenção da sistemática dos crimes contra a Administração Pública caracterizam uma situação flagrante de inconstitucionalidade e ilegitimidade no exercício do Poder Legislativo, por contrariar a vontade legítima da esmagadora parte da população brasileira.

O princípio republicano, os princípios constitucionais e os valores da sociedade não toleram a permanência do sentimento de proteção insuficiente em face das práticas criminosas contra a Administração Pública.

Não há como se admitir as sanções penais brandas para os crimes elencados no anteprojeto, pois as condutas criminosas possuem condão de produzir resultados lesivos incomensuráveis na vida de milhões de cidadãos brasileiros, acarretando ofensas a direitos fundamentais individuais e coletivos, por falta de recursos públicos decorrentes de ilícitos.

Outrossim, a força normativa da Constituição, qualidade adquirida somente com o advento da CRFB de 1988, acaba sendo afetada diretamente, representando um regresso na evolução do Direito brasileiro.

Por isso, as alterações propostas devem ser convertidas em lei em benefício da ordem jurídica brasileira, da ética, da justiça, da moral, da eficiência, enfim, de toda sociedade brasileira, representada por 200 milhões de brasileiros que exigem uma nova sistemática de sanções para os crimes praticados contra a Administração Pública.



## MEDIDA 4

---

# APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA RECURSAL PENAL

---

## MEDIDA 4

### **APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA RECURSAL PENAL**

# Recurso manifestamente protelatório

## ANTEPROJETO DE LEI

Acresce ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – o art. 580-A, para disciplinar o trânsito em julgado de recursos manifestamente protelatórios.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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.

**Art. 3º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.



## JUSTIFICATIVA

A questão relativa ao trânsito em julgado é das mais sensíveis no âmbito da legislação processual, penal ou civil.

De um lado, há o direito constitucional da parte sucumbente de recorrer para que seja definitivamente afastada qualquer injustiça e, de outro, a necessidade de o processo ter uma duração razoável, de modo que a sensação de impunidade não se propague no seio da sociedade.

É por isso que é premente a necessidade de a decisão judicial revestir-se com a qualidade da coisa julgada.

Por outro lado, o sistema recursal brasileiro, seja no âmbito penal, seja no âmbito civil, dificulta sobremaneira o advento do trânsito em julgado e, mais ainda, propicia o uso dos mais variados recursos tendentes a afastar o trânsito em julgado.

Nesse contexto é que são, em larga medida, utilizadas manobras recursais que, longe de configurarem o legítimo exercício do direito de recorrer, são, isto sim, a representação de seu abuso e do descaso com a Justiça. De fato, simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil e, particularmente, das Cortes Superiores, aponta para o uso indiscriminado de recursos com a intenção única de dilatar o termo final do processo.

Por essa razão, a presente iniciativa legislativa pretende estabelecer que, uma vez que o Órgão Julgador (o qual deve ser, necessariamente, um Tribunal), tenha como manifestamente protelatório o recurso ou considere abusivo o direito de recorrer, deverá certificar o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre e ordenar o imediato regresso dos autos à origem.

Além disso, o eventual recurso ou sucedâneo recursal que seja protocolado contra a decisão do Tribunal não possuirá efeito suspensivo, vale dizer, os efeitos da decisão deverão ser automaticamente levados em consideração.

Outro importante aspecto é que tal decisão acontecerá tanto para o Processo Penal quanto para o Processo Civil.

Cuida-se de iniciativa legislativa que pretende, assim, tornar mais célere o julgamento de processos, sem olvidar a necessidade da existência do duplo grau de jurisdição.

# Pedido de vistas nos Tribunais

## ANTEPROJETO DE LEI

Acresce ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – o art. 578-A, para disciplinar os pedidos de vistas no âmbito dos tribunais.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Acresça-se o art. 578-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

“**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 rerepresentará o processo e viabilizará a continuidade do julgamento.”

**Art. 2º** Aplica-se esta Lei ao Processo Civil.

**Art. 3º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

A questão relativa à morosidade dos julgamentos nos Tribunais e nas Cortes Superiores é das mais sensíveis no âmbito da legislação processual, penal ou civil.

De um lado, há o natural desejo de as questões colocadas em julgamento serem apreciadas da forma mais cuidadosa e abrangente possível e, de outro, a necessidade de o processo ter uma duração razoável, de modo que a sensação de impunidade não se propague no seio da sociedade.

Nesse contexto, é imperiosa a regulação dos pedidos de vistas por membros de tribunais, de modo tal que haja previsibilidade quanto ao julgamento dos recursos ou sucedâneos recursais apresentados. De fato, simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil mostram que alguns processos perduram em demasia (algumas vezes, longos anos) caso haja pedido de vistas, tudo a implicar atraso inaceitável para o processo.

Por essa razão, a presente iniciativa legislativa pretende estabelecer que, se o relator (e, quando for o caso, o revisor) tiver proferido seu voto e ocorrer algum pedido de vistas, necessariamente o processo deverá ser reapresentado para ser julgado no prazo equivalente a cinco sessões.

Ocorrerá, portanto, a conciliação e a ponderação entre a razoável duração do processo e a evidente necessidade de, em alguns casos, o julgador pretender acercar-se de maior cuidado para proferir seu voto.

Outro importante aspecto é que tal decisão acontecerá tanto para o Processo Penal quanto para o Processo Civil.

Cuida-se de iniciativa legislativa que pretende, assim, tornar mais célere o julgamento de processos, sem olvidar a necessidade da existência do duplo grau de jurisdição.

# Revisão dos recursos no CPP

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera os arts. 600, § 4º, 609, 613, 620, 647, 652, 664, todos do Código de Processo Penal e acrescenta o art. 638-A, também ao Código de Processo Penal, no intuito de melhorar a eficiência da Justiça a partir da revisão dos recursos cabíveis.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Revogam-se o § 4º do art. 600, o parágrafo único do art. 609 e o inciso I do art. 613 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

**Art. 2º** Os arts. 620, 647, 652 e 664 do Código de Processo Penal passam a vigorar com as seguintes redações:

“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.” (NR)

“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 a soltura imediata do paciente;

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a 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 de processo criminal tenha 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.” (NR)

“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.” (NR)

“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.” (NR)

**Art. 3º** São acrescidos ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, os arts. 638-A e 667-A .

“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 o recurso especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento.”

“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. 4º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

O principal gargalo para a eficiência da justiça criminal e o enfrentamento à corrupção é o anacrônico sistema recursal brasileiro.

Tal como reconhecido pelo então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo* no dia 22 de dezembro de 2010, “o Brasil é o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais”. É certo que esta ampla e quase inesgotável via recursal tem sido utilizada, na maioria das vezes, para protelar a marcha processual e evitar o cumprimento da lei. Daí a importância de que as condutas tendentes a prejudicar a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional sejam neutralizadas, sobretudo nos tribunais, onde o exame da prova já se encontra exaurido.

De fato, estudo da morosidade judicial promovido pelo Banco Mundial, publicado em 2003, destaca como uma das causas da morosidade o emprego de táticas protelatórias que beneficiam quem as emprega. Ressalta ainda o amplo reconhecimento de brechas da legislação processual brasileira, as quais permitem métodos protelatórios, propiciando oportunidades para que o réu escape da justiça. Como uma das soluções propostas para a sobrecarga do sistema judicial brasileiro, está o aumento da efetividade judicial.

Apesar das metas estabelecidas pelo CNJ, a grande possibilidade de manuseio desarrazoado de recursos emperra a efetiva prestação jurisdicional. Em reportagem de maio de 2014, o jornal *O Globo* noticiou estudo da Fundação Getúlio Vargas em que fora avaliado o tempo de tramitação das ações no Supremo Tribunal Federal, chegando-se à conclusão de que o principal motivo de lentidão é o volume de recursos. Veja-se (<http://oglobo.globo.com/brasil/lentidao-suprema-stf-leva-em-media-cinco-anos-para-julgar-acoes-que-ferem-constituicao-12525704#ixzz3NISSiyDR>):

Entre os motivos para o quadro de lentidão, o grande volume de recursos que tomam o tempo do STF é apontado como o principal. A chamada repercussão geral foi um dos instrumentos criados pela emenda 45 para diminuir esse volume, diz Ayres Britto. Com ele, o STF só aceita recursos extraordinários de temas “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Mas esse instrumento poderia ser mais usado pela Corte. Até 9 de maio, dos casos com repercussão geral reconhecida, mais da metade (65,7%) estava com julgamento do mérito pendente. E, dos casos com julgamento pendente, só 14,07% foram incluídos em pauta; 83,53% estão conclusos ao relator; e há 2,4% “iniciados”.

Outra tentativa de diminuir o número de recursos foi feita pelo ex-ministro Cezar Peluso, autor da PEC 15/2011, que dizia que decisões de segunda instância seriam definitivas. Mas foi alterada em comissão do Senado em 2013. Agora, aguarda votação.

É evidente o espaço e a tentação que as táticas protelatórias representam no processo penal. A sobrecarga de processos em tribunais superiores faz com que o simples despacho de uma petição demore muito. Um estudo da FGV de 2014, por exemplo, revelou que o tempo médio para uma decisão, quando os autos vão conclusos, é de 154 dias, sendo de 54 dias em matéria processual penal e de 64 dias em matéria penal. Após a decisão, o tempo médio de publicação de acórdãos é de 167 dias, sendo de 197 dias em casos de direito penal. Somando tempo de decisão e tempo de publicação de acórdão, decorrem em média 261 dias em matéria penal, isto é, mais de meio ano. Bastam três petições clamando por decisões, como embargos de declaração, para que o feito se arraste por dois anos. O fato de que o decurso do tempo, na seara penal, conduz à prescrição, aliado à demora natural dos feitos, gera um ambiente que estimula o emprego de táticas protelatórias.

Uma das consequências da demora recursal é a impossibilidade de o Brasil repatriar centenas de milhões de reais desviados pela corrupção e que se encontram bloqueados no exterior, pois os demais países só costumam entregar os valores ao país de origem quando há uma decisão definitiva, com trânsito em julgado. É difícil até, no trato diário, que as autoridades estrangeiras compreendam que a decisão final poderá demorar, no Brasil, mais de quinze anos. No Caso Merchants, por exemplo, os Estados Unidos exigiram relatórios trimestrais do andamento dos feitos que embasaram bloqueios efetivados há mais de dez anos.

Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição de 1988, urge sedimentar políticas legislativas que promovam a celeridade processual e coíbam o uso abusivo de recursos, de forma que, preservados os direitos e as garantias individuais, seja também assegurada ao jurisdicionado a garantia de “razoável duração do processo”, na feliz expressão da Emenda Constitucional nº 45/2004. Se, por um lado, não é possível admitir a violação do direito de defesa no processo sumário, tampouco se pode tolerar a morosidade da prestação jurisdicional.

Um exemplo positivo do enxugamento das instâncias recursais decorre da nova sistemática adotada em torno da Lei da Ficha Limpa, que considera inelegíveis os condenados em virtude da prática de crimes graves, por decisão de órgão judicial colegiado, mesmo quando ainda não esgotada a via recursal.

É certo que o duplo grau de jurisdição, entendido como garantia de revisão dos atos jurisdicionais, é um importante princípio do Estado de Direito e, como tal, é recomendável sua integração nos ordenamentos jurídicos democráticos. A garantia individual de ver uma decisão judicial revista por órgão judicial diverso e hierarquicamente superior, porém, não pode ser vista como um direito infinito ao recurso, a serviço da ineficiência do sistema processual penal.

É nesse contexto, pois, que se colocam as modificações legislativas propostas. Elas não maculam, sob nenhum aspecto, as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à ampla defesa, na medida em que se mantém hígido o direito das partes à produção de provas em seu favor, perante um juiz imparcial com competência previamente delimitada; não restringe o direito à assistência por advogado ou à apresentação de razões recursais; nem restringe o direito daquele que, não vendo sua demanda acolhida pelo tribunal, submete a matéria aos tribunais superiores. O procedimento em primeiro grau, aliás, não sofre praticamente nenhuma alteração.

A supressão do § 4º do art. 600 é proposta porque, não raramente, após o protesto pela apresentação de razões em segundo grau, o apelante, intimado para esse fim na instância recursal, deixa de fazê-lo, o que gera a necessidade de nova intimação pessoal do acusado, por vezes via carta de ordem. Embora a medida não pareça acarretar grande atraso, fato é que, em decorrência da grande quantidade de feitos em trâmite nas diversas esferas do Judiciário, pode efetivamente procrastinar o trâmite recursal por meses, enquanto são diligenciadas a localização e a intimação pessoal do acusado na instância de origem.

Assim, a revogação do § 4º do art. 600 do CPP é medida necessária, que traria impactos positivos no trâmite dos recursos e, por outro lado, nenhum prejuízo significativo às partes, já que remanescem os prazos para apresentação das razões na instância recorrida.

Outrossim, segundo o vigente Código de Processo Penal, quando a decisão em segunda instância não for unânime em desfavor do acusado, cabem embargos infringentes e de nulidade. Entretanto, a amplitude dos embargos infringentes e de nulidade tem causado embaraços à duração razoável do processo. Para evitar uma prodigalização excessiva dos embargos infringentes, em prejuízo da celeridade processual, a proposta reduz o seu cabimento ao âmbito realmente importante, admitindo a sua interposição para conferir ao acusado a oportunidade de fazer



prevalecer em seu favor voto vencido pela absolvição. Assim, havendo, no órgão colegiado de segunda instância, voto vencido pela absolvição, o acusado remanesceria com a possibilidade de manejar os embargos infringentes.

Questão também relevante diz respeito aos embargos de declaração, que, não raro, servem a propósitos meramente protelatórios. Veja-se, por exemplo, o caso dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 752.247/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, un., j. 22/5/2012, *DJe*-112, de 23/5/2012. Na ocasião, o réu condenado pela prática de crime interpôs recurso extraordinário cujo seguimento foi negado pelo Tribunal recorrido. Interpôs agravo de instrumento destinado ao Supremo Tribunal Federal, que houve por bem denegá-lo, depois um agravo regimental e três embargos de declaração sucessivos, até que o Supremo Tribunal determinou que fosse certificado o trânsito em julgado do feito, independentemente da interposição de novos recursos.

A proposta de alteração da disciplina dos embargos de declaração visa coibir sua utilização com intuito protelatório, estabelecendo, à luz do vigente artigo 265 do Código de Processo Civil, a imposição de multa passível de adequação à gravidade do abuso processual.

Para ganhar tempo no trâmite recursal, o novo art. 638-A estabelece a simultaneidade do julgamento dos recursos extraordinário e especial em matéria criminal. Hoje, quando são oferecidos recursos especial e extraordinário após o julgamento da apelação, os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial e, apenas depois do julgamento dele é que os autos seguirão para o Supremo Tribunal Federal. Isso faz com que o tempo de julgamento nos dois tribunais seja cumulativo, quando não há óbice para a apreciação simultânea, já que as matérias submetidas a um e outro tribunal são diferentes. A proposta altera essa rotina, estabelecendo o julgamento em paralelo nas duas instâncias, o que economizará anos no trâmite processual. Em prol da eficiência, a proposta inova ao criar um canal eletrônico de comunicação entre os tribunais para que um comunique ao outro o resultado do julgamento quando pender recurso neste último. Por fim, é inserida a suspensão dos prazos prescricionais, o que é uma cópia da proposição contida no § 3º do art. 505 do Projeto 8.045/2010, de um novo CPP.

Noutro giro, as alterações sugeridas para o *habeas corpus* visam evitar que, em instrumento moldado para proteção da liberdade ambulatorial, sejam adotados, por exemplo, expedientes destinados a anular processos de forma açodada; e, por outro lado, compatibilizar sua regência com os princípios previstos no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Por fim, cabe uma ressalva. As causas da morosidade na tramitação das ações e recursos não se resumem à regulamentação do procedimento recursal. Não se ignora que uma série de fatores estruturais, econômicos políticos e sociológicos também têm papel relevante na lentidão dos processos. No entanto, a existência de outros fatores não justifica que não se resolvam os problemas decorrentes de incongruências do procedimento recursal; pelo contrário, deve-se ao máximo implementar os meios necessários para assegurar a viabilização do interesse social na responsabilização dos autores de crimes e o direito constitucional do réu e da sociedade de se valer de procedimento judicial célere para tanto.

# Execução provisória da pena

## ANTEPROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Altera o art. 96 da Constituição da República Federativa do Brasil para incluir o parágrafo único, bem como acrescenta o § 4º ao art. 102 e o artigo 105-A, da Constituição Federal.

Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulga a seguinte emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** A Constituição Federal passa a vigorar com os seguintes acréscimos:

“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.”

“Art. 102. [...]”

§ 4º O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo.”

“Art. 105-A. O recurso especial não terá efeito suspensivo.”

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

Brasília, em X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

Segundo dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, entre 2009 e 2010, foram interpostos 5.300 recursos extraordinários criminais e agravos de instrumento em matéria criminal, o que equivale a 8% do total do período. Destes, apenas 145 foram providos. Esse índice representa apenas 0,22% do total de recursos extraordinários interpostos no STF em 2009 e 2010. Ainda há que se considerar que, desses 145 recursos, 77 foram providos em favor do Ministério Público e 59 tratavam de execução criminal. Ou seja, apenas 9 (nove) recursos extraordinários criminais foram julgados e providos pelo STF em prol da defesa, antes do trânsito em julgado da condenação. Em apenas um (!) desses RE o STF veio a absolver o réu.

Daí, importante retirar o efeito suspensivo dos RE e dos RESP, por alteração constitucional sugerida, tal como era antes de o STF decidir a questão no HC 84.078/MG. Seria o retorno à lógica sistêmica, presente nos ordenamentos do direito comparado e harmônica com as convenções de direitos humanos, que traria de volta a racionalidade do modelo recursal, de modo a privilegiar as instâncias ordinárias, sem prejudicar o direito ao duplo grau e sem tolher a possibilidade de o réu interpor recurso especial ou recurso extraordinário ou, ainda, impetrar *habeas corpus*, para romper acórdãos abusivos proferidos por cortes regionais federais ou pelos tribunais de Justiça dos Estados.

Outrossim, o Conselho da Europa, organização pan-europeia que congrega 47 países daquele continente, aprovou em 1995 a Recomendação R (95) 5, cujo art. 7º, alínea “e”, conclama a que nos Estados Partes as decisões da jurisdição cível e comercial proferidas por tribunais de segundo grau sejam imediatamente executáveis, salvo se esse mesmo tribunal ou uma corte superior (*third court*) determinar a suspensão da execução, ou se o apelante prestar garantias à execução. (*Decisions made by the second court should be enforceable, unless the second or the third court grants a stay of execution or the appellant gives adequate security.*)

Se não bastasse, a garantia da duração razoável do processo e “dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação” não se restringe ao processo civil; é também do processo penal e, neste, não é patrimônio apenas dos acusados, mas também das vítimas e da sociedade. O direito fundamental protegido pelas convenções internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, restringe-se à observância do duplo grau, isto é, ao julgamento justo e imparcial em primeira instância e ao reexame com as mesmas qualidades, por um órgão colegiado superior. Não existe garantia constitucional, convencional ou legal ao quádruplo grau, ou ao reexame sem fim, que suportaria um fantasioso direito fundamental à prescrição, que muitos pensam ler no inciso LV da nossa Constituição.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## Recursos penais e impunidade no Brasil

Leonardo Tocchetto Pauperio<sup>1</sup>

O Brasil não é o país da impunidade. É inclusive um dos países que mais prende pessoas no mundo. Segundo dados do Ministério da Justiça, possui a 4ª maior população carcerária do planeta, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Segundo dados de 2014, divulgados em 2015, são mais de 600 mil pessoas presas nas unidades prisionais espalhadas pelo país.

Mas qual é então o motivo da tão falada sensação de impunidade que muitas pessoas sentem no Brasil? Por que se tornou uma ideia comum a muitos pensar que o Brasil é país campeão de impunidade? Vejo que essas questões podem ser respondidas de modo simples e claro.

Primeiramente, a persecução criminal no Brasil é seletiva. O sistema punitivo alcança com maior força pessoas pobres e negras na maior parte das vezes. De acordo com o Ministério da Justiça, 67,1 % dos presos são negros. Além disso, os crimes que geram mais encarceramento são o tráfico de drogas e o roubo. São dados que revelam a persistência, nos dias de hoje, de um modelo persecutório ultrapassado, de preservação patrimonial de pessoas privadas, concentrado no combate à criminalidade violenta, que precisa mesmo ser combatida, mas que ainda deixa à margem do rigor da lei as formas cada vez mais sofisticadas de corrupção. Os bandidos de colarinho branco, como costumamos chamar, ainda dispõem de uma ampla margem de manobras capazes de retardar - e muitas vezes de afastar - a aplicação da lei penal. E contam com um contexto de mundialização das finanças de pessoas e empresas, cujo trânsito acontece a uma velocidade não acompanhada pelos Parlamentos. O capital acorda na América, almoça num paraíso fiscal, e vai dormir em algum país da Comunidade Europeia. Isso com relativa facilidade.

O processo penal precisa ser renovado. Precisamos de celeridade, que pode ser obtida a partir da simplificação dos procedimentos. Eliminar etapas desnecessárias é uma necessidade de correção do sistema. E tal providência em nada diminui as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse contexto, vejo com bons olhos as propostas de aperfeiçoamento do sistema recursal penal incluídas pelo Ministério Público Federal no pacote de 10 Medidas contra a Corrupção. São propostas que podem pôr fim a algumas manobras conhecidas das sempre tão entusiasmadas bancas de advocacia dos grandes corruptos, que vivem a farejar brechas na legislação processual penal no intuito de bandejar uma incolumidade forçada para a sua fugidia clientela. É aquela conhecida situação em que

---

<sup>1</sup> Juiz Federal. Mestre em Direito Público pela UFBA. Mestrando em Direito Comparado pela Cumberland School of Law (Estados Unidos). Professor da Faculdade de Direito da UFBA

a história é mal contada, mas que não há nada que se possa fazer... Muitas vezes porque a brandura das leis anticorrupção garantiu que o tempo afastasse a possibilidade de punição. Ou melhor, que a insuficiência da lei criada fosse usada para que o abuso do tempo servisse à extinção da punibilidade. Manobras antigas e conhecidas num país que já está cansado de desvio de dinheiro público.

A proposta que prevê a rejeição de recurso manifestamente protelatório da defesa atende à mais criteriosa interpretação do princípio constitucional da razoabilidade. Um direito não pode jamais ser confundido com o abuso, de modo que a uma pessoa não é lícito valer-se disso para, sob o falso fundamento de um direito, atentar contra toda a ordem legal. O abuso desborda do direito, e por isso dele não faz parte.

Uma outra proposta de relevância é o estabelecimento de prazo para os pedidos de vistas nos processos penais. Pela medida que consta do Anteprojeto de Lei do MPF, o membro do tribunal que pedir vistas após o voto do relator terá o prazo de cinco sessões para estudar o caso, findo o qual terá continuidade o julgamento. A proposta consegue conciliar qualidade de julgamento, direito de defesa do réu e eficiência da prestação jurisdicional.

Os embargos de declaração protelatórios, assim como a reiteração excessiva de embargos declaratórios, constituem um problema que ultrapassa qualquer noção de bom senso. É uma aberração do sistema recursal, que uma vez aceita pelos tribunais brasileiros passou a figurar como uma regra de absurdo com indisfarçável insensatez. O sistema recursal brasileiro precisa recuperar a sua seriedade e permitir que os julgamentos ocorram. Por mais óbvio que possa parecer esta afirmação, processo é para ser julgado! Não é possível que o julgamento de um processo seja como que um prêmio de difícil alcance. A prestação jurisdicional é um direito, mas sobretudo um dever, que não pode tardar.

São bons ventos que trazem as medidas propostas pelo Ministério Público Federal. Ventos para arejar ideias, para trazer inovações necessárias, e para afastar brechas que dificultam a aplicação equânime da lei. São novos instrumentos de justiça que podem resolver muitos dos problemas da atualidade, renovando a esperança de tempos melhores e aperfeiçoando o sistema processual penal brasileiro. O combate à corrupção merece um esforço grande da nossa parte.

Marcelo Ribeiro de Oliveira  
Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa  
Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília  
Procurador da República

### **Considerações introdutórias**

O presente ensaio tem a finalidade de apresentar a juridicidade do não conhecimento de pretensões recursais manifestamente infundadas e/ou protelatórias, porquanto caracterizadoras de abuso de direito processual. Em acréscimo, diante da inegável identidade temática, refletir acerca da proposta feita pelo MPF, de introdução do art. 580-A, do Código de Processo Penal, com esse escopo.

Para tanto, far-se-á revisão de literatura sobre o tema, notadamente, sobre a necessidade de se considerar a boa-fé vetor fundamental do sistema jurídico. Alinhada a essa assertiva, examina-se a vedação ao abuso de direitos processuais como elemento concretizador da boa-fé. Em seguida, passa-se a referir a importância da repressão à conduta abusiva dentro da própria relação jurídica, na espécie, a processual, bem como a insuficiência de sanções pecuniárias. Para apoio a essa recensão, mormente para identificação das condições factuais experimentadas na realidade judiciária brasileira, produzir-se-á breve, mas consistente levantamento de jurisprudência.

Sem muitas dificuldades, em consultas aos sítios dos Tribunais Superiores, encontram-se pretensões recursais absolutamente patológicas. Ilustrativamente: Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no agravo regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento - 387730, EDSON VIDIGAL, STJ - CORTE ESPECIAL, DJ DATA:01/03/2004; Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial - 1100732 201001345590, CASTRO MEIRA, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:16/11/2012 e Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 1371959 201002141908, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:01/09/2014. Compulsados esses julgados, como tantos outros, guardam em comum a tentativa por uma das partes em postergar indefinidamente o trânsito em julgado das ações, o que se verifica no âmbito cível e criminal, bem como nas justiças especializadas, notadamente, a eleitoral.

No âmbito das 10 medidas de combate à corrupção, o Ministério Público Federal propõe a edição do art. 580-A, do Código de Processo Penal, com vistas a evitar o manejo disfuncional de recursos, sinalizando, ainda, o emprego de tal medida também no âmbito do Processo Civil:

*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.*

*Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Brasília, X de XXXX de 201X.*

Tal proposta, efetivamente, parece de todo acertada, com a observação de que ela possui, em rigor, uma função expletiva maior do que transformadora. Isso porque a inadmissão de recursos manifestamente infundados e/ou protelatórios já se mostra uma existência do Direito, como meio de não se admitir a perpetração do abuso do direito, expressão essa compreendida como meio de concretização da boa-fé.

Essas bases, ou seja, a caracterização do abuso do direito e a sua condição elemento concretizador da boa-fé, bem como a aplicabilidade desses conceitos ao campo dos abusos processuais é o mote das presentes reflexões. Dessa exposição, passa-se a examinar o acerto da proposta, bem como ao rechaço, com o devido acatamento, de opiniões contrárias à proposta de alteração legislativa.

### **Do abuso de direito ao abuso processual**

De início, devem ser lembradas duas noções indispensáveis para a compreensão do abuso de direito. A despeito de se tratar de uma expressão consagrada na literatura, é amplamente reconhecido, que, em rigor, ela não retrata fidedignamente o fenômeno, pois, na sua caracterização, não se está diante nem de abuso e tampouco de um direito CORDEIRO (2014, 93).

A expressão tida por tecnicamente mais afinada a retratar o instituto é o exercício inadmissível de posições jurídicas, ou ainda, a atuação disfuncional em torno de um dado instituto jurídico<sup>1</sup>, de onde se extrai que nenhuma posição jurídica está imune do exercício disfuncional, que pode ser constatado e reparado, à luz dos vetores do ordenamento<sup>2</sup>, que, por incompatibilidade, pode rejeitá-lo.

Dentro dessa perspectiva, não se pode considerar que o abuso de direito, ainda que desenvolvido no âmbito do direito privado, possa ser considerado atrelado a alguma peculiaridade desse ramo do Direito, como, por exemplo, poderia ser aventado se resultante da autonomia privada, ou mesmo da liberdade das partes, resultante da distinta acepção privatista de legalidade se comparada com o direito público<sup>3</sup>.

A outra noção, distinta, mas que auxilia ainda na compreensão dessa primeira anotação, resulta de o abuso de direito assumir a condição de concretização da boa-fé, cujos vetores para o seu emprego, indicados por MENEZES CORDEIRO, utilizam os princípios que medeiam a tutela da confiança e da materialidade subjacente, bem como o enquadramento de grupos típicos CORDEIRO (2014, 132).

Com efeito, CORDEIRO, ao ressaltar a conquista da boa-fé como dado juscultural (2013, 373)<sup>4</sup>, enfatiza tanto a sua independência de barreiras taxonômicas no âmbito acadêmico, quanto à própria ausência de divisão ontológica entre os ramos do direito público e privado apta a aventar a não cristalização da boa-fé no âmbito do direito público.

Por força da dicotomia entre público e privado, enfatizada no período liberal, a boa-fé centrou-se no comportamento das partes contratantes e nos atos praticados entre particulares, marcados por liberdade e

---

1 CORDEIRO (2014, 132-133). Na mesma linha, CORDEIRO (2013, 879 e segs. e 1294). Nesse último texto, de se destacar o reconhecimento do abuso de direito como "aspiração cultural de integração sistemática". O reconhecimento de que a atuação disfuncional de posições jurídicas implicará a necessidade de se divisarem as condutas ou abstenções por ele admitidas, o que, como nota o eminente professor da Universidade de Lisboa, o exemplo do que se opera com as cláusulas gerais, não permite uma adequada densificação prévia e se sujeita à condição de "*produto do desrespeito da função dos valores que os acompanhem*". Mais adiante (p. 882), repisa-se a condição de disfuncionalidade à luz do sistema: "*O abuso de direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem*".

2 Ou, como anota CORDEIRO (2014, 141), "dos valores fundamentais do ordenamento em causa". Aventando abuso de direito por meio de regras consagradas de direitos fundamentais, exemplificando pelo próprio abuso do processo, confirmam-se ATIENZA e MANERO (2014, 55). Em aproximação similar, trazendo jurisprudência em que o abuso de direito é limitador tanto de direitos fundamentais quanto de personalidade, veja-se ALBUQUERQUE (2006, 67-68). Com referências ao reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (notadamente do Tribunal Constitucional) espanhol, cf. também PICÓ I JUNOY (2005).

3 Faz-se alusão à clássica ideia de se poder agir quanto ao que não é vedado em oposição em fazer-se o que é prescrito.

4 Da boa fé..., p.373. Em perspectiva assemelhada, ROMUALDI (2013, XXIII), anota que a moderna teoria do abuso do direito nasce com a maturidade da consciência do fim social do ordenamento, para realizar um controle das prerrogativas privadas, para além do direito estritamente considerado. Levam-se em conta suas funções econômicas e sociais.



igualdade, em contraposição às posições de competência e de soberania que marca(va)m o direito público (CORDEIRO 2007, 94-96).

Essa distinção, aponta o professor da Universidade de Lisboa, poderia levar à limitação da boa-fé ao orbe privado, mas isso não ocorreu, sendo que, com particular interesse para o presente ensaio, o primeiro setor do direito público sensível ao influxo da boa-fé foi justamente o direito processual, em larga medida, pela sua natureza instrumental em relação ao direito civil<sup>5</sup>.

Além dessa referência ao processo, indicou-se ainda a possível dificuldade no âmbito do direito público material, o que se afastou tanto pela necessidade do acolhimento de conceitos elásticos, para o preenchimento de lacunas normativas, quanto pela boa recepção jurisprudencial.

Para além dessa referência histórica, a junção das duas premissas, quais sejam a de que o abuso de direito é, na verdade, disfunção (objetiva) de posições jurídicas e, ainda, é o meio concretização da boa-fé, sendo essa expressão de valores fundamentais do sistema, entende-se que o enlace da boa-fé com o direito público, mais do que possível, é essencial para o desenvolvimento desse<sup>6</sup>.

Em alguma medida, como se verifica com o desenvolvimento de institutos de forma atomizada<sup>7</sup>, observa-se que o direito público buscou meios de concretizar os vetores fundamentais reunidos na boa-fé, a saber a tutela da confiança e a materialidade subjacente, mas por outras vias, como se pode ver em relação à teoria dos fundamentos determinantes e à teoria do abuso de poder (CORDEIRO 2007,91).

Ao se compreender a boa-fé como um dos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não é difícil imaginar que se possa reconhecer a ela e ao seu concretizador, a tutela do abuso de direito em sede constitucional. Mais do que isso: é igualmente previsível a existência de diversas aproximações da boa-fé com disposições expressas e até mesmo com princípios não escritos nos textos constitucionais.

O levantamento da literatura a respeito da questão confirma essa suspeita, mormente diante do cotejo entre estudiosos do tema à luz de ordens constitucionais distintas e com aproximações variadas. Merece ser observada a pretensão do exame sobre a boa-fé, o abuso de direito como concretizador e a sua incidência no campo processual. Não raro, contudo, veem-se abordagens já voltadas para peculiaridades do processo, como boa-fé processual ou abusos processuais. Além das outras variáveis acima destacadas, o recorte dos autores acaba por ampliar o leque de aproximações possíveis com os textos constitucionais.

PICÓ I JUNOY (2005), ao tratar do tema em Espanha, para além de contextualizar o princípio da boa-fé,

---

5 CORDEIRO (2013, 375) também apresenta julgados do início do século XX, que dão notícia da boa recepção da jurisprudência alemã à tutela da boa-fé, no âmbito do processo civil, ainda que permeada por certa vacilação doutrinal. Essa certa instabilidade, por ele atribuída dada a busca da autonomização científica do processo civil, é também destacada por ALBUQUERQUE (2006, 70-72). Ainda sem discorrer sobre a efetiva a mecânica da aproximação do abuso do direito e processo, CALAMANDREI (1965, 545-546), fazia alusão ao uso disfuncional do processo, assim compreendido o seu emprego para fins que não a efetiva prestação jurisdicional e pontuava, por outro lado, que nem sempre se pode dizer ilícito tal proceder, o que acabaria por ser influenciado, notadamente, pela habilidade do patrocínio da pretensão e que *“per qualche somiglianza colla figura dell’abuso del diritto, si potrebbe denominare l’abuso del processo.”*

6 Já na década de 60 do século passado SILVA (2006, 32-33), para além de sumária retrospectiva histórica, assumia a essencialidade da boa-fé tanto no direito público, quanto no direito privado. Em suas palavras, pp. 32-33: *“A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao ius gentium, e posteriormente estendida às relações entre os civis, através do ius honorarium, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas acciones ex fide bona, nas quais o arbítrio do iudex se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico. Modernamente, fato similar ocorre com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o §242 do BGB.*

*As máximas, que penetram pela cláusula geral no corpo do direito público e privado, encontram-se em certos princípios constitucionais, nas concepções culturais claramente definidas e susceptíveis de serem objetivadas, na natureza das coisas e na doutrina e julgados acolhidos”.*

7 Veja-se por exemplo a similitude empírica entre hipótese de incidência tributária e tipicidade penal, tratadas de forma absolutamente dissociadas, sem embargo do ulterior aproveitamento dos fiscalistas quanto aos desenvolvimentos feitos no âmbito do direito criminal. Sobre esse último aspecto, cf. TORRES (2006).

notadamente, no plano processual, com o devido processo legal, apresenta a sua ligação com os direitos fundamentais previstos no art. 24 da Constituição daquele País, a saber, direito à tutela judicial efetiva, à defesa, à igualdade e a um processo sem dilações indevidas. Além disso, o autor rechaça leituras de que o princípio poderia ter ligação com a justiça e com a segurança jurídica, ao reputar qualquer desvinculação, mesmo implícita, do que denomina “*ejercicio antisocial del derecho*” com tais princípios.

Em relação à ordem constitucional italiana, GHIRGA (2012, 10) sustenta que, em um sistema, caracterizado com a presença de uma Constituição, podem ser extraídas “diretivas éticas” de amplo aspecto semântico, ilustrando com a solidariedade<sup>8</sup>, a dignidade humana e a igualdade, dificilmente um valor estaria fora desse sistema. Dessa premissa, ampliada com a consideração de que a aplicação do direito deve levar em conta para além dos princípios constitucionais, também os vínculos derivados do sistema comunitário, a autora faz aproximação com o abuso do processo, trabalhando-o como cláusula geral, dotada de *duttilità*, a permitir sua formatação aos valores consagrados na Constituição GHIRGA (2012, 21-22).

Em suma, nesse primeiro passo, a autora não aproxima o abuso processual de nenhum preceito constitucional diretamente, mas sim o trata como cláusula geral passível de formatação dos variados preceitos. Sem embargo, prosseguindo em sua aturada monografia, ao reconstruir o abuso processual como um ilícito pluriofensivo, com desenvolvimento do tema (2012, 30), a autora aproxima o abuso processual dos princípios constitucionais da duração razoável do processo, da efetiva garantia de defesa e da paridade.

Sem uma remissão concreta, sobretudo em sede de controle abstrato, a convocação da boa-fé poderia ser dificultada. Sucede, porém, que esse possível embaraço é, na verdade, a demonstração de que, a nosso sentir, o vetor utilizado está em sentido contrário.

Não é a boa-fé que deve ser enquadrada em um elemento positivado, mas o texto constitucional é que pode concretamente vir a ser empregado para assegurar essa viga mestra do sistema, como elemento de alteridade, como ensina COUTO E SILVA (2006,33). As dimensões normalmente invocadas, solidariedade, igualdade ou segurança, mesmo com alguma ressalva, são de fácil percepção como candidatas naturais a fazer emergir a boa-fé, mas não se deve excluir que, apenas para uma ilustração generalizante, se possa encontrar a proteção da tutela da confiança e da materialidade subjacente, no princípio da impessoalidade, no devido processo legislativo e com interesse concreto para o âmbito processual o devido processo legal e a duração razoável do processo entre outros.

A discordância que se apresenta, portanto, é a de que os princípios constitucionais não fazem a boa-fé emergir. Por ser essa uma pré compreensão inerente ao Direito, os princípios constitucionais é que espelham, no caso concreto, a boa-fé. Assim, descabe falar de princípios concretizadores da boa-fé, mas quando muito, em princípios mais próximos, ou que apresentem com maior clareza ou com maior frequência esse valor fundamental do sistema.

---

8 A autora traz um julgado da Corte de Cassação Cível (Cass. civ. III sez. 18 settembre 2009 n. 20106), do qual, como se bem relata, além de promover alentadas considerações sobre o instituto do abuso de direito, refere que o dever de observar a boa fé objetiva ou o dever de correção é um dever jurídico autônomo e expressão de um princípio geral de solidariedade social, radicado no art. 2º, da Constituição. Nas palavras do Tribunal: “*Il principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell’ordinamento giuridico.*” O acórdão, de fato, é muito interessante e merece ser consultado na integralidade, na medida em que faz uma verdadeira retrospectiva histórica do instituto, aos olhos da Corte. Indica-se, por exemplo, que na década de 30, o abuso de direito mais do que um princípio jurídico poderia ser visto como um conceito ético moral (aspecto, como demonstrado também anotado por ROMUALDI, cit.), o que retirava da sua prática a existência de sanção jurídica. Menciona-se ainda que seguramente pelo contexto histórico cultural uma cláusula geral não angariava simpatia. Em outro passo, já com referências contemporâneas à sua edição, o julgado apresenta ainda uma série de precedentes em que o tema do abuso de direito é tangenciado, notadamente, em matéria contratual, com referências a várias espécies e à *exceptio doli*. Também se trazem julgados atinentes à responsabilidade civil e ao campo do direito tributário e sua aproximação com o princípio geral antielusivo.

Assumida a compatibilidade do abuso no processo, como abuso do direito, passa-se a examinar a sua aplicação, seu pressuposto interpretativo, suas fontes concretas, seus requisitos materiais e as constelações de hipóteses catalogadas.

O processo, modernamente, deve ser lido por meio da Constituição e pautado em uma visão cooperativa realista, ou seja, não pode ingênua. MITIDIERO (2011) acerta ao reconhecer o desinteresse empírico das partes em cooperar. Igual é a observação de GREGER (2012, 126), no sentido de que não é de se exigir das partes “íntimo companheirismo”, enfatizando o autor que o melhor entendimento da cooperação é o de que ela faz com que as partes discutam a melhor gestão do processo com o juiz, participando assim do feito.

O autor não assinala essa consequência, mas a atitude não cooperativa, como se vê, aqui ficaria necessariamente punida pela opção da parte, porquanto ela, frise-se, por iniciativa própria, limitar-se-ia a concorrer, em contraditório, para a gestão processual. Esse aspecto, por outro lado, reforça o desenvolvido por CABRAL (2005, 59), no sentido do contraditório como dever da parte.

Essa constatação, como enfatiza CABRAL, leva a outras implicações, como a de que todos os atores têm o encargo de conduzir o processo e de manter sua higidez, sendo essa atuação cooperativa decorrente do contraditório. Essa atuação em contraditório, por certo, não se faz de modo ilimitado.

Nessa perspectiva, sobressai o princípio da cooperação que, como bem enfatiza MACHADO (2015), configura um limite ao exercício dos direitos processuais, incluindo-se o contraditório<sup>9</sup>. Mesmo entendimento pode ser visto em CABRAL (2005), quando salienta que “...o contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo - instrumento público -, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final”.

O aspecto ético da cooperação também é salientado no ensaio de CUNHA (2015), para quem a cooperação “...impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma “eticização” semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa fé e do abuso de direito”.

A síntese de DIDIER (2010) é ainda mais elucidativa, no sentido de que o princípio da cooperação, para além de cláusula geral, é um subprincípio do devido processo legal e da boa-fé processual.

A compreensão que se tem sobre o tema converge para o reconhecimento que, de fato, o princípio da cooperação é decorrente da boa-fé e, como tal, possui forte apelo ético e destina-se também às partes no processo. Nessa trilha, RODRIGUES (2013, 107) aponta o dever de cooperação das partes, em linhas gerais, na imposição de que atuem de boa-fé.

Com essa ideia em mente, cumpre, contudo, dividir esses deveres e suas sedes normativas. Isso porque há deveres extraídos diretamente de normas comportamentais da legislação, assim compreendidas as que prescrevem ações e abstenções e há deveres que resultam do sistema e que se traduzem na proibição do abuso de direito processual.

Ainda sobre as considerações acerca da “eticização”, proposta de CUNHA, cabe anotar que a proposta de

---

9 Ao repelir a ideia de um princípio sem efetividade, o que, de fato, não faria sentido, o autor faz crítica aguda: “Mas então, quando diz o Novo CPC em seu artigo 6º que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, está a recitar uma poesia? Não necessariamente. A cooperação não busca o processo civil dos ursinhos carinhosos. Não. Configura apenas um limite imposto ao exercício dos direitos processuais, especialmente, ao contraditório. Limite que é, no mínimo, tão velho quanto a Constituição Federal de 1988 (e assim já existia, portanto, no recepcionamento do CPC/73), mas que agora desabrocha no CPC/2015.”.

seções estanques de cláusulas gerais de cooperação, boa-fé, abuso do direito, como sugerido, não se mostra a mais adequada, por duas razões: uma, os conceitos estão imbrincados; duas, o adensamento categorizado desses institutos cláusulas é exigível, sob pena de se cair no inadequado “irrealismo metodológico”<sup>10</sup>.

Dentro desse pensamento, tem-se por necessário recobrar a desenvolvida ideia da boa-fé como dado juscultural e valor constituinte, bem como essencial da ordem jurídica (2008, 621), que reclama posturas de atuação das partes, não se tratando de algo etéreo, tampouco remissivo a juízos de equidade ou de medida subjetiva de justiça (ALBUQUERQUE 2006, 89). Em paralelo, convém desenvolver a ideia de que o abuso do direito é a concretização da boa-fé.

Esse dado, mais adiante repisado, afasta, pontualmente, crítica de LOPES JUNIOR (2015), a respeito da medida proposta pelo MPF, aqui entendida como reflexo da defesa da tutela da probidade processual, no sentido de que se estaria diante de conceito fluído e indeterminável.

Notadamente, no âmbito do processo, COSTA E SILVA (2008, 621) enfatiza a condição da boa-fé como vetor do sistema processual, a guiar o comportamento das partes, pontuando que “...o processo não é agnóstico, não se podendo confundir os planos da provocação de efeitos processuais típicos com a admissibilidade ou a procedência da postulação”. No processo penal, SOUZA (2007) partilha dessa compreensão.

O abuso do direito assume, assim, a condição de concretizador da boa-fé, cujos vetores para o seu emprego, indicados por CORDEIRO (2014, 132), são os princípios que medeiam a tutela da confiança e da materialidade subjacente CORDEIRO (2013, 1234-1257), bem como o enquadramento de grupos típicos, a saber, o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício, com a advertência feita de que não esgotam as possibilidades criativas do sistema, o que pode inferir também a possibilidade de superposição entre as figuras, bem como outras possibilidades de abuso não encerradas nos grupos identificados.

No âmbito processual, inspirado na doutrina alemã, CORDEIRO (2013, 141-142) vislumbra quatro constelações de casos em que se consagra a aplicação da boa-fé no processo: a proibição da adoção de posições processuais dolosas, do *venire contra factum proprium*, do abuso de poderes processuais<sup>11</sup> e da *supressio*. No direito brasileiro, em ótima dissertação sobre o tema SANTOS (2008), a seu turno, sustenta a boa-fé objetiva como norma: a vedar atuação dolosa de posições processuais; a otimizar garantias processuais constitucionais; a proscrever o *venire contra factum proprium*; a assegurar a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável e a orientar a atuação do poder Judiciário frente aos jurisdicionados.

Para além das classificações variadas, podem ser extraídas, sobretudo na literatura comparada outras situações equiparáveis ao abuso processual e que podem ter valia para a o direito brasileiro. Sem pretensão de exaurimento, citam-se: abuso do direito de impugnar o juiz (*abuse of challenge*); abuso de petição para reagendamento de inquirição (*rescheduling of hearing*); abuso do direito de apelar e abuso do direito de ação (cf. TANIGUCHI 2000, 167 e segs.); fracionamento de crédito/agravamento da posição do devedor; uso do instrumento processual, não para a obtenção do efeito natural, mas para outra finalidade, como na dilação procedimental; comportamento não correto ao standard de diligência profissional, a englobar a chicana e o formalismo excessivo e uma quarta, que apodera o juiz de, discricionariamente, considerar o comportamento como abusivo.

---

<sup>10</sup> Sobre a expressão, sua extensão e alcance, veja-se CORDEIRO (2012, XXXI)

<sup>11</sup> Explicitada pelo autor (p. 143), como figura residual, a abarcar a chicana e o arrastamento injustificado do processo.

Nos direitos grego e norte americano<sup>12</sup>, vê-se a vedação do comportamento contraditório dentro de um mesmo julgamento, com alegações conflitantes, ou com pedidos incompatíveis, bem como, com grande relevo em contenciosos de massa, situação comum no Brasil, a possibilidade de o comportamento processual contraditório verificar-se em procedimentos sucessivos. De se lembrar que o *judicial estoppel* tem função protetora da integridade e da coerência do Judiciário e que essa díade restou valorada no nCPC brasileiro, conforme o art. 926, pode-se pensar no desenvolvimento de construções no sentido de sua implementação.

Com casos exemplificativos, com o reconhecimento de que dever de cooperação impõe o dever de atuar de boa-fé SOUSA (1997, 62-63), concebida na acepção subjetiva, quanto na objetiva, que se estende ao campo probatório em que mesmo a parte não onerada deve colaborar com o deslinde dos fatos, assim como no campo do processo executivo, na medida em que acarreta o dever de apresentar informações devidas para a realização da penhora DIDIER (2009), resta saber que normas invocar, para além do princípio da cooperação e que consequências podem ser buscadas.

Essa constatação converge para a constatação de o abuso dos direitos processuais, no cotejo com a litigância de má-fé, possui, diversamente dessa, uma dupla função sancionatória.

Ele pode, de fato, prestar-se à indenização, mas dentro de sua ontologia, tem-se que a sua missão primeira é levar à cessação de condutas abusivas, impedindo a produção de seus efeitos. Outro aspecto de se enfatizar é a desnecessidade de lei sancionatória específica, sendo o expurgo dos atos disfuncionais uma consequência do reconhecimento do exercício inadmissível de posições jurídicas.

A proposta feita pelo MPF, de introdução do art. 580-A, do Código de Processo Penal, portanto, é elogiável na medida em que se faz expletiva e catalizadora de uma exigência do sistema jurídico para a repressão da improbidade processual.

O *estoppel*, o *dismissal*, o *duty to mitigate the loss*, a vedação ao fracionamento do crédito, a preclusão de atos instrutórios dilatados dolosamente, a perda de recursos, com trânsito em julgado de decisões, corrobora a força das sanções endoprocessuais. Dificilmente, sanções pecuniárias teriam maior força dissuasória do que a nulificação ou o esvaziamento da pretensão de uso disfuncional do processo. Equiparáveis a elas somente se poderia falar nos danos punitivos e de larga monta, mas que são incompatíveis com a tradição dos Países de *civil law*, já tímidos nas sanções pecuniárias existentes e ineficazes para coibirem tais usos distorcidos.

Dessa leitura, com as inevitáveis demonstrações da ocorrência da situação abusiva e do contraditório, tem-se que toda situação é passível de ser sindicada como abusiva. Dentro da perspectiva, desenvolvida de forma multifacetada nos diversos ordenamentos, tendente a uma administração da justiça mais eficaz, para além da consagração dos valores inerentes ao sistema e mesmo de garantias constitucionais, tem-se que a consagração da vedação dos abusos processuais, com a exclusão do sistema de condutas disfuncionais, como a mais simples, mais eficaz e mais apropriada forma de refrear comportamentos processuais abusivos.

Sem dúvida, não se trata de algo simples, sobretudo, em razão de possíveis implicações em outros campos da ciência processual.

O Brasil depara-se com um cenário particularmente interessante no campo das nulidades. Começa a ganhar corpo, em boa hora, o entendimento no sentido de se reverem as classificações de nulidades,

mormente a dita absoluta, passando-se a um exame associado à noção de prejuízo também evoluída, muito mais afeta à ocorrência (ou oportunidade) de um contraditório (poder-dever) efetivo, do que uma noção estritamente individualista<sup>13</sup>.

Essa relativização em larga medida pode ter a concretização da boa-fé como um dos seus catalizadores. Com efeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, notadamente, nesse último, encontram-se julgados que refreiam o que ali se cunhou como “nulidade de algibeira” ou “nulidade de bolso” SILVA e FONSECA (2015).

A expressão, bastante intuitiva, visa a impedir comportamentos atentatórios à boa-fé processual, caracterizados pela invocação tardia de nulidades, ou seja, pela postura de “guardar no bolso, na algibeira” de uma nulidade para sua invocação tardia, com retardo na marcha processual, com fomento a preclusões, sobretudo, no âmbito penal.

Os julgados localizados, contudo, ainda não tratam com clareza a inviabilidade desse comportamento como reclamo da vedação ao abuso dos direitos processuais. Invocam-se, por vezes, a inadmissibilidade desse cenário por um clamor de razoabilidade e, em outras, como a proscricção do processo como difusor de estratégias, o que, pode ser compreendido como a tese aqui sustentada com outras palavras.

Ditas decisões podem ganhar reforço dogmático se bem compreendido o contraditório como dever e se encarada com seriedade a responsabilidade que todos os sujeitos processuais possuem de zelar pela condução adequada do processo, como observância não apenas do princípio da cooperação, destacado *ad nauseam*, mas também a duração razoável do processo.

Por mais que os recursos não sejam causa ôntica da morosidade judicial CORDEIRO (2014, 24)<sup>14</sup>, a profusão de medidas de impugnação tarda a tramitação judicial. O uso manifesto desses meios de impugnação, sem chance de reversão efetiva do decisório e apenas com o fim de retardar o trânsito em julgado, conforme já assinalado, configura abuso do direito de recorrer.

A despeito de exigir que tal expediente mostre-se muito evidente, o que ainda arrefece a aplicação do abuso de direito, os tribunais superiores brasileiros, a incluir o Supremo Tribunal Federal, em matérias cíveis, eleitorais e até criminais, estão a negar trânsito a recursos manifestamente protelatórios. Mais do que isso, ao assim procederem, os julgadores reconhecem o trânsito em julgado como verificado antes da interposição não conhecida e remetem os autos às instâncias inferiores para as providências executivas, se for o caso. Para além dos casos trazidos no preâmbulo dessas reflexões, faz-se referência, ilustrativamente, aos seguintes: EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1451856 RN, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/03/2015<sup>15</sup>; ROMS 15661, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:28/04/2003 PG:00217<sup>16</sup>; HC 119185, GILMAR MENDES, 05.11.2013<sup>17</sup>; AI-AgR-ED-ED 857900,

---

13 Por todos, veja-se CABRAL (2010).

14 O autor obtempera a assertiva, ao reconhecer que o âmbito dos articulados, por vezes dissociados da causa e a ausência de freios efetivos à procrastinação (não necessariamente recursal) é que são graves.

15 *PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO COM NÍTIDO CARÁTER PROTTELATÓRIO. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMEDIATA BAIXA DOS AUTOS. 1. A mera desconformidade do embargante com a rejeição da tese que entende cabível não caracteriza omissão, devendo ser atacada pelo meio processual idôneo, e não pela via estreita dos embargos de declaração. 2. A Terceira Seção não possui competência para conceder habeas corpus em face de acórdão prolatado por Turma do próprio Tribunal. 3. A reiterada insistência do recorrente evidencia nítido caráter protelatório do recurso, configurando abuso do direito de defesa. 4. Embargos de declaração rejeitados, determinando-se a imediata baixa dos autos para execução da pena, procedendo-se à certificação do trânsito em julgado.*

16 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA ESTADUAL. PROCEDIMENTO

ROSA WEBER, 4.2.2014<sup>18</sup>; HC 114384, MARCO AURÉLIO, 21.5.2013<sup>19</sup>; HC 106764, TEORI ZAVASCKI, 07.05.2013<sup>20</sup>.

A despeito de serem julgados que buscam refrear condutas manifestamente abusivas, o que, à partida, é elogiável, vê-se que se utiliza como fundamento a necessidade de demonstração de intenção procrastinatória. Além disso, em vários dos casos, a atitude enérgica de impedir a produção de efeitos da prática abusiva somente ocorreu depois de três ou quatro recursos sucessivos, todos eles sem qualquer chance de êxito.

Por outro lado, esses julgados ainda se mostram interessantes por produzirem a sanção pelo comportamento abusivo no âmbito da própria dinâmica em que produzido o ato abusivo e não de forma pecuniária.

Houve casos em que, mesmo com a multa aplicada pelo recurso protelatório, a parte insistia em tentar com recursos infundados a evitar o trânsito em julgado. Isso pode ser explicado, nos casos penais e eleitorais, em que a efetivação de boa parte dos provimentos exige o trânsito em julgado. Nas questões cíveis, por vezes, os custos de um provimento desfavorável, justificam a intenção procrastinatória. Esses fins, contudo, e à toda evidência, não são a razão de ser, juridicamente falando, dos meios recursais, devendo o órgão julgador, com base no abuso de direito, fazer cessar a produção dos efeitos.

Ainda que não se tenha feito a construção proposta e apenas se tenha lançado, por vezes, a expressão abuso de recorrer, em termos práticos, o Judiciário brasileiro acabou por bem refrear condutas processualmente disfuncionais.

A respeito disso, não se pode deixar de destacar uma vez mais os §§2º e 3º do art. 1026 do nCPC, que, a despeito de limitarem-se aos embargos de declaração, podem ser um ponto de partida para a criação do *dismissal* de recursos disfuncionalmente aviados, no direito brasileiro, o que também converge para a proposta de introdução do dispositivo ora em exame.

---

ADMINISTRATIVO REGULAR. DEMISSÃO. RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS SUCESSIVOS. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA DA CONCRETIZAÇÃO DO ATO PUNITIVO. IMPOSSIBILIDADE. Após regular apuratório administrativo, com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, decidiu o Conselho da Magistratura pela demissão da recorrente, com a possibilidade, nos termos do art. 313 do RITJ/PR, de interposição de recurso com efeito suspensivo. Recurso interposto; decisão denegatória e sucessivas oposições de embargos declaratórios protelatórios, até que após o julgamento do terceiro dos embargos, decidiu o Órgão pelo cumprimento da decisão, com a conseqüente concretização da punição. Não há falar-se em violação ao respectivo dispositivo do Regimento, que nem mesmo tem a amplitude dada pela recorrente. Ausência de direito, muito menos líquido e certo. Recurso desprovido.

17 Habeas corpus. Penal e Processual Penal. 2. Ajuizamento de recursos manifestamente protelatórios no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Determinação de baixa imediata dos autos para início da execução da pena, independentemente da publicação do acórdão e do trânsito em julgado da condenação. 3. Precedentes. 4. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

18 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. SÚMULA 699/STF. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. 1. Ausentes os vícios de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão justificadoras da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência. 2. A sucessiva interposição de recursos manifestamente inadmissíveis ou improcedentes traduz o intuito meramente protelatório da parte, a autorizar o imediato cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão. Precedentes. 3. Embargos de declaração rejeitados, com determinação de imediata certificação do trânsito em julgado e de devolução dos autos à origem

19 HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. RECURSOS PROTTELATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. TRÂNSITO EM JULGADO RECONHECIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM DENEGADA. 1. Caracterizado o abuso do direito de recorrer pelo manejo de sucessivos recursos protelatórios, impõe-se a certificação do trânsito em julgado e o imediato cumprimento da decisão condenatória, independentemente de publicação. Precedentes. 2. Habeas corpus denegado.

20 FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DETERMINAÇÃO DE BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS PARA CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PRÓFERIDO PELO STJ EM RAZÃO DA INTERPOSIÇÃO DE SUCESSIVOS RECURSOS MANIFESTAMENTE INCABÍVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. É inviável o conhecimento, em sede de habeas corpus, de matéria não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes. 2. A interposição de sucessivos recursos manifestamente incabíveis – cujo único propósito é protelar o trânsito em julgado da condenação –, caracteriza flagrante abuso do direito de recorrer, a justificar, excepcionalmente, a execução da decisão independentemente da publicação do acórdão. Precedentes. 3. Ordem denegada.

Análise das objeções e críticas à proposta de alteração legislativa

No salutar diálogo sobre a pertinência da mudança legislativa proposta, exsurgiram críticas à formulação. Faz-se um breve panorama daquelas conhecidas, com o intuito de verificar o mérito, a pertinência dessas objeções.

A consultoria do Senado aduz que a modificação seria inaplicável à apelação e aos embargos infringentes. Ao primeiro, descaberia, diante da possibilidade de interposição do recurso sem a articulação das razões de inconformismo, o que faria a proposta ser de pouca aplicação. No que toca aos embargos infringentes, aduz haver ampla possibilidade de rediscussão de matéria fática, não podendo a reanálise ser abusiva, porquanto vista como direito subjetivo da parte. A outra crítica é a de que a redação alteraria o conceito de trânsito em julgado, na medida em que a decisão que determina o trânsito seria passível de recurso. Isso seria contra a essência da condição de coisa julgada e vulneraria a “presunção de inocência” (sic).

Essa última crítica também é feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que fala em alteração de momento do trânsito em julgado e impertinência do tema, no que concerne ao combate à corrupção.

LOPES JUNIOR (2015), em ensaio veiculado no boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, questiona qual seria a distinção entre recurso protelatório e a ampla utilização dos recursos legalmente previstos, entendendo pela impossibilidade de existir abuso do direito de recorrer quando a parte, objetivamente, preencher os requisitos recursais. Critica-se, ademais, o emprego das expressões “abusivo” e “manifestamente protelatório”, de amplitude semântica como via para o decisionismo judicial.

As críticas não procedem, mas são merecedoras de respeito contraponto.

Seguindo-se a ordem apresentada, tem-se que a inaplicabilidade à apelação e aos embargos infringentes é um argumento real, mas que prova menos do que pretende e expõe, em rigor, outra deficiência do sistema recursal, que poderia ser aprimorada. De fato, mostra-se difícil apontar disfuncionalidade do manejo de recursos amplos, em que não se exige fundamentação, ou com ampla possibilidade de revisitação da base factual. Em rigor, o que parece errado, em uma tentativa de construção de processo cooperativo e dialógico, é a manutenção de um recurso sem fundamentação. Por ora, o argumento da apelação, no âmbito penal (a medida não é só para fins penais), procede, mas o que merece ser discutido cientificamente é se no estágio de condições das partes, na busca da desejável paridade entre os atores em juízo, é ainda de ser mantido um recurso amplo e não fundamentado. Quanto aos embargos infringentes, a patologia é a sua própria existência, mostrando-se sem qualquer razão de ser. De toda sorte, ainda que aceitas tais limitações, uma amplíssima gama, atinente aos demais recursos poderiam ter o devido filtro, de modo que a medida é, sim, eficaz e aplicável. No que diz respeito, à suposta alteração do trânsito em julgado, o argumento não procede. O que se promove é a inadmissão do recurso (*dismissal*). Dessa inadmissão, o efeito lógico é o trânsito em julgado, sem qualquer revolução processual, diversamente das críticas lançadas. Tal decisão, contudo, é grave e no lugar, contudo, de exigir da parte o manejo de ação rescisória ou de revisão criminal, permite o pronto controle do ato pela via recursal. Não há violação à presunção de não culpabilidade ou qualquer juízo outro que não o de descabimento do recurso.

A crítica de “impertinência temática” quanto ao combate à corrupção, também não é de ser acolhida. Tal medida certamente poderá, em sendo incorporada ao ordenamento, mesmo crendo que sua maior virtude seja expletiva e não criadora de uma situação processual, ser adotada como meio de assegurar que os processos de corrupção, historicamente arratados no tempo, tenham a duração adequada, ainda, que, de



fato, a medida não se limite a elas. Para que um dado efeito legislativo possa ser obtido em favor da repressão a uma prática nefasta, como a corrupção, reconhecida pelo próprio Conselho Federal da OAB, como uma das maiores chagas da nação, não se faz necessário ou exigível que esse efeito seja limitado a esses crimes.

A ideia de que o mero preenchimento objetivo dos requisitos recursais seja bastante para que não haja abuso recursal não pode ser aceita. Ela contraria toda a linha de raciocínio exposta, no sentido de que o exercício de uma posição jurídica seja funcional e ética. Os precedentes apontados ao longo desse breve estudo felizmente corroboram, ainda que timidamente, com essa ideia.

O questionamento quanto ao emprego de expressões tidas como débeis semanticamente, com o devido acatamento, não é acertado, primeiro, porque, no que concerne ao abuso do direito, não se trata de algo puramente fluido. Trata-se de uma expressão cunhada historicamente e que tem os seus matizes bastante delineados, conforme anteriormente aduzido; segundo, o emprego de conceitos fluidos e indeterminados, como a linguagem como um todo CHRISTIE (1964, 885), é da essência do Direito. Há espaço para subjetividade, sim, o que não se confunde com arbítrio, obviamente inaceitável<sup>21</sup>; terceiro, como toda decisão, a inadmissão é sujeita a controle, mormente, na hipótese de se encontrarem decisões solipsistas, na expressão usada por STRECK, referido por LOPES JUNIOR. Essa decisão, de fato, tem de ser rebatida, seja por ser abusiva, seja por ser disfuncional, assim, como os manifestamente infundados e/ou protelatórios.

## Síntese

Diante das considerações lançadas, reafirma-se que o processo, tanto civil quanto penal, assim, como qualquer ramo do Direito, exige uma atuação funcional. Coibir o abuso do direito, expressão consagrada e que reflete a inadmissão do exercício disfuncional de posições jurídicas é exigível do intérprete.

A negativa de recursos que se mostrem com essas condições é, desde já, imposição do sistema e timidamente, os Tribunais Superiores já vêm se utilizando dessa compreensão. A inovação legislativa proposta, qual seja, a da introdução do art. 580-A, do Código de Processo Penal, aliás, vista, em parte, nos §§2º e 3º do art. 1026 novo Código de Processo Civil, visa a impedir a postergação dos autos quando se demonstrar (e essa demonstração é ônus do julgador e sujeita a controle) a utilização do recurso, não para o fim natural deste, qual seja, a revisão do ato judicial atacado, mas para se protrair os seus efeitos, prejudiciais ao recorrente.

## Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Pedro de. Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. Coimbra, Almedina, 2006

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Luiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte. Revista de Processo, vol. 126, p. 59, Ago/2005.

\_\_\_\_\_. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de

---

<sup>21</sup> Ainda sobre a amplitude semântica, notadamente, ao defenderem a figura dos standards, útil à própria matéria em exame, Cf. STEIN e PARCHOMOVSKY (2015, 166). Cuidando, por exemplo do livre convencimento, abordado por LOPES JUNIOR, NEVES (2011, 145) é de se enfatizar que a apreciação da prova não deve ser compreendida como discricionariedade, puramente emocional. Mais do que isso ela deve ser fundamentada. No mesmo sentido cf. COSTA (2013), mais agudo no sentido de não se poder confundir livre convencimento com íntima convicção, pontuando que a liberdade de apreciação não pode ser conduzida a uma "carta branca ao arbítrio".

Janeiro: Forense, 2010

CALAMANDREI, Piero, *Il Processo come giuoco*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, vol. I, 1965, pp. 545-546.

CHRISTIE, George C. *Vagueness and Legal Language*. 48 *Minnesota Law Review*, pp. 885-911, 1964.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 3 ed. aum. e atual. à luz do Código de Processo Civil de 2013, Almedina, Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5ª. Reimp., Coimbra, Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no equilíbrio financeiro*. *Cadernos O Direito*, nº 2, 2007, Coimbra, Almedina.

\_\_\_\_\_. *Introdução à edição portuguesa da obra Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhem Canaris, 5 ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2012.

COSTA, Guilherme Recena. *Livre convencimento e standards de prova, em 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). São Paulo, Malheiros Editores, pp. 356 e segs., 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Texto acessível no website do autor. Link: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>

DIAMANTOPOULOS, Georgios. *Judicial Estoppel. Contradictory procedural behavior in Greek na American Law*. Em *Zeitschrift für Zivilprozess International*, Köln, Wolters Kluwer, vol. 17, ed. 2012

DIDIER, Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010

\_\_\_\_\_. *Contribuição para o entendimento da norma do art. 620 do CPC (Cláusula Geral de Proteção contra o abuso de direito pelo exequente*. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. 173, jul/2009, pp. 373 e segs

GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, in, *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 206, 2012.

LOPES JR., Aury. *Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...* *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 23 - Nº 277 - dezembro /2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris (2015)*. Texto acessível na página do site *acedemia.edu* do autor: <https://fdv.academia.edu/MarceloMachado>.

MITIDIERO. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 194, abr. 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional*, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, Nº. 18, 2005.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra, Almedina, 2013

ROMUALDI, Giuliana. *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2013.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *A boa-fé objetiva no processo civil. A Teoria dos Modelos de MIGUEL REALE aplicada à Jurisprudência Brasileira Contemporânea*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto e (A obrigação como processo. Reimpressão da tese apresentada em 1964, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFGRS). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e FONSÊCA, Vítor. *Nulidade de algibeira e boa-fé processual*. Artigo publicado em <http://portalprocessual.com/nulidade-de-algibeira-e-boa-fe-processual/>. Último acesso em 8 de julho de 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2 ed. Lex, Lisboa, 1997

SOUZA, Alexander Araújo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007.

STEIN, Alex e PARCHOMOVSKY, Gideon. *Catalogs*, 115 *Columbia Law Review* 165-209, 2015.

TANIGUCHI, Yasuhei. *Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure* *Tulane Journal of International & Comparative Law*. Vol. 8, pp. 167 e segs. 2000

TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da tipicidade no direito tributário*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, fev-abr. 2006.



## MEDIDA 5

---

MAIOR EFICIÊNCIA DA AÇÃO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

---

## MEDIDA 5

**MAIOR EFICIÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

# Procedimento para agilizar a tramitação da AIA

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera os §§ 7º, 8º, 9º e 10 do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para agilizar a tramitação da ação de improbidade administrativa.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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.” (NR)

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

As alterações propostas nos aludidos dispositivos do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, buscam implementar melhorias no rito procedimental relacionado às ações de improbidade administrativa, a fim de superar uma das principais causas responsáveis pela notória morosidade na tramitação dessas ações.

Pretende-se, com efeito, a extinção da esdrúxula fase de notificação preliminar e recebimento da ação de improbidade administrativa.

A Lei da Improbidade Administrativa teve como um de seus objetivos criar um mecanismo judicial célere que permitisse a responsabilização de natureza cível e administrativa com relação a agentes públicos que praticaram ou tentaram praticar atos ímprobos.

No entanto, ultrapassados mais de vinte anos desde a edição da Lei nº 8.429/1992, o que se tem é um excessivo e irrazoável rigor procedimental no processo de sancionamento por atos de improbidade administrativa, ao passo que o processo penal – o qual tutela bem jurídico ainda mais importante para o indivíduo (a liberdade) – tornou-se mais ágil do que o processo civil correspondente (ao menos no que se refere à tramitação das ações penais em primeiro grau de jurisdição).

A morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa é nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer a meta das Justiças Estadual, Federal e Militar, além do Superior Tribunal de Justiça, para “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” (Meta 18, de 2013).

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado. Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes, pelo país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que *nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta*. Segundo as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011, havia, no Poder Judiciário, um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas. Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, bem como criar meios para destravá-los.

O primeiro obstáculo procedimental à celeridade das ações de improbidade administrativa é, sem dúvida, a fase de notificação preliminar e recebimento da ação, antes mesmo da citação do réu.

Dito procedimento, criado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, tinha a intenção declarada de possibilitar um contraditório prévio, a fim de evitar a tramitação de ações consideradas temerárias. Assim, pretendia-se conferir ao julgador a oportunidade de, antes mesmo de admitir ou não a tramitação do processo, conhecer os argumentos de defesa do réu e deliberar pelo não recebimento da ação, quando convencido liminarmente da inexistência do ato de improbidade, da im procedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Ocorre, desafortunadamente, que a MP nº 2.225/2001 acabou por criar a necessidade de uma dupla notificação/citação do réu já que, após a notificação preliminar e a decisão sobre o recebimento da ação, ainda se faz necessária a citação pessoal do réu.

Na prática, isso implica que o réu deverá ser intimado pessoalmente duas vezes: a primeira, para se manifestar sobre os termos da ação, e a segunda, para contestá-la. Não há, entretanto, diferença substancial entre as defesas da primeira notificação e da segunda citação; em regra, há a mera repetição da peça uma vez que o réu pode, já na manifestação preliminar, apresentar toda a matéria de defesa fato e de direito, na tentativa de convencer o julgador a rejeitar liminarmente a ação.

Esse procedimento esdrúxulo constitui verdadeiro obstáculo à celeridade na tramitação das ações de improbidade administrativa porque os dois atos – notificação preliminar e citação – devem ser dirigidos à pessoa do réu, não se podendo sequer fazê-lo pelo advogado constituído. É comum que, após diversas tentativas de localizar o réu para receber a notificação para manifestação preliminar, tais tentativas tenham que ser refeitas após o recebimento da ação, apenas para que o réu possa ser agora citado pessoalmente.

A situação é agravada quando há diversos réus na ação, já que o recebimento da inicial somente poderá ocorrer após a notificação preliminar de todos eles. Muitas vezes, a citação somente vem a ocorrer anos após a primeira notificação, quando o réu já mudou seu endereço.

Ainda deve-se levar em consideração que, no governo federal e nos governos estaduais, é extremamente comum que os detentores de cargos de direção sejam requisitados de outros órgãos ou deslocados de outras lotações para o exercício daquele cargo, de forma que essas pessoas mudam de endereços constantemente. Com a necessidade de dupla notificação/citação, em regra não se logra localizar o réu no mesmo endereço da primeira notificação.

As consequências terríveis desse procedimento para a tramitação das ações de improbidade administrativa ficam ainda mais evidentes diante de casos concretos que demonstram a verdadeira paralisação dos processos em razão dessas dificuldades.

Veja-se a ação de improbidade administrativa relacionada ao caso do Projeto Correio Híbrido Postal, um dos desdobramentos do famigerado esquema de fraudes nas licitações dos Correios, envolvendo, dentre outros, Maurício Marinho, que ganhou notoriedade nacional a partir da divulgação de registro de vídeo em que recebia propina.

A ação, com sete réus, foi proposta em 29 de julho de 2010. A fase de notificação preliminar dos réus somente foi concluída em julho de 2013, ou seja, três anos depois da propositura da ação. Em seguida, em 12 de novembro de 2013 foi proferida a decisão de recebimento da petição inicial e ordenada a realização da citação dos réus. Desde então, decorrido bem mais de um ano desde a decisão de recebimento, o processo ainda se encontra na fase de citação.

Ressalta-se que o ato de comunicação processual que está sendo realizado nesta fase – a citação – não é essencialmente diferente do ato de notificação, pois ambos visam dar conhecimento ao réu do teor da acusação formulada e permitir a defesa.

Ou seja, nesta ação foram necessários três anos apenas para que fosse concluída a fase de notificação preliminar dos réus e, na fase seguinte, mais um ano já foi consumido apenas para renovar a comunicação processual, não sendo possível prever quando, finalmente, se iniciará a fase de instrução do processo.

Diga-se, mais ainda, que muito provavelmente os réus terão o trabalho único de renovar as linhas de argumentação já oferecidas por ocasião da defesa preliminar, em um verdadeiro faz de conta procedimental no qual o único perdedor é o Princípio da Razoável Duração do Processo, estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

O caso aludido não é isolado. Uma simples pesquisa da tramitação das ações no Poder Judiciário permite identificar diversos outros processos nos quais a marcha processual das ações de improbidade administrativa foi atrasada em alguns anos, diante da fase de dupla notificação/citação dos réus.

Nessa linha, os mesmos percalços sofreu a ação em face de dirigentes da FUB (Fundação Universidade de Brasília) e do CESPE (Centro de Seleção e Promoção de Eventos da UnB, responsável pela realização de boa parte dos concursos do país), proposta em razão de burla à Lei de Licitações e do desvio de recursos para empresas cujos sócios tinham vínculos com dirigentes do CESPE.

A ação, com sete réus, foi proposta em 15 de outubro de 2008. A fase preliminar somente foi concluída quatro anos após, com o recebimento da ação em 6 de novembro de 2012. Em seguida, foi necessário aguardar mais um ano e meio para a renovação das citações, e a instrução processual somente foi realmente desencadeada em julho de 2014, com o despacho que determinou às partes a indicação das provas a serem produzidas.

Outros tantos atos de improbidade administrativa acabam por ter a mesma sina: embora a investigação identifique graves atentados ao erário e aos princípios da Administração Pública, a efetiva aplicação de penalidades acaba por ser prejudicada em razão do distanciamento temporal entre o julgamento e a acusação, que no caso é consubstanciada pela propositura da ação.

Para sanar esse problema, pretende-se trazer para a ação de improbidade administrativa um rito de recebimento semelhante ao que foi implementado para o processo penal, pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. A reforma instituída por esse diploma modificou o Código de Processo Penal para criar uma fase de análise preliminar da (in)viabilidade da acusação que é realizada, no entanto, *após a citação* do réu.

Com a instituição de um momento único de citação do réu, seguido de uma análise preliminar sobre a viabilidade da ação, entende-se que se está contemplando tanto a preocupação que deu origem à fase de dupla notificação/citação criada pela MP nº 2.245/2001 (evitar a tramitação de ações temerárias), quanto a necessidade de agilizar a tramitação do processo judicial mediante a extinção da desnecessária duplicidade de notificação pessoal para instauração do processo.

Nessa linha, a jurisprudência tem entendido que o procedimento criado pela Lei nº 11.719/2008, na esfera processual penal, suplantou até mesmo o procedimento de notificação preliminar do funcionário público previsto no art. 514 do Código de Processo Penal, uma vez que é mais democrático e, ao mesmo tempo, respeita o contraditório prévio.

De fato, veja-se o entendimento exposto pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (HC nº 115441/MT):

[...] a reforma processual penal estabelecida por legislação editada em 2008 revelou-se mais consentânea com as novas exigências estabelecidas pelo moderno processo penal de perfil democrático, cuja natureza põe em perspectiva a essencialidade do direito à plenitude de defesa e ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório.



Bem por isso, a Lei nº 11.719/2008, ao reformular a ordem ritual nos procedimentos penais, instituiu fase preliminar caracterizada pela instauração de contraditório prévio, apto a ensejar, ao acusado, a possibilidade de arguir questões formais, de discutir o próprio fundo da acusação penal e de alegar tudo o que possa interessar à sua defesa, além de oferecer justificações, de produzir documentos, de especificar as provas pretendidas e de arrolar testemunhas, sem prejuízo de outras medidas ou providências que repute imprescindíveis.

Com tais inovações, o Estado observou tendência já consagrada em legislação anterior, como a Lei nº 10.409/2002 (art. 38) e a Lei nº 11.343/2006 (art. 55), cujas prescrições viabilizaram a prática de verdadeiro contraditório prévio no qual o acusado poderia invocar todas as razões de defesa – tanto as de natureza formal quanto as de caráter material.

Tenho por relevante, por isso mesmo, esse aspecto da questão, uma vez que o magistrado federal de primeiro grau, no caso em exame, ordenou a citação do denunciado, ora paciente, para que oferecesse resposta à denúncia do Ministério Público Federal, ensejando, assim, a possibilidade do contraditório prévio a que se referem os arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, o que afasta a alegação de prejuízo para a defesa do acusado.

É que, tal como anteriormente enfatizado, esse novo modelo ritual tornou lícita a formulação, em mencionada resposta prévia, de todas as razões, de fato ou de direito, inclusive aquelas pertinentes ao mérito da causa, reputadas essenciais ao pleno exercício da defesa pelo acusado, como assinala, com absoluta correção, o magistério da doutrina (EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, “Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 869/870, 2ª ed., 2011, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 374/375, 4ª ed., 2009, Forense; ANDREY BORGES DE MENDONÇA, “Nova Reforma do Código de Processo Penal”, p. 260/264, 2ª ed., 2009, Método, v.g.).

Conclui-se que, se o objetivo da fase de notificação preliminar e do recebimento da ação de improbidade administrativa é oportunizar o contraditório prévio e evitar a tramitação de ações temerárias, encontra-se ele integralmente atendido pelo estabelecimento de uma fase de análise preliminar da viabilidade da ação após a citação, tal como previsto na aludida reforma do Código de Processo Penal, daí que se mostra absolutamente desnecessário e prejudicial ao trâmite da ação proceder a duas notificações pessoais, uma antes e outra após a decisão de recebimento.

A modificação ora pretendida, portanto, exclui do rito procedimental da ação de improbidade administrativa o arcaico procedimento de notificação preliminar, de recebimento e de citação pessoal, o qual contribui, em larga escala, para a morosidade do processo judicial de responsabilização e, em última análise, para a impunidade em razão da inefetividade jurídico-social do instituto como meio de combate à corrupção.

Registre-se que a redação proposta procurou manter os termos já utilizados pela legislação atual, ainda que de técnica imprecisa, como forma de evitar que alterações terminológicas suscitem novas dúvidas sobre a aplicação do novo procedimento.

Diga-se, por fim, que o § 10 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 recebeu novo teor, à semelhança do que já ocorre no art. 238, parágrafo único, do Código de Processo Civil, adequando-se este último dispositivo aos ditames pretendidos pela alteração legislativa ora proposta.

# Varas especializadas

## ANTEPROJETO DE 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, e dá outras providências.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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.

**Art. 6º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

A presente iniciativa legislativa possui a finalidade primordial de agilizar a tramitação das ações de improbidade administrativa com a criação de Turmas, Câmaras e Varas Especializadas em seu julgamento.

Assim ocorre em razão da experiência exitosa, no Direito Brasileiro, das Varas Criminais Especializadas para o julgamento de crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional.

Em uma vara com atribuição cível universal, o julgador tem, em seu acervo, milhares de ações com os mais variados temas e ritos. A título ilustrativo, consoante estatísticas publicadas pelo Conselho da Justiça Federal, em 2013, havia um estoque médio de 8.757 processos aguardando julgamento por Vara Federal no Distrito Federal.

A sistemática atual de distribuição de ações judiciais não contempla qualquer diferenciação entre uma ação de improbidade administrativa e algum outro processo repetitivo, a exemplo de mandados de segurança que envolvem questões tributárias. Assim, para fins estatísticos, não há diferenciação entre proferir uma sentença em um processo comum, em um mandado de segurança ou em uma ação de improbidade administrativa.

Ocorre que, ordinariamente, o julgamento de uma ação de improbidade administrativa demanda da autoridade julgadora mais tempo e maior esforço intelectual do que o julgamento de outros processos mais simples ou de matéria repetitiva.

De fato, considerando-se a necessidade de revirar extensa matéria de fato e de direito e a responsabilidade de proferir julgamento sobre direitos fundamentais dos acusados, cada ação de improbidade administrativa demanda muito mais do julgador do que outros processos com matérias mais corriqueiras e de natureza exclusivamente patrimonial.

Diante disso, natural que o julgador, premido pela necessidade de diminuir o gigantesco estoque de procedimentos à espera de julgamento, dê preferência aos processos simples e corriqueiros, deixando de lado a tramitação de processos mais complexos, como as ações de improbidade administrativa.

A morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa é nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer a meta das Justiças Estadual, Federal e Militar, além do Superior Tribunal de Justiça, para “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” (Meta 18, de 2013).

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado. Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes, pelo país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que *nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta*. Segundo as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011, havia, no Poder Judiciário, um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas. Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário

identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, bem como criar meios para destravá-los.

Nesse sentido, uma das possíveis soluções reside na criação de Turmas, Câmaras e Varas Especializadas para o julgamento de ações de improbidade administrativa.

O que se pretende, portanto, é o estabelecimento de uma opção legislativa para priorizar as ações de improbidade administrativa, ao invés de deixar a cargo de cada julgador a difícil escolha entre sentenciar uma ação complexa ou dezenas de ações simples e repetitivas.

Esse foi o modelo implantado nas já mencionadas Varas Criminais Especializadas para julgar crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional, o qual vem se mostrando exitoso e de acordo com o princípio constitucional da razoável duração do processo, e também por isso foi elencado dispositivo no sentido de autorizar que ditas Varas Especializadas julguem os crimes decorrentes da menção aos atos ímprobos descritos, por meio da ação penal respectiva.

Aproveitou-se a oportunidade para incluir, no âmbito da especialização, as ações judiciais cíveis decorrentes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º/8/2013), em decorrência da similitude quanto ao seu objeto e finalidade, bem como se autorizou ao Superior Tribunal de Justiça que crie Turma específica voltada ao julgamento desse tipo de ação.

É certo que as causas da morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa seguramente não se resumem a esse aspecto procedimental. Não se ignora que uma série de fatores políticos e sociológicos também possuem relevante papel na lentidão dessas ações, uma vez que não raramente essas causas interferem em poderosos interesses econômicos e políticos e dizem respeito a réus que detêm influência social e meios financeiros para dificultar o andamento do processo judicial.

No entanto, a existência de outros fatores não justifica que não se resolvam os problemas decorrentes de incongruências procedimentais e estruturais; pelo contrário, deve-se ao máximo implementar os meios necessários para que o processo sirva para assegurar a viabilização do interesse social na responsabilização dos autores de atos ímprobos e o direito constitucional da sociedade de se valer de procedimento judicial célere para tanto.

# Acordo de leniência

## ANTEPROJETO DE LEI

Acresce o art. 17-A à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para disciplinar o acordo de leniência.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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, cumulativamente:

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.

§ 2º O acordo de leniência não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede que o Estado adote medidas ressarcitórias para reaver a sua integralidade.

§ 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 do agente colaborador.

§ 10. Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.”

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

O Brasil dispõe de arsenal legislativo voltado ao combate à corrupção, nas diversas esferas de responsabilidade (criminal, civil, administrativa e política), podendo-se afirmar a existência de um verdadeiro microsistema anticorrupção.

Assim é que um único fato pode deflagrar a instauração de diversas esferas de responsabilidade, possibilitando a aplicação de sanções criminais, cíveis, administrativas e políticas sem que se incorra na vedação do *bis in idem*.

Como todo microsistema – organismo normativo menor, dentro do sistema jurídico maior – não de ser garantidas a integridade, a coerência e a previsibilidade dos seus institutos, fazendo com que as diversas esferas de responsabilidade conversem entre si e permitam uma aplicação de onde se possa retirar o máximo de efetividade da norma com o maior grau de segurança jurídica possível.

É nesse cenário que se vislumbra a necessidade de regulamentação do acordo de leniência no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, dando maior previsibilidade e segurança ao investigado no campo da dimensão premial do direito sancionador.

Uma das modernas técnicas especiais de investigação (TEI), utilizada no mundo inteiro, consiste nos acordos de colaboração premiada ou de leniência, em que o investigado se dispõe a esclarecer todo o esquema de corrupção e a apontar os demais envolvidos e os elementos de prova dos ilícitos praticados, em troca de benefício (prêmio) para reduzir o impacto de suas sanções ou, mesmo, ficar imune em relação a elas.

Tal técnica de investigação não apenas acelera a resolução do caso, como também evita injustiças, já que ninguém melhor do que um coautor da infração, tendo-a vivenciado, para esclarecer os fatos, a estrutura da organização criminosa, o *modus operandi*, bem como para apontar o caminho das provas.

Nesse sentido, quanto ao risco de colaborações mentirosas para ganho indevido de benefício ou retaliação de outras pessoas, há as regras de segurança do instituto, a saber, a corroboração (confirmação do depoimento do colaborador com outros elementos de prova, não valendo o depoimento em si como meio de prova) e a possibilidade de rescisão do acordo em casos de manipulação da verdade, má-fé ou reincidência na prática infracional.

Não foi por outra razão que em dois dos maiores escândalos noticiados no Brasil e investigados por meio da Operação Lava-Jato e da Operação Ararath, sob o controle e supervisão do Ministério Público Federal, houve o desbaratamento de organizações criminosas com o auxílio da colaboração premiada, cujo resultado se mostrou mais eficaz para a colheita de provas que o antigo método, bastante utilizado nas investigações criminais, da interceptação telefônica.

Isso porque a colaboração premiada não só explica a inteligência das provas já colhidas, mas uma das obrigações do colaborador é a de fornecer meios de prova para a autoridade competente ou, no mínimo, indicar o caminho onde as evidências podem ser recolhidas.

No microsistema brasileiro de combate à corrupção há previsão expressa de acordo de colaboração premiada na esfera criminal (Leis nºs 9.034/1995, 9.613/1998, 9.807/1999 e mais recentemente a Lei nº 12.850/2013), no âmbito das infrações contra a ordem econômica (Lei nº 12.529/2011) e na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Já a esfera de responsabilização da improbidade administrativa, uma das mais importantes no combate à corrupção, não dispõe de um acordo de leniência próprio, explicitado em lei, disposto a entregar benefícios legais ao investigado que se dispõe a colaborar efetivamente com as autoridades competentes.

Dita lacuna acaba por gerar uma incoerência no sistema, pois um mesmo fato pode gerar consequências sancionadoras nas diversas instâncias, o que pode gerar um certo temor ao potencial colaborador de entregar provas em troca de benefício numa instância e se autoincriminar em outra instância em troca de nenhum prêmio.

É claro que, a partir do microssistema anticorrupção, é possível extrair a autorização normativa para se celebrarem acordos de colaboração no âmbito da improbidade administrativa, mas a ausência de norma expressa acaba inibindo o reporte espontâneo do investigado e diminuindo substancialmente o número de acordos celebrados nessa esfera de responsabilidade.

Por essa razão, faz-se necessária a inserção legislativa de acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa, com regras próprias e expressas quanto aos requisitos e benefícios em troca da efetiva colaboração.

O presente texto, inclusive, está em harmonia com a colaboração criminal (regulada detalhadamente pela Lei nº 12.850/2013) e com o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a fim de fechar uma interlocução necessária e sem antinomias entre as diversas esferas de responsabilidade do nosso direito sancionador, e em observância às garantias constitucionais dos investigados.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à legitimidade para a celebração de tais acordos de colaboração, pois, nesse aspecto, quanto maior o número de legitimados, maior será a insegurança jurídica, a alta exposição do investigado sobre os seus ilícitos, a diminuição da vontade de cooperar e a possibilidade de violação do sigilo.

Por essa razão, a competência para celebração do acordo de leniência na improbidade administrativa deve ficar restrita ao Ministério Público, órgão que tem legitimidade para o ajuizamento da ação por ato de improbidade administrativa e da ação penal pública por ato de corrupção, decorrente do mesmo fato.

Ampliar a competência para celebração de acordo de leniência para a pessoa jurídica lesada, que também tem legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, acaba por expor indevidamente o investigado para duas instituições, pois esse ente não tem legitimidade para celebrar acordo de colaboração criminal e inevitavelmente tem o dever de compartilhar essas informações com o Ministério Público.

Há, também, o risco de acordos não condizentes com o interesse público serem firmados entre a pessoa jurídica lesada e o investigado, para o fim de beneficiá-lo, sem a devida adequação jurídica. Imagine-se, aqui, um prefeito, a mais alta autoridade do município, sendo investigado por improbidade. Acaso o acordo fosse realizado pela pessoa jurídica, quem estabeleceria as condições do acordo? O próprio investigado!

Daí a conveniência de o Ministério Público ser o titular exclusivo da proposta de acordo de leniência, na medida em que se coloca como Instituição que desempenha o controle externo da Administração Pública e que possui o distanciamento adequado para realizar acordos com mais isenção e proporcionalidade.



Entendemos, por fim, que a redação do item que trata do acordo de leniência está em harmonia com o microssistema anticorrupção e confere maior segurança jurídica aos próprios investigados, uma vez que, a partir de sua aprovação, haverá regras claras e garantistas para se exigir o seu fiel cumprimento e a fiscalização judicial dos demais investigados.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## MAIOR EFICIÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Roberto Dassiê Diana<sup>1</sup>

Hoje, a corrupção é vista como o maior problema do país pelos brasileiros, “campeão isolada” segundo pesquisa Datafolha<sup>2</sup>, com 34% dos eleitores indicando-a, enquanto a segunda colocada foi apontada por 16%. Ao mesmo tempo, a posição do Brasil piorou no último *ranking* internacional de corrupção, caindo do 69º para um ainda mais desconfortável 76º lugar dentre 168 países.<sup>3</sup>

Muito desse quadro decorre da impunidade daqueles que cometem atos de improbidade, atentando contra a Administração Pública. Há muito se sabe que esses atos ilícitos, ao minar nosso Estado brasileiro, também prejudicam o atendimento de direitos básicos como saúde<sup>4</sup>, educação<sup>5</sup> e outros citados na mesma pesquisa.

A busca da diminuição dessa impunidade impõe tornar o combate à improbidade administrativa, especialmente na sua fase judicial, mais eficiente.

Trata-se de legítimo anseio popular e decorrência lógica da ideia de que uma República atende a todos que precisam e não permite que atos ilícitos fiquem indevidamente impunes e privilegiam poucos.

A Universidade Federal de Pernambuco, a partir de números colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou que um julgamento por improbidade no Brasil demora, em média, longos cinco anos.<sup>6</sup>

Essa é a média, abrangendo casos simples e complicados, sendo evidente que os mais complexos, não raro, estendem-se por mais de década.

Nesse quadro, conforme assinalado na apresentação dessa medida nº 05:

Duas causas de morosidade das ações de improbidade são: a) a duplicação de sua fase inicial; b) a concorrência desses casos, que são complexos, com outros muito mais simples que acabam ganhando prioridade em varas já sobrecarregadas.

---

1 Procurador da República no estado de São Paulo.

2 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>.

3 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-76-lugar-entre-168-paises.html>>.

4 Disponível em: <<http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/corrupcao-prejudica-saude-dos-brasileiros>>.

5 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,corrupcao-na-educacao-reduz-nota-de-alunos-em-avaliacao-nacional,449404>>.

6 Disponível em: <[http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/04/20/interna\\_politica,572379/julgamento-por-improbidade-no-brasil-demora-em-media-cinco-anos.shtml](http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/04/20/interna_politica,572379/julgamento-por-improbidade-no-brasil-demora-em-media-cinco-anos.shtml)>.

A duplicação da fase inicial nas ações de improbidade decorre de alteração realizada no ano de 2001 na Lei nº 8492/1992.

Desde essa alteração, primeiro, o requerido é cientificado (por meio de notificação) para ciência do feito e responder a ação. Então, o juiz, analisando seus argumentos, decide se recebe a inicial. E, então, o réu será cientificado novamente da ação (por meio de citação) e da decisão do juiz, para contrapor-se mais uma vez à petição inicial.

Essa duplicidade envolvendo notificação e citação, atos de nomes distintos mas que acabam por ter efeito semelhante (dar ciência da existência da ação e permitir que o requerido ou réu apresente seus argumentos contrários), resultou na criação de formalismo desnecessário.

As leis processuais devem primar pela técnica e garantir os direitos dos processados, mas não podem criar exageros, tal como essa dupla chamada do requerido ao processo. Basta que seja chamado regularmente uma vez a se defender e acompanhar o processo, com as devidas intimações de seus advogados.

Aliás, o atual exagero procedimental não assegura melhor oportunidade de defesa do que o anteprojeto proposto. Pelo contrário, acatada a sugestão de melhora alteração legislativa, importante destacar que a defesa não será impedida de demonstrar ou alegar nenhum argumento ou fato pertinentes em toda sua inteireza. Pelo contrário, pela primeira proposta legislativa desta medida nº 05, após a defesa contestar, o juiz, em 30 dias, deverá decidir, analisando-a, se a ação prossegue ou se é rejeitada.

Por outro lado, além da melhora de procedimentos, o aumento da eficiência impõe o aprimoramento de estruturas com a criação de varas especializadas no processo e julgamento de ações relativas a atos de improbidade administrativa, bem como de Câmaras e Turmas nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

O sucesso de varas especializadas em determinados temas é de conhecimento notório, pois as diversas preocupações da sociedade demandaram especializações de órgãos judiciais, atendendo melhor esses interesses sociais.

Por isso, hoje, existem varas judiciais especializadas em temas como saúde, conflitos agrários, violência doméstica e familiar, lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro etc. Isso permitiu que juízes, procuradores, promotores e defensores privados e públicos também se aprofundassem nesses assuntos, aumentando a sensibilidade de todos no trato das questões elencadas como relevantes.

Pois bem, o combate à improbidade administrativa é, reiterar-se, questão relevante e de justo anseio de nossa sociedade. Justifica, assim, a especialização de varas,

agregando recursos humanos, materiais e aprofundamento do conhecimento temático de juízes, procuradores e advogados. Tudo resultando também em maior celeridade, afastando o quadro atual de morosidade.

Como já bem destacado na justificativa do anteprojeto de lei sugerido:

O que se pretende, portanto, é o estabelecimento de uma opção legislativa para priorizar as ações de improbidade administrativa, ao invés de deixar a cargo de cada julgador a difícil escolha entre sentenciar uma ação complexa ou dezenas de ações simples e repetitivas.

De fato, como complementa o texto de apresentação dessa medida nº 5,

Isso evitará que o julgamento de ações de improbidade, naturalmente mais complexas, seja preterido pelo julgamento de casos mais simples, ainda que menos relevantes, os quais são preferidos como forma de dar vazão ao trabalho em varas já sobrecarregadas.

Ainda, deixando claro que o quadro fático atual precisa ser mudado, as justificativas dos anteprojeto bem pontuam:

A morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa é nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer a meta das Justiças Estadual, Federal e Militar, além do Superior Tribunal de Justiça, para “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 (Meta 18, de 2013).

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado. Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes, pelo país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta. Segundo as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011, havia, no Poder Judiciário, um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas. Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, bem como criar meios para destravá-los.

Sem dúvida, as medidas ora submetidas ao debate parlamentar muito contribuirão

na solução dos problemas apontados, alavancando a eficiência da ação de improbidade administrativa.



## MEDIDA 6

---

AJUSTES NA PRESCRIÇÃO PENAL  
CONTRA A IMPUNIDADE  
E A CORRUPÇÃO

---

## MEDIDA 6

### **AJUSTES NA PRESCRIÇÃO PENAL CONTRA A IMPUNIDADE E A CORRUPÇÃO**



# Prescrição penal

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera os arts. 110, 112, I, 116 e 117, e acrescenta § 2º ao art. 337-B, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, que versam sobre o prazo prescricional penal.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Os §§ 110, 112, I, 116 e 117 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

“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.” (NR)

“Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

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;

[...]” (NR)

“Causas impeditivas da prescrição

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.” (NR)

“Causas interruptivas da prescrição

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.” (NR)

**Art. 2º** O art. 337-B do Código Penal passa a vigorar com o acréscimo do § 2º a seguir:

“Art. 337-B. [...]

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

**Art. 3º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

No Brasil, o atual modelo de prescrição acaba sendo um dos principais fatores de impunidade nos crimes em geral e com ainda mais gravidade nos casos de crimes ditos “do colarinho-branco”.

A criminalidade do colarinho-branco, abrangida popularmente pelo conceito de corrupção, acontece escondida, submersa em “conchavos”, “negociatas” e outros expedientes ilícitos de ocultação. Ao contrário da criminalidade grave clássica (homicídios, p. ex.), em que há resultado exposto à sociedade (desaparecimentos etc.), na criminalidade grave moderna (desvios de dinheiro público, “achques” etc.), os corruptores e corrompidos praticam o crime às escondidas e mantêm entre si um pacto de silêncio que tem duplo objetivo: garantir os benefícios buscados com o conluio e evitar a punição pelos crimes.

Além de estratégias de ocultação, criminosos de colarinho-branco, em geral, valem-se de esquemas criminosos complexos, envolvendo transações sofisticadas no sistema financeiro, remessas transacionais, lavagem de dinheiro terceirizada e internacional, emprego de documentos falsos etc. Isso tudo torna a investigação e o processamento de crimes de colarinho-branco, usualmente, uma tarefa bastante complexa, estendendo os procedimentos no tempo.

Some-se que criminosos de colarinho-branco, como regra, podem contratar advogados com elevada qualidade técnica, e poderão arcar com os custos envolvidos para que sejam manejados todos os recursos possíveis e imagináveis, não só para obter decisões favoráveis, mas também porque, em nosso sistema, postergar implica, em grande parte dos casos, ganhar. A busca da prescrição e conseqüente impunidade é uma estratégia de defesa paralela às teses jurídicas, implicando o abuso de expedientes protelatórios.

Mesmo em casos que não são de colarinho-branco, o atual sistema prescricional representa uma tentação para que a defesa “ganhe” a causa mediante sua protelação, o que gera vários ônus econômicos ao sistema de justiça, como renovação de intimações, oitiva de testemunhas desnecessárias, inclusive por precatórias e rogatórias, análise de petições por vista, cópias, juntada de documentos ou substabelecendo poderes que têm por escopo precípua alongar o caso, oferecimento de recursos repetitivos com abuso do direito de recorrer etc.

Uma conseqüência do sistema atual é que a parte autora, em causas criminais de colarinho-branco, é a única sancionada no processo penal. Ao invés de o criminoso ser punido, é a vítima quem sofre duas vezes, não só com o crime cometido, mas também com os custos econômicos e morais de um processo sem resultado prático. Mais ainda, a maior penalização é aquela que advirá da impunidade, consistente no estímulo à criminalidade e a novas violações dos bens jurídicos, “tutelados” pelas normas penais mas deixados a descoberto por um sistema prescricional condescendente com a criminalidade.

De fato, autores consagrados no estudo da corrupção apontam a impunidade como um fator decisivo na escolha do agente entre praticar ou não a corrupção. De fato, tanto Rose-Ackerman como Klitgaard colocam a probabilidade da punição como um dos fatores decisivos avaliados pelo agente na análise da relação entre custo e benefício da prática da corrupção. Daí a importância de transformar nosso sistema punitivo disfuncional em um sistema de punições justas e efetivas, capaz de detectar, investigar e punir comportamentos desviados.

Mesmo a reforma do sistema recursal e a agilização dos trâmites da Justiça, sem a reforma do sistema prescricional, não mudariam esse cenário, pois crimes de colarinho-branco continuariam

a ser complexos para investigar e processar, e continuaria a haver um incentivo ao emprego de estratégias defensivas para que os processos demorem, sobrecarregando a Justiça. A reforma proposta sobre o sistema prescricional entra nesse contexto.

O interesse da sociedade é que os casos sejam solucionados e que a prescrição ocorra tão somente por falhas do Estado e não por estímulo dos delinquentes. Nesses termos, Fabio Guaragni (2008, p. 17) explica que:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis – em termos de política criminal – como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal.

Recente levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra que, entre 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa. Todos esses atos ilícitos são reconhecidamente graves, por retirarem recursos do Estado que poderiam ser empregados para atender aos anseios da população por melhores serviços públicos, como exigência para uma cidadania mais ampla.

Até o final de 2012, tramitavam 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro ou atos de improbidade em todo o Poder Judiciário. Analisando os dados, constata-se que os processos prescritos **somente** em dois anos (2010 e 2011) representam mais de 11% dos feitos em andamento, o que não devia ser tolerado.

Uma das razões dessa pesquisa, era responder aos questionamentos do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que avaliou negativamente as medidas do Brasil para o combate desses delitos, mormente em decorrência da falta de estatísticas processuais. As estatísticas devem servir para subsidiar o país no processo de avaliação da implantação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e para cumprir Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla), coordenada pelo CNJ.

Vamos à análise das modificações propostas. Em primeiro lugar, a alteração no artigo 110 objetiva extinguir a prescrição retroativa, que é um dos mais maléficos institutos peculiares ao direito penal pátrio, sendo uma das principais responsáveis pelo estímulo a táticas protelatórias.

Nesses termos, Fabio Guaragni ensina (2008, p. 126):

Em síntese, a prescrição retroativa pode ser atacada pela via da inconstitucionalidade, por não respeitar os princípios de certeza e utilidade dos prazos que, sendo corolários do princípio do devido processo legal, *ex vi* do art. 5º, LIV, se aplicam aos prazos prescricionais. [...] Numa palavra: a prescrição retroativa, importando na negação da existência do processo e da sentença penal condenatória, nega a existência de seus próprios pressupostos. É um contrassenso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar a sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva por critério para estabelecer que no caso concreto não poderia haver condenação.

Vale observar que a Associação dos Juizes Federais do Brasil e a Associação dos Procuradores da República, ao menos desde 2007, já se manifestam nesse sentido:

Embora se entenda que o tema demandaria uma solução ainda mais abrangente, que implicaria existir apenas dois tipos de prescrição (prescrição da pretensão punitiva calculada pela pena em

abstrato e prescrição da pretensão executória calculada pela pena fixada no caso concreto, cujo prazo somente começaria a fluir a partir do trânsito em julgado para ambas as partes), não se pode deixar de reconhecer que a proposta intermediária contida na PL 1.383/2003 configura uma medida de relevo na redução da impunidade.

Não por outra razão, a prescrição retroativa não existe virtualmente em nenhum outro país do mundo. Além da extinção da prescrição retroativa, os prazos prescricionais da pretensão punitiva e da pretensão executória são unificados para passarem a ser guiados pela pena cominada, e não pela pena aplicada, o que em nada prejudica cumprimento individualizado da pena pelo réu e confere uma uniformidade razoável aos prazos prescricionais. De fato, se fazia sentido um prazo prescricional superior até a pena definitiva, o mesmo prazo continua sendo um prazo razoável para ser aguardado antes de se extinguir a pena na hipótese de o réu fugir para evitar a punição.

Poder-se-ia, ainda, pensar na eliminação da própria prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto*, denominada “superveniente”, incidente entre a sentença de primeiro grau e o trânsito em julgado definitivo da tutela jurisdicional. Há modelos, como o do Código alemão, em que não corre a prescrição após a sentença de 1º grau e até o trânsito em julgado do feito. Porém, por ora, não se faz esta opção; ao contrário, mantém-se a prescrição superveniente.

Altera-se a tábua de prazos da pretensão executória. Em geral, nos diversos Códigos Penais do mundo, os prazos para a prescrição da pretensão punitiva – ou da ação – são menores que os prazos da prescrição da pretensão executória – ou da execução. É que, no primeiro interregno, a pretensão de punir não ganhou, ainda, o reforço da tutela jurisdicional que, ao contrário, a confirma e fortalece, após a emissão de sentença condenatória com trânsito em julgado. Assim, os sistemas mantêm lapsos menores para a prescrição, enquanto o interesse de punir não foi confirmado pelo Estado-Juiz; e prazos maiores, quando esse interesse já restou chancelado, ganhando reforço. Do contrário, tem-se diminuição de prazos justamente quando o interesse estatal na punição ganhou estofo. Por essa razão, justifica-se a redação, acima sugerida, de acréscimo em 1/3 nos prazos do art. 109 para estabelecer os períodos de prescrição da pretensão punitiva. Segue-se, aqui, o modelo legislativo do Código Penal uruguaio, art. 129.

A mudança no início da prescrição da pretensão executória, mediante alteração do art. 112 do CP, visa adequar a legislação do Código Penal à recente decisão do STF no HC nº 84.078, que entendeu pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória. Em outras palavras, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Por outro lado, não há sentido em fazer correr o prazo da prescrição da pretensão executória enquanto não é possível dar início à execução!

O problema todo é que a atual interpretação do art. 112, I, dominante nos tribunais – no sentido que a prescrição da pretensão executória começa a correr com o trânsito em julgado para a acusação, ainda que ocorra em primeiro grau e haja sucessivos recursos da defesa –, aliada à possibilidade do início de execução da pena apenas após o trânsito em julgado, faz com que corra o prazo da prescrição executória mesmo sem que seja possível executar a pena do réu. Isso tende a inviabilizar as execuções penais de crimes do colarinho-branco no Brasil e gera a prescrição. A única saída para a acusação, nesse quadro, é recorrer mesmo quando concorda com o teor da decisão, para evitar que o trânsito em julgado para a acusação aconteça antes do trânsito em julgado para a defesa. Isso implica, por sua vez, obrigar o Judiciário a apreciar recursos desnecessários sobre situações em geral complexas, de modo antieconômico e contrário à celeridade do Judiciário.

De resto, não há razoabilidade em começar a contar a prescrição da pretensão executória se não há possibilidade de execução de pena. Como coloca Fabio Guaragni (2008, p. 137): “O que importa, aqui, é a **exequibilidade** da sentença, inexistente até que esteja firmada para ambas as

partes. Importa a possibilidade de exercer o *jus executionis*, vedada enquanto não opera o trânsito em julgado”.

O acréscimo de uma causa impeditiva da prescrição ao art. 116, por sua vez, tem por objetivo evitar que os recursos especial e extraordinário, que são interpostos perante as cortes mais atarefadas do país, acabem ensejando a prescrição pelo decurso do tempo, sem que haja inércia da parte. Além disso, a proposta alinha a redação do Código Penal com o que está previsto no Projeto de Lei nº 8.045/2010, que reforma o Código de Processo Penal. De fato, o § 3º do art. 505 do CPP em trâmite determina a suspensão do prazo prescricional desde a interposição de tais recursos até o trânsito em julgado.

O acréscimo da causa impeditiva ao parágrafo único do art. 116 objetiva obstar que a prescrição flua enquanto o condenado está foragido ou evadido, evitando que ele se beneficie da própria torpeza. Preferiu-se utilizar os termos “foragido” e “evadido” de modo alternativo para evitar possíveis discussões a respeito da abrangência da aplicação do dispositivo às situações de fuga mediante transpasse de obstáculos à liberdade (por exemplo, cavando um túnel na cela) e de simples ausência de retorno quando de saída temporária ou nos regimes aberto e semiaberto.

A alteração do inciso I do art. 117 busca alinhar-se com as demais legislações, demarcando a manifestação do interesse estatal na punição com a oferta da denúncia (e não com seu recebimento pelo Poder Judiciário). Quem embandeira a pretensão punitiva é o titular da ação penal, o Ministério Público (art. 129, I, da CR), bem como – nos casos de lei – o ofendido. Se a prescrição, por definição, é o desinteresse estatal na punição pelo decurso do tempo, o avesso disso – o interesse – arreda a prescrição. Gera o que a dogmática assinala como incompatibilidade entre uma ação penal em movimento e a prescrição. Nesta incompatibilidade radica a *ratio* das causas interruptivas.

Já o inciso IV do artigo 117, imbuída do mesmo espírito que animou a recente alteração desse inciso, ensejará a interrupção da prescrição quando de qualquer decisão expedida durante a vigência do processo, alinhando-se quase integralmente, aliás, com o texto do Projeto de Lei nº 236/2012, que propõe um novo Código Penal.

Veja-se que, mesmo com a atual redação do dispositivo legal prevendo expressamente que a prescrição se interrompe pelo acórdão condenatório, grande parte dos tribunais confere uma interpretação *contra legem* ao referido dispositivo, exigindo que o acórdão condenatório seja de reforma da decisão de primeiro grau.

A adição do inciso VII ao art. 117 tem por propósito harmonizar o tratamento da prescrição com a necessidade de inércia da parte para sua incidência. O instituto da prescrição objetiva conferir segurança jurídica ao réu quando o autor não adota as providências que lhe são cabíveis (*dormientibus non succurrit jus*). Sancionar o autor com a extinção de seu direito quando age de modo diligente, como ocorre hoje, é um contrassenso.

Por fim, o acréscimo do § 2º ao artigo 337-B do Código Penal vem a atender o disposto no artigo 6 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, que reza: “Artigo 6 – Regime de Prescrição – Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito.”

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## ***Modelo prescricional brasileiro: um incentivo à impunidade***

*Monique Cheker<sup>1</sup>*

### **1. INTRODUÇÃO**

No segundo semestre de 2014, o Ministério Público Federal (MPF) apresentou à sociedade civil o que denominou de 10 Medidas contra a Corrupção, isto é, propostas legislativas que visam a tornar a justiça brasileira mais célere e eficaz. Através desta exposição, abordar-se-á a 6ª Medida, denominada “Ajustes na Prescrição Penal contar a Impunidade e a Corrupção”.

Para tanto, será inevitável rebater críticas, algumas técnicas; outras, que primam pelo uso de argumentos apelativos e distorção de conceitos. E espera-se que, ao final, o Congresso Nacional tenha a sabedoria para implementar as mudanças, para o bem do sistema de justiça criminal, para o bem do país.

### **2. EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA (PELA PENA *IN CONCRETO*) E O REFORÇO NO PRAZO DA PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA**

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**.

Com a nova redação que se propõe do § 1º do art. 110 do Código Penal, a prescrição retroativa, pela pena aplicada em concreto, será extinta do ordenamento jurídico brasileiro. A prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado, tanto na fase de investigação, quanto na ação penal propriamente dita. Possui uma dupla função: visa a fixar um parâmetro de atuação dos órgãos de persecução penal e também conferir segurança jurídica ao cidadão. E conferir

---

<sup>1</sup> Procuradora da República em Angra dos Reis/RJ, com especialidades em áreas do direito público e privado, além de integrante do Grupo de Controle Externo da Atividade Policial no MPF desde 2009. Ex-Procuradora do Ministério Público junto ao TCE/RJ (2006-2008).



essa segurança difere completamente da ideia de que o Estado deva incentivar, a qualquer custo, a ocorrência da prescrição<sup>2</sup>.

No Brasil, não obstante haver os prazos prescricionais baseados nas penas máximas existentes em cada delito (como ocorre em dezenas de países no mundo), quando alguém é condenado a uma pena determinada e ocorre o trânsito em julgado (fixando o que chamamos de “pena em concreto”), o novo prazo prescricional fundado nessa pena (de *quantum* bem inferior ao da pena máxima do delito) retroage afetando todo os atos do processo penal, já perfeitos e acabados, desde a citação. Essa invenção não existe em qualquer parte do mundo e causa uma enxurrada de extinções de punibilidade.

Como esse mecanismo mirabolante surgiu? Conforme bem destacado pelo **Relatório Final do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236, de 2012 (Novo Código Penal)**: “A denominada prescrição retroativa é uma criação (sem reflexões quanto aos seus nefastos efeitos) da jurisprudência da década de 1960, que deu origem à Súmula 146 do STF (*A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação*).<sup>3</sup>

As críticas a tal instituto são muitas e por ocasião do Relatório Final do PLS 236/2012 foi dito:

[...] é importante perceber que esse tipo de cálculo de prescrição (juntamente com a denominada prescrição da pretensão punitiva superveniente) **é, indubitavelmente, a que mais tem gerado impunidade**, afastando a possibilidade de aplicação de pena a criminosos que tenham sido condenados dentro das regras previamente estabelecidas e dos tempos estipulados de maneira abstrata para os crimes.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Algumas legislações estrangeiras fizeram uma previsão bem interessante sobre a prescrição: possibilidade de haver renúncia por parte do interessado. De acordo com o art. 91 do Código Penal do Peru, “*El imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal*”. O que motivou essa previsão? Quem quer provar a sua inocência, tem o direito de se submeter à instrução processual e ver sua alegada inocência ser declarada por um órgão jurisdicional. Na mesma linha, é o art. 35 do Código de Processo Penal da Costa Rica: “*El imputado podrá renunciar a la prescripción*”; e o art. 85 do Código Penal da Colômbia: “*El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. En todo caso, si transcurridos dos (2) años contados a partir de la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción*”.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>.

<sup>4</sup> *Idem*.

Mais: “o fato de duas pessoas sofrerem penas diversas em razão de terem cometido o delito decorre da necessidade constitucional da denominada *individualização da pena*” em nada se confunde com os prazos que possui o Estado para puni-los. Esse prazo deve ser *igual para todos*, considerando-se a pena *máxima* fixada para o delito pelo qual o réu esteja sendo processado.<sup>5</sup>

A Constituição Federal de 1988 impõe a prescribibilidade como regra para os crimes e tal exigência é satisfeita com a existência de prazos prescricionais fundados na pena máxima. Em suma: não há qualquer resquício de norma constitucional que ampare a prescrição pela pena em concreto e retroativa. O que dizem os defensores de tal mecanismo canhestro?

Para RENÉ ARIEL DOTTI:

*[...] o MPF segue os rastros perniciosos da Lei 12.234/2010 [...] Com o argumento pífio de que 'a prescrição retroativa não existe virtualmente em nenhum outro país do mundo' e a alegação ad terrorem de que o 'sistema prescricional [brasileiro é] condescendente com a criminalidade', a Exposição de Motivos do disegno di legge joga mais sal na terra em que floresceram a jurisprudência e a doutrina da extinção da punibilidade pela pena fixada na sentença.*<sup>6</sup>

Onde estão os argumentos técnicos do autor na defesa da prescrição retroativa? Notem que não existem. Não parece “pífio” o fato do Brasil ser o único país do mundo a ter a prescrição retroativa pela pena em concreto que, comprovadamente, cria impunidade. E isso não é argumento *ad terrorem*, mas argumento técnico jurídico, de análise do direito comparado que pode e deve ser utilizada de forma legítima pelos intérpretes. Mais: jurisprudência e doutrina, no Brasil, são métodos de construção do direito a partir da Lei<sup>7</sup>, não o inverso. A seguir o raciocínio de RENÉ DOTTI, nenhuma alteração legislativa, de qualquer

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> IBCCrim. ANO 23 - Nº 277 - dezembro /2015 - ISSN 1676-3661.

<sup>7</sup> Ressalte-se, aqui, a possibilidade de súmulas vinculantes, a partir de decisões do STF, com força de Lei.

espécie, seria possível sob pena de “*jogar sal na terra em que floresceram a jurisprudência e a doutrina*”.

Não há um “direito à impunidade”. Isso é construção de um “hipergarantismo” distorcido, que prega a prescrição a qualquer custo. O que há, em qualquer país do mundo, é o direito de ser investigado e julgado sem atrasos desnecessários.

Levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concluiu que de 1º janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2011, foi declarada a prescrição de 2.918 ações e procedimentos penais relativos à corrupção e lavagem de dinheiro. Até o final de 2012, tramitavam 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro ou atos de improbidade em todo o Poder Judiciário. Analisando os dados, constata-se que os processos prescritos somente em dois anos (2010 e 2011) representam mais de 11% dos feitos em andamento.<sup>8</sup> Está evidente que o sistema necessita de melhoramentos para apresentar respostas satisfatórias ao Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e para cumprir Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla).

A prescrição é um instituto para se aferir a inércia do órgão estatal e sua contagem é feita de acordo com a pena máxima (gravidade) prevista pelo legislador para cada crime. Se, no momento da individualização da pena, o juiz conclui que um cidadão merece uma reprimenda menor, isso não pode alterar a concepção de “atraso ou não” da atuação estatal para fatos passados.

Além de extirpar a excêntrica prescrição retroativa do ordenamento pátrio, a 6ª proposta das 10 Medidas contra a Corrupção altera o *caput* do art. 110, e eleva em 1/3 os prazos do art. 109 do nosso Código Penal para a prescrição da pretensão executória. A redação tem amparo no direito comparado, especificamente no art. 129 do Código Penal Uruguaio: “***La pena se extingue por un transcurso de tiempo superior a un tercio del que se requiere para la extinción del delito, debiendo empezar a contarse dicho término desde el día en que recayó sentencia ejecutoriada o se quebrantó la condena***”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t8.htm>

Na mesma linha, o art. 84 do Código Penal da Costa Rica: “*La pena prescribe: 1) En un tiempo igual al de la condena, **más un tercio**, sin que pueda exceder de veinticinco años ni bajar de tres, si fuere prisión, extrañamiento o interdicción de derechos*”.<sup>10</sup>

Mudando o percentual, mas com a mesma intenção, o Código Penal Federal do México, art. 113, prevê:

Salvo que la ley disponga otra cosa, **la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más**, pero no podrá ser inferior a tres años [...].<sup>11</sup> Igualmente, o Código Penal de El Salvador, art. 99: “*La pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme **se extingue por prescripción en un plazo igual al de la pena impuesta más una cuarta parte de la misma**, pero en ningún caso será menor de tres años*.”<sup>12</sup>

A razão da **exposição de motivos do anteprojeto das 10 medidas** é clara, coerente e constitucional:

Em geral, nos diversos Códigos Penais do mundo, os prazos para a prescrição da pretensão punitiva – ou da ação – são menores que os prazos da prescrição da pretensão executória – ou da execução. É que, no primeiro interregno, a pretensão de punir não ganhou, ainda, o reforço da tutela jurisdicional que, ao contrário, a confirma e fortalece, após a emissão de sentença condenatória com trânsito em julgado. Assim, os sistemas mantêm lapsos menores para a prescrição, enquanto o interesse de punir não foi confirmado pelo Estado-Juiz; e prazos maiores, quando esse interesse já restou chancelado, ganhando reforço. Do contrário, tem-se diminuição de prazos justamente quando o interesse estatal na punição ganhou estofo. Por essa razão, justifica-se a redação,

---

<sup>10</sup> Disponível em: [https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo\\_penal\\_13-2-13\\_cr\\_1.pdf](https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_13-2-13_cr_1.pdf)

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_120315.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120315.pdf)

<sup>12</sup> Disponível em: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-el-salvador.pdf>

acima sugerida, de acréscimo em 1/3 nos prazos do art. 109 para estabelecer os períodos de prescrição da pretensão punitiva.<sup>13</sup>

RENÉ ARIEL DOTTI argumenta que:

*[...] o aumento de um terço se deve à reincidência. A majoração prevista no anteprojeto perde substância e a melhor orientação é a supressão desse acréscimo, ampliando-se, de lege ferenda, o conteúdo da Súmula 220 do STJ (“A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”) para abranger também a hipótese da pretensão executória”. Vê-se que a crítica não capta a essência da proposta de mudança legislativa. Inclusive, o art. 129 do CP Uruguaio dispõe que o aumento de 1/3 se aplica também ao art. 123 do mesmo Diploma que também prevê o aumento de 1/3 no caso de reincidência, a evidenciar que são situações diversas.<sup>14</sup>*

No mais, não há qualquer problema em o prazo de prescrição da pretensão punitiva ser maior do que a sanção cominada à infração, o que, aliás, é comum ver nos países do mundo, pois são institutos com absolutamente finalidades diversas.

### **3. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL**

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.

Na estranha redação atual do art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transitar em

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)

<sup>14</sup> 129. (De la prescripción de la condena).

La pena se extingue por un transcurso de tiempo superior a un tercio del que se requiere para la extinción del delito, debiendo empezar a contarse dicho término desde el día en que recayó sentencia ejecutoriada o se quebrantó la condena.

Es aplicable a la prescripción de las penas del artículo 123 relativo a la prescripción de los delitos.

julgado a sentença condenatória, para a acusação. A fórmula brasileira, mais uma vez, discrepa do que ocorre no mundo, que prevê a prescrição da execução da pena após o trânsito em julgado para todas as partes.

Não faz sentido pensar em pretensão executória se o Ministério Público, muitas vezes, nem poderá executar a pena pois o réu pode ter recorrido da sentença condenatória. O STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84078/MG, em 5 de fevereiro de 2009, decidiu que a execução da pena só pode ocorrer após o trânsito em julgado definitivo.<sup>15</sup> **O Brasil, assim, mantém a excecência: prescrição da pretensão executória sem possibilidade de execução.**

A intenção, então, da modificação que se propõe é deixar claro que a prescrição da pretensão executória começa a correr com o trânsito em julgado, para todas as partes (*sentencia que quedó notificada y firme*), não somente para a acusação.

Os argumentos contra a mudança, apresentados por RENÉ ARIEL DOTTI, são tão retóricos e abertos que perdem a essência de uma crítica jurídica séria:

*Sem qualquer razão a pretendida mudança. Como é elementar, o controle do curso do tempo e as intervenções para suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais, constituem deveres intransferíveis do Estado que exerce o monopólio do ius puniendi. O réu não pode ser chamado a esse litisconsórcio negativo simplesmente porque o seu interesse é oposto.*

Ora, ao réu é dado o direito de recorrer, de forma autônoma e independente, e isso já é suficiente para não se formar a tal pseudoqualificação de “litisconsórcio negativo”. A questão aqui é de técnica-processual: não há que se falar em pretensão executória sem o trânsito em julgado definitivo. A título meramente exemplificativo, cita-se o Código Penal do Peru, que, em seu art. 86, dispõe: “*El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme*”. Igualmente, o Código Penal da Costa Rica, em seu art. 86, dispõe: “*La prescripción de la pena comienza a correr desde el día en que la sentencia quede*

---

<sup>15</sup> STF. Dje.035 Divulgadoem: 25-2-2010 PUBLIC 26-2-2010 EMENT. VOL.02391-05 p.01048.

*firme*". E, nessa linha, vão todos os demais países do globo terrestre, menos o Brasil.

#### 4. CAUSAS IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO

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.

A 6ª Medida apresentada pelo MPF acrescenta uma causa impeditiva da prescrição ao art. 116, com o objetivo evitar que a interposição de recursos extraordinários em sentido amplo (recursos especial e extraordinário em sentido estrito), que não possibilitam mais a ampla discussão da matéria fática, e contra título judicial já maduro, acabem ensejando a prescrição pelo decurso do tempo, sem que haja inércia da parte.

A proposta alinha a redação do Código Penal com o que está previsto no Projeto de Lei nº 8.045/2010, que reforma o Código de Processo Penal. De fato, o § 3º do art. 505 do CPP em trâmite determina a suspensão do prazo prescricional desde a interposição de tais recursos até o trânsito em julgado.

Mais uma vez, a matéria não é estranha ao ordenamento jurídico estrangeiro. A título de exemplo, cita-se o art. 189 do Código Penal colombiano no qual a mera prolação da decisão de segundo grau já suspende o prazo prescricional.<sup>16</sup> A questão, sem dúvida, passa pela política criminal que o país deseja impor, não sofrendo qualquer restrição na Constituição Federal de 1988.

O art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê que *“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”*. Parece claro que o

<sup>16</sup> *“Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”*

fato de haver interrupção de prescrição a partir da interposição de recursos extraordinários não viola em nada tal dispositivo, em especial porque o Duplo Grau de Jurisdição, em recurso ordinário, com ampla reanálise de prova, já foi assegurado. Pelos mesmos motivos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, resta preservado.

O Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, em críticas negativas à proposta, declarou que:

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.<sup>17</sup>

Na mesma linha, RENÉ ARIEL DOTTI afirma:

Essa proposta já consta do Projeto de Lei 156, de 2009, art. 505, § 3.º, aprovado pelo Senado Federal (2010) e que encontra-se na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010). Mas não deve prosperar porque afronta o princípio da amplitude da defesa, nela compreendido o emprego de meios 'e recursos a ela inerentes' (CF, art. 5.º, LV). É elementar que o direito aos recursos legalmente cabíveis – garantia fundamental vinculada à presunção da inocência – não pode sofrer o obstáculo à fluência do prazo prescricional em função de seu próprio exercício.

Da leitura da Constituição Federal de 1988 e de todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos não se deflui, em qualquer dispositivo, que a previsão de determinados efeitos a recursos extraordinários seja inconstitucional. No caso em exame, o réu poderá interpor, sem qualquer óbice, os recursos especial e extraordinário. Dizer que a paralisação do fluxo prescricional, nesse caso, viola um direito do réu é, em outras palavras, sustentar que a propositura de

<sup>17</sup> FERNANDES OLIVEIRA, Juliana Magalhães; AZAMBUJA, Ernesto Freitas; LIMA, Frederico Retes; CAVALCANTI FILHO, João Trindade; MENEGUIN, Fernando B. *Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional*. Textos para Discussão 179. Julho de 2015.



recursos especial e extraordinários tem por finalidade tentar ocasionar a prescrição estatal, e que isso é direito do réu. Com todas as vênias, o raciocínio resvala no absurdo.

O raciocínio é coerente e bem claro: o réu poderá continuar a exercer o seu direito de ingressar com os recursos extraordinários em sentido amplo, uma vez consolidado o seu título condenatório pelo Tribunal, mas o Estado pode e deve adotar meios legais e constitucionais para preservar o *ius puniendi*.

Quanto ao parágrafo único do art. 116, na nova redação que se apresenta, a prescrição não corre “*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*”. A novidade está na inclusão das expressões “foragido ou evadido”.

O § 78c (1) Nr. 10 do Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB) prevê que a prescrição será interrompida:

Com a suspensão judicial temporária do processo **por motivo de ausência do réu**, assim como qualquer ordem do juiz ou do promotor de justiça para tal suspensão, ou que ordene a suspensão durante o processo contra ausente para a averiguação do lugar em que o réu se encontra ou para assegurar a integridade de provas.<sup>18</sup>

Esse dispositivo é o usado para interromper o prazo prescricional no caso em que o réu esteja foragido.<sup>19</sup>

Em interpretação ao dispositivo acima, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH – Bundesgerichtshof) já decidiu que a cada tentativa do Ministério Público em localizar o foragido, o prazo se interrompe novamente. Isso tudo reforça a ideia de que o instituto da prescrição está, necessariamente, relacionado à inércia estatal.

---

<sup>18</sup> Tradução livre de: StGB, § 78c Unterbrechung (Interrupção) (1) Die Verjährung wird unterbrochen durch (A prescrição se interrompe com): [...] 10. die vorläufige gerichtliche Einstellung des Verfahrens wegen Abwesenheit des Angeschuldigten sowie je de Anordnung des Richters oder Staatsanwalts, die nach einer solchen Einstellung des Verfahrens oder im Verfahren gegen Abwesende zur Ermittlung des Aufenthalts des Angeschuldigten oder zur Sicherung von Beweisen ergeht ,

<sup>19</sup> O § 78c (3) do StGB fixa um limite para as interrupções. Em tradução livre: “Com cada interrupção, a prescrição reinicia-se. Porém, a persecução penal prescreve, no mais tardar, quando, a partir do momento definido no §78a, o dobro do prazo prescricional legal tiver passado...”. A duplicação do prazo prescricional é aplicada na interpretação que se dá ao art. 366 do CPP brasileiro.

Nos EUA, o 18 U.S. Code § 3290 prevê: “*No statute of limitations shall extend to any person fleeing from justice*”.<sup>20</sup> A legislação americana deixa claro, assim, que o denominado “Estatuto das limitações” (que se refere ao limite de tempo em que as acusações criminais devem ser feitas após o cometimento do crime) não se aplica para pessoas foragidas da justiça.

O Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, em críticas negativas à proposta, afirma:

*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*<sup>21</sup> (destacou-se).

Com todas as vênias, esse pensamento subverte completamente a coerência do sistema de justiça criminal, beneficiando a vulgarmente denominada “malandragem”. É muito simples colocar sempre a culpa dos problemas “no mau serviço prestado” pelo Estado, criando-se uma impressão quiçá “diabólica” *de que se o Estado sempre exercer suas atividades com primor e qualidade, os problemas não existiriam*. Desculpem, mas esse raciocínio, **a partir de um determinado patamar de irrealidade**, é falacioso. É o caso.

No caso de fuga ou evasão, parece bem claro que, mesmo que o Estado implemente todos os esforços necessários para recuperar o réu, isso pode não ocorrer. Temos dezenas de exemplos, inclusive envolvendo grandes potências mundiais, de que, às vezes, não é tão simples recuperar um criminoso. Então, a conclusão da Consultoria Legislativa do Senado, *data venia*, parece fora da realidade.

---

<sup>20</sup> Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3290>

<sup>21</sup>FERNANDES OLIVEIRA, Juliana Magalhães; AZAMBUJA, Ernesto Freitas; LIMA, Frederico Retes; CAVALCANTI FILHO, João Trindade; MENEGUIN, Fernando B. *Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional*. Textos para Discussão 179. Julho de 2015.

No mais, não parece nem um pouco crível que países como a Alemanha e os EUA, bem como diversos outros, possuam um “sistema de captura fracassado” e estejam se utilizando de instrumentos estatais como “*prêmio pelo mau serviço prestado*”. Parece mais razoável, sim, pensar que tais países compreenderam que cabe ao Estado desincentivar a fuga, não deixar que o criminoso tenha benefícios pela sua própria torpeza, sendo que a proposta de paralisar o fluxo prescricional parece se adequar aos mecanismos internacionais.<sup>22</sup>

## 5. CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

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.

Segundo a nova redação que se propõe ao inciso I, do art. 117, do Código Penal, o curso da prescrição interrompe-se “*pelo oferecimento da denúncia ou queixa*”, não mais pela recepção. A prescrição é um instituto que visa a aferir a inércia do aparato estatal. Parece claro, assim, que no momento em que a peça acusatória é oferecida, independentemente do recebimento ou não pelo Poder Judiciário, não há que se falar mais em “inércia estatal”.

Mais uma vez, RENÉ ARIEL DOTTI discorda de forma retórica e afirma:

***Entre as novas causas propostas para interromper a prescrição consta a substituição da decisão do juiz pelo simples oferecimento da denúncia ou queixa (CP, art. 117, I). Nada mais excêntrico. O Ministério Público é parte na relação processual competindo-lhe, privativamente, a promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I). Não lhe é conferido o poder de***

---

<sup>22</sup> Sem contar que, em alguns ordenamentos, fugir constitui crime.

*controle jurisdicional sobre a aptidão ou inépcia da inicial acusatória que é insito ao magistrado quando recebe ou rejeita a petição. Trata-se de manifestação personalíssima e sujeita ao requisito constitucional da fundamentação, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX). A mesma objeção vale para o PL do Senado 658/2015.*<sup>23</sup>

Excêntrico só se for para os juristas da “*Terra Brasilis*”. **Em uma rápida pesquisa de direito comparado, encontramos interrupções no prazo prescricional por simples atuações do Ministério Público.** No caso do direito brasileiro, é bom lembrar, a modificação que se propõe está ainda aquém do que ocorre nos demais países, propondo-se apenas a revogação de uma distorção pois nada se justifica que a prescrição só seja interrompida com o recebimento da denúncia, não com a atuação do Ministério Público (que já demonstra que o órgão estatal de acusação não está inerte). Vejamos o quão excêntrica é a previsão e a prescrição ser interrompida por atos do Ministério Público em geral:

O art. 7º do Código de Processo Penal Francês dispõe que a prescrição será interrompida por cada ato de instrução ou investigação<sup>24</sup>: *“En matière de crime et sous réserve des dispositions de l'article 213-5 du code pénal, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite”*.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> IBCCrim. ANO 23 - Nº 277 - dezembro /2015 - ISSN 1676-3661.

<sup>24</sup> “Le Code de procédure pénale prévoit deux causes d'interruption qui valent quelle que soit l'infraction: les actes de poursuite et les actes d'instruction. La jurisprudence est venue préciser les contours de ces notions en s'attachant à l'esprit de l'interruption plus qu'à la lettre du Code. Entrent ainsi dans la catégorie des actes de poursuite l'ensemble des actes réguliers par lesquels le ministère public et la partie lésée déclenchent l'action publique (citations à comparaître, réquisitoires introductifs, supplétifs ou définitifs, plaintes avec constitution de partie civile etc.) [...] Quant aux actes d'instructions, ils sont admis avec la même largesse: il s'agit certes de ceux qu'accomplissent les juridictions d'instruction compétentes (interrogatoire, transport sur les lieux, commission rogatoire, perquisition, saisie, avis de fin d'instruction, etc.), mais aussi des actes d'enquête réalisés par la police judiciaire en préliminaire ou en flagrance (procès-verbal constatant une infraction, audition de témoin, visite domiciliaire etc.) et par les agents spécialisés (procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail....)” - MATHIAS, Éric. *Procédure pénale*. Rosny-sous-Bois: Bréal, 2007, p. 82-83.

<sup>25</sup> Tradução livre: “Artigo 7. Em matéria criminal e com reserva das disposições do artigo 213-5 do código penal, a ação pública prescreve em dez anos contados do dia em que cometido o crime se, neste intervalo, não tiver havido nenhum ato de instrução ou de investigação.”

A doutrina interpreta como “*acte d’instruction ou de poursuite*” eventuais interrogatórios, apreensões, relatório de constatação de infração, oitiva de testemunhas, visita domiciliar etc, bem como outros atos do processo criminal:

*Le Code de procédure pénale prévoit deux causes d’interruption qui valent quelle que soit l’infraction: les actes de poursuite et les actes d’instruction. La jurisprudence est venue préciser les contours de ces notions en s’attachant à l’esprit de l’interruption plus qu’à la lettre du Code. Entrent ainsi dans la catégorie des actes de poursuite l’ensemble des actes réguliers par lesquels le ministère public et la partie lésée déclenchent l’action publique (citations à comparaître, réquisitoires introductifs, supplétifs ou définitifs, plaintes avec constitution de partie civile etc.) [...] Quant aux actes d’instructions, ils sont admis avec la même largesse: il s’agit certes de ceux qu’accomplissent les juridictions d’instruction compétentes (interrogatoire, transport sur les lieux, commission rogatoire, perquisition, saisie, avis de fin d’instruction, etc.), mais aussi des actes d’enquête réalisés par la police judiciaire en préliminaire ou en flagrance (procès-verbal constatant une infraction, audition de témoin, visite domiciliaire etc.) et par les agents spécialisés (procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail....).<sup>26</sup>*

O § 78c (1) do Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB) prevê que a prescrição será interrompida com o primeiro interrogatório do acusado, a formalização de que a investigação tenha sido iniciada (pela polícia ou pelo Ministério Público), dentre outros fatores, inclusive como o deferimento de medidas judiciais contrárias ao interesse do sujeito passivo, como buscas e apreensões, mandado de detenção etc.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> MATHIAS, Éric: Procédure pénale. Rosny-sous-Bois: Bréal, 2007, pp. 82-83. Tradução livre: “O código de processo penal prevê duas causas de interrupção que valem para qualquer infração: os atos de investigação e os atos de instrução. A jurisprudência vem delinear os contornos destas noções associando-se ao espírito da interrupção mais que à letra do código. Entram assim na categoria de atos de investigação o conjunto de atos regulares pelos quais o ministério público e a parte lesada desencadeiam a ação pública (citações para comparecimentos, acusações introdutórias/iniciais, supletivas/complementares ou definitivas, representação da parte ofendida etc.) [...] Quanto aos atos de instrução, são admitidos com a mesma amplitude: são aqueles adotados pela jurisdição de instrução competente (interrogatório, mobilização, carta rogatória, buscas, apreensões, pareceres finais), mas também pelos atos de pesquisa/investigação realizados pela polícia judiciária preliminarmente ou no flagrante (registro verbal de constatação de infração, oitiva de testemunhas, visitas domiciliares etc.) e por agentes especializados (registros feitos por inspetores de trabalho...)”.

<sup>27</sup> “StGB, § 78c Unterbrechung (Interrupção)

(1) Die Verjährung wird unterbrochen durch (A prescrição se interrompe com):

1. die erste Vernehmung des Beschuldigten, die Bekanntgabe, daß gegen ihn das Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, oder die Anordnung dieser Vernehmung oder Bekanntgabe (o

Indo para o lado dos países componentes da **Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional**, o art. 110 do Código Penal Federal do México prevê: “*La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada*”.<sup>28</sup>

O art. 83 do Código Penal do Peru:

*La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido*”. O Código de Processo Penal do mesmo país, no art. 339, 1, é expresso em dizer que “*La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal*”.

O art. 104 do Código Penal do Paraguai prevê atos do Ministério Público e do Poder Judiciário que interrompem a prescrição, inclusive quando expedidos contra os interesses do sujeito passivo<sup>29</sup>. O art. 132, 2, 2ª, do Código

---

primeiro interrogatório do acusado, com a comunicação de que contra ele foi instaurada investigação, ou com o mandado de interrogatório ou a sua comunicação),

2. jede richterliche Vernehmung des Beschuldigten oder deren Anordnung (qualquer interrogatório do réu realizado pelo juiz ou com o mandado do mesmo),

[...]

4. jede richterliche Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnung und richterliche Entscheidungen, welche diese aufrechterhalten (qualquer mandado de apreensão ou de busca, e decisão do juiz que mantenha o mesmo),

5. den Haftbefehl, den Unterbringungsbefehl, den Vorführungsbefehl und richterliche Entscheidungen, welche diese aufrechterhalten (o mandado de prisão, de internação, de comparecimento forçado, e decisão do juiz que mantenha o mesmo),

6. die Erhebung der öffentlichen Klage (instauração da ação penal),

7. die Eröffnung des Hauptverfahrens (abertura do processo principal),

8. jede Anberaumung einer Hauptverhandlung (qualquer realização de uma audiência principal),

9. den Strafbefehl oder eine andere dem Urteil entsprechende Entscheidung (o mandado de prisão ou outra decisão em decorrência da sentença),

[...]

Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_78c.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_78c.html)

<sup>28</sup> Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_120315.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120315.pdf)

<sup>29</sup> “*Artículo 104.- 1º La prescripción será interrumpida por: 1. un auto de instrucción sumarial; 2. una citación para indagatoria del inculpado; 3. un auto de declaración de rebeldía y contumacia; 4. un auto de prisión preventiva; 5. un auto de elevación de la causa al estado plenario; 6. un escrito de fiscal peticionando la investigación; 7. una diligencia judicial para actos de investigación en el extranjero.*”

Penal da Espanha também não nega efeitos ao ato de formulação de uma denúncia perante o órgão jurisdicional.<sup>30</sup>

A prescrição é um instituto que visa a aferir a inércia do aparato estatal, dentro do qual se encontra o Ministério Público, não tendo vinculação necessária com os atos do Poder Judiciário. Tanto isso é verdade que corre a chamada prescrição em abstrato na fase de investigação, em que nem sempre há atuação jurisdicional.

Da análise das legislações de outros países, nota-se que apesar de em algumas os prazos prescricionais não serem tão alargados, os atos e ações do Ministério Público e do Judiciário interrompem mais vezes o prazo prescricional.<sup>31</sup> Aliás, esta é a real essência da prescrição: se o Ministério Público e o Judiciário atuam, dentro de um prazo razoável, sem que o réu aja para atrasar a marcha processual, não há porque se falar em inércia.

A modificação no inciso IV do artigo 117 impõe a interrupção da prescrição quando de qualquer decisão expedida durante a vigência do processo, alinhando-se quase integralmente, aliás, com o texto do Projeto de Lei nº 236/2012, que propõe um novo Código Penal. Conforme bem destacado pelo Relatório Final do Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012 (Novo Código Penal):

A proposta de alteração deixa expresso que qualquer decisão de tribunal, condenatória ou confirmatória da sentença, é hipótese de nova interrupção da prescrição. E não haveria sentido ser de forma diversa, na medida em que o Estado, dentro dos prazos estipulados em lei, de forma igualitária para todos, analisando os recursos interpostos no caso concreto, manifestou-se novamente sobre a pretensão apresentada pelas partes em tempo hábil. É

---

<sup>30</sup> “2ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, em la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia” - <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>.

<sup>31</sup> Em algumas legislações, mesmo que haja sucessivas interrupções, é previsto um prazo máximo de prescrição. É o caso do Código Penal do Paraguai que, em seu art. 104, prevê diversas hipóteses de interrupção da prescrição e, ao final, dispõe: “Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción”.

***dizer: houve prestação jurisdicional a tempo e, por isso, nova interrupção da prescrição.***<sup>32</sup> (destacou-se).

A proposta indica, ainda, a necessidade de se interromper a prescrição “*por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte*”. Em relação a essa parte específica, o Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado afirma:

[...] 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.

A crítica não procede e interpreta de forma equivocada a modificação proposta pelo MP. O instituto da prescrição é relacionado ao *ius puniendi* e assim é evidente que uma decisão monocrática em autos de restituição de coisas apreendidas não terá o efeito de interrupção no prazo. O caso, então, limita-se às decisões monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto na causa principal.

No mais, o que significa que uma proposta é “constitucionalidade questionável”? É um meio termo entre constitucional e inconstitucional? A expressão não parece técnica. Acusar uma norma de inconstitucional não pode ser sinônimo de uma simples falta de simpatia por ela. É essencial indicar qual dispositivo da Constituição está sendo violado, o que em nenhum momento foi feito. Questões de política criminal possibilitam que o legislador infraconstitucional preveja mais prazos de interrupção da prescrição, sem que isso viole qualquer artigo da Constituição Federal. Aliás, todo o estudo comparativo que se propôs neste artigo já deixou evidente que o Brasil está muito aquém na previsão de

---

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em 19 de dezembro de 2015.



interrupções de prazos prescricionais se comparado a países muito mais evoluídos na sistemática criminal.

Continuando, a alteração que se propõe no inciso VII, do art. 117, conforme bem exposto na exposição de motivos do anteprojeto apresentado à sociedade civil e jurídica<sup>33</sup>, tem por propósito harmonizar o tratamento da prescrição com a necessidade de inércia da parte para sua incidência. O instituto da prescrição objetiva conferir segurança jurídica ao réu quando o autor não adota as providências que lhe são cabíveis (*dormientibus non succurrit jus*). Sancionar o autor com a extinção de seu direito quando age de modo diligente, como ocorre hoje, é um contrassenso.

As críticas negativas trazidas pela Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado a essa específica mudança são: *“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”*.

Mais uma vez, não parece técnico colocar a culpa nos atrasos dos Tribunais como justificativa exclusiva para não se empreender mudanças na legislação. Aliás, é justamente o contrário. A Lei serve para modular condutas de acordo com a realidade. Precisamos ver se o sistema funciona. Mesmo que tenhamos uma justiça dentro de metas fixadas, nada obsta que a legislação fixe um patamar temporal para se evitar impunidades. Vejamos:

Entre os dias 10 e 11 de novembro, durante o VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram aprovadas as Metas Específicas de celeridade para o Judiciário brasileiro alcançar em 2015. Para os Tribunais Regionais Federais foi previsto:

Reduzir o tempo médio de duração do processo, em relação ao ano base 2014: I) na fase de conhecimento, para o 1º grau dos TRTs que contabilizaram o prazo médio acima de 200 dias, em

---

<sup>33</sup> Disponível em: [http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)

1%; para o 2º grau dos TRTs que contabilizaram o prazo médio de 201 a 300 dias, em 1%; e para o 2º grau dos TRTs que contabilizaram o prazo médio acima de 300 dias, em 3%.<sup>34</sup>

Nota-se, assim, que a mudança que se propõe, de interrupção da prescrição “quando o caso chegou à instância recursal há mais de 540 dias”, é muito além das metas de eficiência previstas pelo próprio CNJ, a se evidenciar que a problemática não é somente de “falta de gestão”, mas de política criminal: dar eficiência, respeitados os direitos individuais.

## **6. CRIME PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA**

Art. 2º O art. 337-B do Código Penal passa a vigorar com o acréscimo do § 2º a seguir:

Art. 337-B. [...]

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

O art. 337-B do Código Penal está dentro do Capítulo dos Crimes Praticados contra a Administração Pública Estrangeira. Segundo o referido dispositivo:

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

De acordo com a **exposição de motivos do anteprojeto sugerido pelo MPF:**

[...] o acréscimo do § 2º ao artigo 337-B do Código Penal vem a atender o disposto no artigo 6 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

---

<sup>34</sup>Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-cnj/2015/Metas\\_Espec%C3%ADficas\\_ aprovadas\\_no\\_VIII\\_Encontro\\_v1.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-cnj/2015/Metas_Espec%C3%ADficas_ aprovadas_no_VIII_Encontro_v1.pdf)

Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, que reza: 'Artigo 6 – Regime de Prescrição – Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito.<sup>35</sup>

A proposta, assim, ao duplicar o prazo prescricional, considera as dificuldades e trâmites para a investigação e abertura de processo nesses casos. Além disso, é importante frisar que, em legislações estrangeiras<sup>36</sup>, o simples fato do crime ser cometido por funcionários público já enseja aumento no prazo prescricional, para mais.

## 7. CONCLUSÃO

Conforme bem destacou JUAREZ CIRINO DOS SANTOS e JUNE CIRINO DOS SANTOS, “**ajustes na prescrição penal contra a impunidade e a corrupção – como se a prescrição penal não fosse conquista universal de pacificação social pelo decurso do tempo**”.<sup>37</sup> Ora, justamente por a prescrição ser “conquista universal”; por o Brasil não ser uma ilha isolada de juristas, é obrigação e exercício de humildade sempre observarmos como o instituto é tratado no “universo”, incluídos aqui, creio, os demais países do mundo.

---

<sup>35</sup>Disponível em: [http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)

<sup>36</sup> Alguns exemplos: Artigo 80 do **Código Penal do Peru**: “*En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica*”. Artigo 83 do **Código Penal da Colômbia**: “*Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte. También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior*”. Artigo 67 do **Código Penal Argentino**: “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*”. Disposição mais rigorosa também é o art. 107 do **Código Penal do Equador**.

<sup>37</sup> As palavras transcritas foram também postas no IBCCrIm. Ano 23 - nº 277 - dezembro /2015 - ISSN 1676-3661, com a intenção de criticar negativamente as 10 Medidas contra a Corrupção apresentadas pelo MPF, mas, ao revés, ajudaram pois reconheceram que o Brasil não é uma ilha isolada no tema de prescrição penal, devendo sempre evoluir, em especial diante dos patamares abissais de impunidade no país.

Diante de equívocos graves no sistema processual criminal, seja pelo excesso de recursos, seja por uma concepção equivocada do instituto da prescrição, não parece correto dizer simplesmente que “*a responsabilidade pela condução dos processos é dos juízes*”.<sup>38</sup> Se por um lado devemos sempre apoiar uma melhor estruturação do Poder Judiciário, para termos julgamentos cada vez mais céleres, por outro, parece claro na visão do MPF que o sistema em si está doente.

Os refratários a mudanças estruturais batem na mesma tecla: “*a causa determinante da prescrição é o imobilismo do Estado e não a atuação da defesa na interposição dos recursos cabíveis, cuja demora para julgá-los não pode ser atribuída ao cidadão, mas deve ser debitada ao Judiciário*”, chegando a dizer que as 10 Medidas visam a “*mutilar o instituto da prescrição*”.<sup>39</sup>

A linha base dos argumentos acima é singela e trabalha com uma notória concepção popular: *se o Judiciário quiser ele pode fazer tramitar de forma célere os processos; logo, o problema não é na prescrição*. Entretanto, a fragilidade salta aos olhos. Primeiro: não temos uma investigação e sistema de justiça criminal mais eficientes do que os demais países no mundo e, mesmo assim, tais países não tiveram a “brilhante” ideia de prever, por exemplo, institutos esdrúxulos como o da prescrição retroativa ou que a prescrição executória começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação (e não de todas as partes). Ou somos os “donos da verdade” ou estamos indo na contramão da evolução criminal. Em que vocês, leitores, apostariam? Segundo: **devemos ficar atentos a uma específica impunidade, que é a presente nos processos de colarinho branco, onde bancas de advogados se utilizam de institutos mal previstos em lei (e que devem ser extirpados) para procrastinar os feitos até a prescrição. É disto que se fala.**

O instituto da prescrição, no Brasil, precisa de urgentes melhoramentos. Definitivamente, **a prescrição penal não é um meio de isentar o réu ou investigado de um processo ou procedimento contra ele, a qualquer custo**. É, em essência, um meio de proteção contra a inércia estatal. Contudo, se

<sup>38</sup> Palavras ditas no Boletim do IBCCrim. Ano 23 - Nº 277 - dezembro/2015 - ISSN 1676-3661, por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

<sup>39</sup> Palavras ditas por Boletim do IBCCrim. Ano 23 - Nº 277 - dezembro/2015 - ISSN 1676-3661, por RENÉ ARIEL DOTTI.

o Estado não está inerte, seja denunciando, seja investigando, seja decidindo, mesmo monocraticamente, não há o porquê de se falar em prescrição.

Se por um lado, devemos lutar por uma justiça mais célere, temos também empecilhos na nossa legislação que impedem isso. Nessa linha, tem-se a convicção de que as propostas apresentadas pelo Ministério Público Federal são as que atendem melhor o combate à corrupção e à impunidade.



## MEDIDA 7

---

AJUSTES NAS NULIDADES PENAIS  
CONTRA A IMPUNIDADE  
E A CORRUPÇÃO

---

## MEDIDA 7

# AJUSTES NAS NULIDADES PENAIS CONTRA A IMPUNIDADE E A CORRUPÇÃO

# Ajustes nas nulidades

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera os arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Os arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova;

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever



legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má-fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.” (NR)

“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.” (NR)

“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.” (NR)

“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.” (NR)

“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.” (NR)

“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. Nesse caso, interromper-se-á a prescrição na data da primeira oportunidade em que lhe cabia alegar o vício.” (NR)

“Art. 572. As nulidades considerar-se-ão 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.” (NR)

“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 quais 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.” (NR)

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

### 1) Conceituação do que seja prova ilícita.

A garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norte-americano, onde nasceu a partir de construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS). Consiste em um conjunto de regras não escritas na lei, mas reconhecidas pela jurisprudência (no sistema da *Common Law* boa parte das regras jurídicas é construída pela jurisprudência, através dos chamados precedentes).

Assim, a SCOTUS decidiu que as provas obtidas em violação à Quarta Emenda à Constituição dos EUA (que assegura a inviolabilidade do cidadão contra buscas e apreensões sem autorização baseada em causa provável), à Quinta Emenda (que assegura o devido processo legal e o direito à não auto-incriminação) e à Sexta Emenda (que assegura ao acusado um julgamento público, imparcial, com direito de defesa e a conhecer a acusação que pesa contra si e quem o está acusando) são inadmissíveis no processo criminal (*exclusionary rules*).

Releva observar que, no direito norte-americano (onde a regra nasceu e de onde veio importada para o direito brasileiro), as “*exclusionary rules*” aplicam-se tão somente aos **processos criminais** e se destinam a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime. Em outras palavras, as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas, no direito norte-americano, objetivam dissuadir os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédios aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados.

Nos Estados Unidos, as *exclusionary rules* não são, elas próprias, um direito constitucional, isto é, não estão previstas nem na Constituição americana, nem em qualquer uma de suas emendas. São elas, como já dito, criações jurisprudenciais, baseadas em precedentes, que se destinam a proteger os direitos constitucionais de investigados e réus.

A sua importação para o Brasil, onde vigora o sistema da *Civil Law*, deu-se mediante posituação da regra no texto constitucional, de modo que a inadmissibilidade das provas ilícitas é, por si só, uma garantia constitucional que, ademais, diferentemente dos Estados Unidos, se aplica tanto ao processo criminal, quanto ao processo não criminal. A inadmissibilidade das provas ilícitas, por aqui, é irrestrita.

Quando da importação para o Brasil, mais precisamente em relação à conceituação do que seja prova ilícita e quais seriam as hipóteses excludentes de ilicitude, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, se divorciou das origens e se distanciou dos objetivos que levaram à criação das “*exclusionary rules*” e criou um sistema de regras próprio, que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

Daí as mudanças ora sugeridas.

A primeira delas na própria conceituação do que seja prova ilícita. A lei em vigor conceitua provas ilícitas como sendo “*as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado.

Mas não é só. A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado na tese de mestrado de Diogo Castor

de Mattos, intitulada *A seletividade penal na utilização abusiva do “habeas corpus” dos crimes do colarinho-branco*.

O referido pesquisador, após analisar decisões do STJ e comparando julgamentos de crimes do colarinho-branco com julgamentos de outros crimes, cujos réus não eram políticos nem empresários abastados, mas assistidos da Defensoria Pública, acusados de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal, constatou que os argumentos usados pelos Ministros do STJ para anularem as ações penais em casos de crimes graves praticados por ricos ou poderosos não acudiram acusados menos endinheirados.

Contudo, como se viu, as *exclusionary rules* foram criadas para proteger os direitos constitucionais dos investigado ou do réu e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal. Assim, sugere-se que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas com violação **aos direitos ou garantias** legais ou constitucionais.

Mas não é só. Considerada a finalidade dissuasória das *exclusionary rules*, a praticidade e a objetividade própria da jurisprudência americana identificou e reconheceu várias exceções à regra da inadmissibilidade, que se constituem verdadeiras “excludentes de ilicitude da prova”. De fato, sempre que a regra de exclusão não tiver o condão de dissuadir os agentes do estado ou moldar a sua conduta com vistas ao respeito aos direitos e garantias do investigado ou réu, ela não deve ser utilizada.

A importação para o Brasil das regras de exclusão das provas ilícitas veio acompanhada de duas causas excludentes de ilicitude reconhecidas pela jurisprudência da SCOTUS, ou seja, circunstâncias que, acaso presentes, permitem a utilização da prova. São elas:

a) a não evidência de nexos de causalidade com as provas ilícitas (*independent source doctrine*) e

b) quando as provas derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (*inevitable discovery*).

Contudo, há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela SCOTUS, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro, e que o projeto pretende corrigir. São elas:

1) A exceção de boa-fé (*good faith exception*): em *Arizona vs. Evans*, 514 U.S.1 (1995), *Davis vs. U.S.* 131 S.Ct. 2419 (2011) e *Herring vs. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009), a SCOTUS decidiu que não se deve excluir a prova quando o policial a tiver obtido de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada, como, por exemplo, quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado.

Entendeu-se que, nessas circunstâncias, a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.

2) Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*), quando houver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a

relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como, por exemplo, quando o investigado resolver se tornar colaborador.

3) Contraprova (*evidence admissible for impeachment*): Quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena.

Além das excludentes de ilicitude consagradas pelo direito norte-americano, outras causas devem igualmente ser incluídas, tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sob o pálio de circunstância protegida pela lei penal. São elas:

I – Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou fique mais tempo preso do que o devido).

II – Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o leva ao conhecimento das autoridades (*whistleblower*).

III – Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

## 2) Ampliação das preclusões de alegações de nulidades.

Não se pode tolerar que as partes dolosamente deixem de alegar nulidades, guardando trunfos na manga para, anos, às vezes décadas, depois, alegar os vícios em grau recursal e obter anulações, não raro visando à prescrição dos delitos imputados. Se há nulidade, a parte deve alegá-la na primeira oportunidade que tem para se manifestar, e o juiz deve decidi-la dentro de marcos próprios da evolução do processo.

3) Nas omissões em alegar nulidades, a superação de preclusões deve ser condicionada à interrupção da prescrição a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito.

A omissão em alegar deve gerar preclusão. Apesar da sua omissão, e a fim de valorizar a ampla defesa, a parte poderá postular do juízo a superação da preclusão, com a consequente anulação e repetição do ato. Todavia, o retrocesso a fases anteriores do procedimento, por ter sido culposamente causado pela parte, não pode levar à prescrição se a parte sabia ou deveria saber do defeito. Assim, impende haver interrupção da prescrição a contar da data em que a parte deveria ter alegado o defeito.

4) O aproveitamento máximo dos atos processuais praticados deve ser um dever do juiz e das partes. A pronúncia de nulidade deve exigir fundamentação específica e concreta.

A doutrina praticamente unânime já afirma que a invalidação deve ser medida excepcional, e que todos os atos processuais devem ser, de regra, aproveitados. Haverá casos, contudo, em que um defeito formal pode gerar um prejuízo irreparável, não sanável, ao exercício do direito de defesa (como afirma a lei) e, acrescentamos, também ao contraditório, quando então pode ser justificada a invalidação. Essa alegação e demonstração deve ser feita em concreto pelo requerente, exigindo-se, também, do juízo fundamentação específica para que se invalide o ato considerado viciado.

5) Impossibilidade de presunção de prejuízo, exigindo-se que as partes demonstrem

especificamente, à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito dos atos processuais tenha gerado ao exercício dos seus direitos constitucionais.

É muito comum ver nas fundamentações de invalidação afirmações de que, naquele caso, o “prejuízo se presume”. A lógica do processo contemporâneo é de aproveitamento dos atos e que as nulidades sejam sempre excepcionais. Portanto, a invalidação não pode ser tendencial ou presumida. Para invalidar um ato deve-se exigir alegação e demonstração concreta.

Observe-se, aí, que o antigo rol de atos que ensejariam nulidade, do art. 564, foi suprimido. O formato do Código de Processo Penal, de fato, previa uma lista de vícios de atos processuais que poderiam levar à sua invalidação. Ora, essa opção metodológica, além de medieval, porque guarda raízes no processo romano formular, é desastrosa, porque o legislador não pode prever todos os defeitos que a riqueza das circunstâncias fáticas pode apresentar em juízo. Melhor adotar a opção do Código de Processo Civil e da maior parte das legislações no mundo, de adotar uma cláusula geral sobre as formas e aproveitamento dos atos processuais.

A proposta do art. 573 está em consonância com a moderna orientação de uma das principais fontes, se não a principal, de nossa teoria moderna de nulidades.

Além disso, a alteração ora proposta coloca em perspectiva a decretação da nulidade, frisando que ela não pode ser um fim que serve a si próprio, mas um meio para atingir uma finalidade maior. Mais ainda, essa finalidade atingida pela nulidade deve ser mais importante do que a finalidade atingida pelo aproveitamento da prova.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## #DEZMEDIDAS: EXCLUDENTES DE ILICITUDE DA PROVA

Helio Telho Corrêa Filho<sup>1</sup>

Dentre as dez medidas contra a corrupção e a impunidade sugeridas pelo Ministério Público Federal, uma das que tem causado maior polêmica é a que propõe redefinir as regras pertinentes à ilicitude das provas. A proposta ganhou oposição da OAB<sup>2</sup>, que a rotulou de “*descalabro de propor a relativização da prova ilícita*”, “*violação de uma garantia constitucional irrevogável, que é o da vedação da prova ilícita*” e que “*admitir provas ilícitas, ou abonar atos ilegais, significa estimular o descumprimento da lei na sociedade*”<sup>3</sup>.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que dedicou o seu Boletim n.º 277<sup>4</sup> integralmente a contestar as medidas propostas pelo MPF, também se opôs, em artigo da lavra de Gustavo Badaró, que mal conseguiu disfarçar o desconforto de levar a cabo a missão de criticar proposta que sugere a adoção de conceito de prova ilícita muito semelhante (e até menos restritivo) ao que o próprio autor defende<sup>5</sup>.

Como se verá adiante, não se está a propor a relativização de garantia constitucional, nem se defende a admissibilidade das provas ilícitas ou o descumprimento da lei, como equivocada e superficialmente sustenta a OAB.

- 1 Foi promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal e Procurador Regional Eleitoral em Goiás, é procurador da República em Goiás, Coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás e colaborador eventual da Escola Superior do Ministério Público da União
- 2 A Consultoria Legislativa do Senado também se opôs, alinhavando como único argumento contrário o fato de não ser admissível a aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas (TOLIVEIRA, 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 n.º 179). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 16 de julho de 2015 ). Contudo, os ilustres consultores legislativos que elaboraram o estudo se debruçaram sobre uma versão preliminar da proposta (minuta), que sofreu profundas alterações até se chegar à versão final submetida à subscrição popular, que não contemplou a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por essa razão, referida oposição não será considerada nesse artigo.
- 3 Conselho Federal da OAB, Proposição n. 49.0000.2015.002558-1/COP, relator Conselheiro Federal Eurico Soares Montenegro Neto (RO).
- 4 Boletim n. 277, ano 23, Dezembro/2015.
- 5 O conceito defendido por Gustavo Badaró para prova ilícita é o seguinte: “*podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais*”. O conceito proposto pelo MPF é praticamente idêntico (aliás até mais amplo), confira: “*as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais*”



A Constituição assegura, em seu art. 5.º, *caput*, LIV, que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A garantia constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norteamericano, onde nasceu a partir de construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS) e consiste em um conjunto de regras não escritas na lei (no sistema da *Common Law* boa parte das regras jurídicas é construída pela jurisprudência, através dos chamados precedentes) segundo as quais as provas obtidas em violação à Quarta Emenda à Constituição dos EUA (que assegura a inviolabilidade do cidadão contra buscas e apreensões sem autorização baseada em causa provável), à Quinta Emenda (que assegura o devido processo legal e o direito à não auto-incriminação) e à Sexta Emenda (que assegura ao acusado um julgamento público, imparcial, com direito de defesa e de conhecer a acusação que pesa contra si e a identidade de quem o está acusando) são inadmissíveis no processo criminal (*exclusionary rules*).

Releva observar que, no direito norteamericano (onde a regra nasceu e de onde veio importada para o direito brasileiro) as “*exclusionary rules*” se aplicam tão somente aos **processos criminais** e se destinam a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (*deterrent*). Em outras palavras, as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas objetivam dissuadir os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédio aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados. No artigo ora comentado, o próprio Gustavo Badaró ensina que “*a finalidade das 'exclusionaries rules' não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos*”.

Quando da importação para o Brasil, contudo, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, se divorciou das origens e se distanciou dos objetivos que levaram a criação das “*exclusionary rules*” e criou um estranho sistema de regras que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que se traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

Daí as mudanças propostas pelo MPF.

A primeira na própria conceituação do que sejam provas ilícitas. A

Constituição não as define. O Código de Processo Penal, com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, passou a conceitua-las como sendo “*as obtidas em violação a **normas constitucionais ou legais.***” O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que fique a quilômetros de arranhar as **camadas mais superficiais** da esfera de proteção dos direitos ou garantias do investigado ou réu.

Mas não é só. A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado em tese de mestrado<sup>6</sup> por Diogo Castor de Mattos.

O referido pesquisador, após analisar decisões do STJ, comparando julgamentos de crimes do colarinho branco com julgamentos de outros crimes, cujos réus não eram políticos nem empresários abastados, mas assistidos da Defensoria Pública, acusados de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal, constatou que argumentos que levaram o STJ a anular ações penais em casos de graves crimes praticados por ricos ou poderosos não acudiram acusados menos endinheirados, embora em situações análogas.

Contudo, como se viu, as “*exclusionary rules*” foram criadas para proteger os direitos constitucionais do investigado ou do réu e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal. Assim, sugere-se que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas com violação **a direito ou garantia** constitucional ou legal<sup>7</sup>.

Gustavo Badaró admite que “*em suma, a definição de prova ilícita proposta, em si, não é ruim. O perigo está nos detalhes, que se inclui a interpretação que se propõe, colocando em risco a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.*” O equívoco de Badaró, neste particular, reside no fato de que não se está propondo interpretação e

6 “A Seletividade Penal Na Utilização Abusiva Do Habeas Corpus Dos Crimes Do Colarinho Branco” defendida em fevereiro/2015 no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade da Estadual do Norte do Paraná.

7 Como vimos, esse conceito é quase idêntico ao proposto pelo próprio Gustavo Badaró, que sugere uma nova definição de prova ilícita: “*podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais*” (nesse particular, o conceito proposto pelo MPF é até menos restritivo do que o defendido pelo autor citado).

sim uma nova redação para o conceito de provas ilícitas, muito semelhante e até menos restritivo do que o que ele próprio propõe. Portanto, o receio demonstrado não tem qualquer base concreta, até porque quem fará a interpretação são os nossos tribunais, que não tem tradição de aviltar garantias constitucionais, muito ao contrário.

Mas não é só. Considerada a finalidade dissuasória das *exclusionary rules*, a praticidade e a objetividade própria da jurisprudência norteamericana identificaram e reconheceram várias exceções à regra da inadmissibilidade, que se constituem verdadeiras “excludentes de ilicitude da prova”. De fato, sempre que a regra de exclusão não tiver o condão de dissuadir os agentes do estado ou moldar a sua conduta com vistas o respeito aos direitos e garantias do investigado ou réu, ela não deve ser utilizada.

A importação para o Brasil das regras de exclusão das provas ilícitas veio acompanhada de duas causas excludentes de ilicitude reconhecidas pela jurisprudência da SCOTUS, ou seja, circunstâncias que, acaso presentes, permitem a utilização da prova. São elas:

1.1) a não evidencia denexo de causalidade com as provas ilícitas (*independent source doctrine*); e

1.2) quando as provas derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (*inevitable discovery*).

Contudo, há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela SCOTUS, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro. Nesse aspecto, no artigo ora contestado, Gustavo Badaró confessa<sup>8</sup> que a

---

8 Gustavo Badaró admite que “As hipóteses de “fonte independente” (inc. II) e “atenuação da contaminação” (inc. IV) são **situações de exceção à doutrina da prova ilícita por derivação, segundo a jurisprudência da Suprema Corte Norteamericana**, assim como também o é a “descoberta inevitável”. A formulação da doutrina estadunidense do *fruit of the poisonous tree* não **implica uma vedação absoluta da prova ilícita por derivação**. Excepcionalmente, admite-se a utilização da prova ilícita derivada em três exceções: (1) *attenuation of the taint*; (2) *independent source*; e (3) *inevitable discovery*. O anteprojeto procura incluir a exceção da atenuação da contaminação no inc. IV, para excluir a ilicitude da prova: “a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior a violação (...) novidade: a exceção da boa-fé – *Good-faith exception* – **que até hoje não encontrou regulamentação no ordenamento brasileiro**, aparece em dois dispositivos do Anteprojeto. O inc. III admite a utilização da prova ilícita se o agente a tiver obtido de “boa-fé ou por erro escusável”, baseada no elemento subjetivo do agente, se este, fundamentadamente, em razão de fato ou circunstância, considerou que a diligência de obtenção da prova estava legalmente autorizada, a prova, mesmo que objetivamente ilícita, poderá ser utilizada. Já o inc. V, tratando do reverso da medalha, afasta a ilicitude da prova quando “derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder,

maioria das inovações sugeridas pelo MPF encontra respaldo em decisões da Suprema Corte dos EUA e na doutrina estadunidense, berço das *exclusionary rules*. São elas:

2.1) A exceção de boa-fé (*good faith exception*): em *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995), *Davis v. U.S.* 131 S.Ct. 2419 (2011) e *Herring v. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009), a SCOTUS decidiu que não se deve excluir a prova quando o policial a houver obtido de boa-fé ou por erro escusável, assim entendido a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada, como por exemplo, quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado.

Entendeu-se que, nestas circunstâncias, o policial agiu de boa-fé e a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.

Essa excludente é, inclusive, compatível com a regra do nosso Código de Processo Penal segundo a qual a incompetência do juiz não anula os atos

---

*flagrante ilegalidade ou má-fé". Isto é, havia uma decisão judicial aparentemente lícita, que autoriza a atuação dos agentes estatais, que sob esse aparente manto de legalidade obtém a prova. Todavia, posteriormente, essa decisão judicial que autorizou o meio invasivo vem a ser anulada. A Suprema Corte dos EUA admitiu a exceção da boa-fé, pela primeira vez, no ano de 1984, no caso *United States v. Leon*, afastando a aplicação das regras de exclusão da prova.(12) Leon foi preso com base no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e encontrou grande quantidade de droga. Posteriormente, a defesa alegou, no tribunal, que no momento da busca, não havia probable cause para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi admitido pelo juiz. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida. A Suprema Corte dos EUA considerou, contudo, que a aplicação da exclusionary rule somente tem lugar quando a violação da 4.ª Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que **a finalidade das exclusionaries rules não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos**. Depois disso, a "exceção da boa-fé" foi aplicada em outros casos alargando demasiadamente seu campo de aplicação: Em *Massachusetts v. Shepherd*, a Suprema Corte norte-americana admitiu as provas obtidas com base em mandado judicial de busca que não descrevia os itens a serem apreendidos. Em *Illinois v. Krull* (13) a Corte validou os resultados probatórios de apreensão administrativa realizada sem mandado judicial, mas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional. Em *Arizona v. Evans*,(14) a Suprema Corte admitiu a exceção da boa-fé e considerou válidos elementos probatórios decorrentes de prisão realizada com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido legalmente expedido mandado de prisão. Por fim, em 2009, no julgamento de *Herring v. United States*,(15) a Corte validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático mantido pela polícia. (16)." (artigo citado, sem grifos no original)*

probatórios, somente os decisórios.

2.2) Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*), quando tiver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como por exemplo quando o investigado resolver se tornar colaborador, passando a se constituir, ele próprio, uma fonte de prova.

2.3) Contraprova (*evidence admissible for impeachment*): Quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, **contudo**, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena.

Nesse particular, Gustavo Badaró argumenta que a proposta seria inconstitucional porque *“A Constituição não admite, “no processo”, as provas obtidas por meios ilícitos. Sejam elas destinadas a provar a culpa, agravar a pena, ou qualquer outro fato juridicamente relevante, incluindo álibis ou qualquer outro fato alegado pela defesa.”* Contudo, esse raciocínio é por demais simplista e o próprio Badaró forneceu os argumentos adequados para refutá-lo, ao afirmar que *“Sempre se aceitou, sem ressalvas, a possibilidade da utilização da chamada prova ilícita pro reo.”*

Ora, se a prova ilícita pro réu é admissível no processo, como afirma o próprio Badaró, resta evidente que as *exclusionary rules* não são regras absolutas, como pareceu sustentar. Com efeito, a interpretação do texto constitucional que assegura a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser divorciada das razões que levaram à sua adoção, que, como visto acima, se destinou a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (*deterrent*).

Do mesmo lado, o princípio da boa-fé e da lealdade processual veda a que o réu possa se valer de provas, testemunhos ou álibis falsos para atentar contra a administração da Justiça. Se ele assim o faz, é lícito ao Estado se valer de todas as provas de que dispõe para legitimamente se defender e defender a Administração da Justiça, barrando a produção dos efeitos dos atos atentatórios à dignidade da Justiça praticados pelo réu.

Convém lembrar que a doutrina da *evidence admissible for*

*impeachment* (contraprova) foi admitida pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para evitar o perjúrio, embora, assim como propõe o MPF, não seja admitida para provar a culpa.

Além das excludentes de ilicitude consagradas pelo direito norteamericano, outras causas devem igualmente ser incluídas, tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sobre o pálio de circunstância protegida pela lei penal. São elas:

3.1) Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (aqui sim, porém apenas em favor do réu, propõe-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou fique mais tempo preso do que o devido);

3.2) Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Para quem diz que essa previsão autorizaria a tortura para fins de identificação de comparsas de quem fora preso em flagrante, há que se lembrar que não existe direito ou dever de torturar, nem que tortura possa ser praticada em legítima defesa.

Na verdade, o que se pretende é afastar as dúvidas quanto a validade da prova quando, por exemplo, a vítima de achaque ou de corrupção ativa ou passiva ou de obstrução de Justiça grave ou filme, com ou sem a ajuda da autoridade pública, a investida criminoso; ou durante o atendimento de uma ocorrência, bombeiros ou paramédicos encontrem na casa do suspeito grande quantidade de dinheiro, ou drogas, ou armas, ou o corpo da vítima ou outras provas de crime; ou o policial, efetuando prisão em flagrante, cheque o celular apreendido com o infrator e localize provas que identifiquem comparsas; ou rastreando o telefone de vítima de sequestro, a localize e prenda os infratores; ou atenda a um chamado por abuso de instrumento sonoro em festa promovida pelo infrator, identifique fornecimento de drogas ou de bebidas alcoólicas a menores ou prostituição infantil.

3.3) Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o comunique às autoridades (*whistleblower*).

Badaró questiona a necessidade dessa previsão, ao mesmo tempo em que a reputa inconstitucional porque, segundo ele, “*Não terá sentido se o*

*sujeito, em atividade pública ou privada, de boa ou de má-fé, dá notícia-crime, fundamentando-a em elementos ilicitamente obtidos. Por outro lado, se a ideia é autorizar que um meio de prova obtido ilicitamente possa acompanhar uma notícia-crime, somente porque o agente que a transmite, seja ele público o privado, está de boa-fé, a inconstitucionalidade é insofismável. A Constituição não assegura: “são inadmissíveis, no processo, as prova ilícitas obtidas de má-fé”. O que determina a natureza lícita ou ilícita da prova não é a intenção de quem a obtém. Isso poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade no processo.”*

Como se vê, novamente Badaró se socorre de raciocínio simplista, segundo o qual, se a prova é ilícita não pode ser admitida. Porém, o que se propõe é uma causa excludente de ilicitude da prova, isto é, a prova não é considerada ilícita, se o autor da notícia-crime a obteve, de boa-fé, no exercício regular de atividade pública ou privada. Portanto, não se está propondo a admissão de prova ilícita.

Cuida-se da hipótese do que os americanos chamam de *whistleblowing* (soprando o apito, em tradução literal), que é como denominam o ato do empregado ou do prestador de serviço (público ou privado) que, no exercício de sua atividade, toma conhecimento da prática de crime ocorrido no interior da organização a qual pertença ou para a qual trabalhe e resolve comunicar às autoridades, fornecendo as provas a que teve acesso de boa-fé.

Assim, se o empregado de um empreiteira, por exemplo, descobre que seu gerente ou diretor está corrompendo agente público para obter contrato superfaturado e resolve denunciar, fornecendo as provas a que, de boa-fé, teve acesso no regular exercício de sua atividade (e-mails, extratos de contas, contratos, cheques e outros documentos bancários, fiscais ou contábeis), essas provas seriam consideradas lícitas, ainda que não haja autorização judicial específica (porque o *whistleblower* estava regularmente autorizado a adentrar à organização e a ter acesso a tais documentos, ainda que norma interna o proibisse de divulgá-los ou de fornecê-los a terceiros). Essa causa excludente de ilicitude da prova é necessária para garantir a segurança jurídica, porquanto não faltaria quem questionasse a legalidade da prova por falta de autorização judicial. Acrescente-se que essa previsão legal tornaria

invalida qualquer outra norma ou acordo de confidencialidade estabelecido com o objetivo de blindar a organização corruptora, além de criar ambiente de maior risco para a prática de atos de corrupção.

Não se defende, portanto, o descumprimento da lei ou do texto constitucional. O que se advoga é conferir maior nitidez aos contornos do tema, para dar funcionalidade ao sistema, trazendo-o de volta aos trilhos, dotando-lhe ainda de racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica e, sobretudo, efetividade. Se o crime é contagioso, a impunidade se encarrega de torna-lo endemia. Se o governo falha em punir o violador da lei, ele incentiva a violação da lei, convidando cada homem a se tornar a sua própria lei, reprimando a lei do mais forte, começo do fim da civilização.





## MEDIDA 8

---

RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARTIDOS  
POLÍTICOS E CRIMINILIZAÇÃO  
DO "CAIXA 2"

---

## **MEDIDA 8**

# **RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS E CRIMINALIZAÇÃO DO “CAIXA 2”**

# **Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do “Caixa 2”**

## **ANTEPROJETO DE LEI**

Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a fim de prever a responsabilização dos partidos políticos por atos de corrupção e similares; acrescenta os arts. 32-A e 32-B à Lei nº 9.504, de 30 de setembro 1997, para tornar crime o caixa 2, e altera a redação do art. 105-A da mesma lei.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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 1º 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 elide 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.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

A contínua evolução da legislação brasileira relativa ao combate à corrupção administrativa, como dá exemplo a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, demonstra a necessidade de trazer, também para o ambiente eleitoral, inovações. É um ambiente no qual, diante da relação de proximidade – em si mesma, neutra – entre partidos políticos e a administração pública e dos altos custos das campanhas eleitorais, situações de ilicitude podem ser propiciadas. O objetivo da proposição é estender às agremiações partidárias exigências feitas hodiernamente para quaisquer pessoas jurídicas. Secundariamente, pretende evitar que, por lacuna legal, ilícitos praticados noutras áreas e com finalidades diversas sejam, como estratégia de exclusão ou minoração das sanções, atribuídas às disputas eletivas. Assim, se a referida lei trouxe a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, é conveniente que também os partidos políticos, que manejam recursos públicos e privados, se insiram no campo da responsabilização. Dessa forma, os arts. 49-A, 49-B e 49-C, propostos para a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei nº 9.096/1995, trazem o cerne da Lei 12.846/2013. Normas relativas a procedimentos, bem como a sanções, tiveram previsão autônoma, considerada a natureza peculiar dos partidos políticos. É por esta razão que não se propõe a pura e simples aplicação daquela lei aos partidos e se afastam medidas como os acordos de leniência ou regras sobre processo que não dizem respeito às realidades da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral.

O art. 49-A proposto prevê a responsabilidade dos partidos políticos pelo atos ilícitos descritos no art. 5º da Lei 12.846/2013 e, também, por condutas de “Caixa 2”, “lavagem de capitais” e utilização de doações de fontes vedadas. Ele traz um roteiro para a aplicação das sanções, limitadas, a princípio, à esfera partidária responsável pela prática dos atos irregulares. O art. 49-B descreve a extensão e o modo de cálculo das sanções propostas, e o art. 49-C, a legitimação e o rito processual das ações a serem levadas à Justiça Eleitoral.

Propõe-se, também, a alteração da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, para tipificar, como crime, a conduta do “Caixa 2” – art. 32-A – e a variante eleitoral da Lavagem de Dinheiro, art. 32-B. São situações que apresentam “dignidade penal”, em razão de sua grande repercussão nas disputas eleitorais, que podem ser por essa prática desequilibradas. Além disso, há insuficiência das sanções extrapenais, como a rejeição das contas de candidatos ou partidos e mesmo a cassação do diploma que, por definição, só alcança candidatos eleitos. A quantidade de pena prevista para a conduta eleitoral de “lavagem” corresponde às penas da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, especialmente para evitar que ilícitos de idêntica gravosidade recebam sanção distinta.

Por fim, faz-se a proposição de inclusão de um parágrafo único no artigo 105-A da lei referida, para regulamentar o procedimento preparatório de alçada do Ministério Público Eleitoral, hoje previsto apenas em normativa infralegal.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

*Mônica Campos de Ré<sup>1</sup>*

*Silvana Batini<sup>2</sup>*

Palavras-Chave: Partidos Políticos. Responsabilidade. Corrupção.

Os partidos políticos, no Brasil, são pessoas jurídicas de direito privado, segundo a lei<sup>3</sup>. A despeito desta natureza legal, sua criação e funcionamento são fatores tão amplamente regulamentados, que dificilmente se encontrará no ordenamento brasileiro uma pessoa jurídica de direito privado submetida a tanto controle pelo poder público.

Embora a Constituição Federal estabeleça o pluripartidarismo como princípio<sup>4</sup>, a criação de um partido político é tarefa muito mais complexa do que a empregada às pessoas jurídicas comuns. Além do registro geral de natureza civil, partidos só podem atuar em direção à sua finalidade (existência política com acesso às disputas eleitorais) depois de uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tomada após o cumprimento de uma série extensa de exigências, que inclui a coleta de assinaturas de eleitores apoiadores em diversos estados da Federação<sup>5</sup>.

Os partidos políticos estão sujeitos ao controle permanente da justiça eleitoral, perante a qual devem submeter seus estatutos e respectivas alterações, inclusive as de ordem programática. Embora garantida a autonomia intrapartidária, devem comunicar à justiça eleitoral a constituição de seus órgãos de direção e os nomes dos respectivos integrantes, bem como as alterações que ali forem promovidas<sup>6</sup>.

Mas é na prestação de contas de suas finanças que sobressai o sistema de controle desta especialíssima pessoa jurídica privada: partidos prestam contas anualmente perante a Justiça Eleitoral de suas arrecadações e de seus gastos. A Justiça Eleitoral fiscaliza as contas regulares do partido e aquelas relativas às despesas de campanha eleitoral. Analisa a origem das receitas e a destinação das despesas, para, segundo a lei, atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e os recursos aplicados nas campanhas eleitorais<sup>7</sup>.

1 Procuradoras Regionais da República.

2 Procuradoras Regionais da República.

3 Constituição Federal, art. 17, § 2º da e art. 1º da Lei 9096/1995.

4 Constituição Federal, art. 17.

5 Lei 9096/1995, art. 8º e seguintes.

6 Lei nº 9.096/1995, art. 10.

7 Lei nº 9.096/1995, art. 34.



A sujeição das agremiações partidárias a esta espécie de controle estatal assenta-se em duas circunstâncias constitucionais que tornam estas pessoas *sui generis* no ordenamento. Primeiro, os partidos políticos exercem o monopólio da disputa eleitoral. Como nosso sistema não admite candidaturas avulsas de pessoas não filiadas, os partidos políticos encerram a única forma de exercício da capacidade eleitoral passiva do cidadão: só disputam eleições aqueles que estiverem filiados a um partido. Funcionam, assim, como passagem obrigatória e exclusiva entre o eleitor e suas alternativas de poder. Não é pouco.

Em segundo lugar, partidos políticos, uma vez criados e registrados no TSE, passam, automaticamente, a ter acesso a recursos públicos, seja na forma de cotas do fundo partidário, seja na forma de tempo de TV e rádio, garantido por renúncia fiscal. Como destinatários de dinheiro público, sujeitam-se a limitações rígidas no emprego destes recursos e ao acompanhamento regular da fiscalização judicial, que exige transparência.

Por aí se vê que, embora a lei lhes confira uma feição privada, a interface com a coisa pública dos partidos políticos é muito ampla e muito sensível.

Ocorre que, a despeito da aparente subordinação legal dos partidos políticos a um rígido controle do judiciário eleitoral isto não significa que o sistema preveja, paralelamente, mecanismos de responsabilização destas agremiações. Muito pelo contrário. Partidos políticos são constantemente fiscalizados e controlados, mas raramente responsabilizados pelos seus desacertos.

A lei reconhece que a finalidade dos partidos e seu franco acesso aos cofres públicos exige atenção, mas as possibilidades de responsabilização por ilícitos são raras e quase sempre ineficazes. No sistema vigente, embora haja um regramento apertado de fiscalização, ele não está acompanhado da respectiva responsabilização. Os partidos, embora aparentemente estejam sob controle judicial, figuram como entidades intocáveis e sacralizadas.

A Lei nº 9.096/1995 estabelece um quadro de sanções muito tímido para os partidos que se desviam de seus estatutos ou desbordam dos limites da lei. O processo de prestação de contas partidárias resume-se, na maioria das vezes, a uma conferência formal e contábil de documentos e mesmo se constatadas irregularidades de média ou alta gravidade, pouco se poderá fazer para punir os responsáveis, sejam eles dirigentes partidários ou a própria pessoa jurídica.

As hipóteses de extinção forçada da sigla são, notadamente, excepcionais, e restringem-se à demonstração de ter, o partido, recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira; estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros; não ter prestado as devidas contas à Justiça Eleitoral ou se mantiver organização paramilitar<sup>8</sup>.

As sanções hoje cabíveis são brandas e não alcançam grande parte das infrações possíveis de acontecer. Basicamente, partidos que se financiarem com fontes não declaradas ou não esclarecidas, podem arcar com a suspensão do recebimento das cotas do fundo partidário até que o esclarecimento seja prestado e aceito pela Justiça Eleitoral. Caso se verifique que o partido se financiou em uma fonte vedada, a pena é de suspensão por até um ano do repasse das cotas. Por fim, se constatada existência de doações acima do limite legal, a suspensão das cotas pode chegar a dois anos, além da aplicação de multa equivalente ao valor que foi excedido<sup>9</sup>.

As recentes alterações introduzidas pela Lei nº 13.165/2015 trouxeram mais dúvidas do que avanços a este quadro. Como exemplo, a nova redação do artigo 37 da Lei nº 9.096 estabelece, na hipótese de a Justiça Eleitoral desaproveitar as contas de um partido político, que a única sanção cabível será a devolução da importância apontada como irregular, acrescida de multa de até 20% (vinte por cento).

O dispositivo está em evidente conflito com os artigos anteriormente citados. Aparentemente houve derrogação parcial tácita deles, ou pelo menos, uma situação de grave afetação ao princípio da proporcionalidade.

Imagine-se que em processo de prestação de contas de um partido for constatado que houve financiamento por fonte vedada. Se o ilícito redundar em desaprovação de contas, a sanção cabível será a simples condenação à devolução da quantia indevida acrescida de multa e não mais em bloqueio de acesso ao fundo partidário. Ao passo que se a irregularidade constatada não impedir a aprovação das contas (mesmo com ressalvas), a consequência poderia ser, em tese, a suspensão do repasse do fundo, o que é visivelmente incoerente.

A mencionada reforma eleitoral ainda foi além e intensificou a rede de proteção em torno dos partidos, quando estabeleceu que as sanções de devolução da verba indevida e multa serão aplicadas exclusivamente à esfera partidária responsável pela irregularidade, não suspendendo o registro ou a anotação de seus órgãos de direção partidária, nem

---

<sup>8</sup> Lei nº 9.096/1995, art. 28.

<sup>9</sup> Lei nº 9.096/1995, art. 36, I.

tornando devedores ou inadimplentes os respectivos responsáveis partidários. E ainda, determinou que a pena deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de um a doze meses; além disso, o pagamento deverá ser efetuado por meio de desconto nos futuros repasses de cotas do Fundo Partidário, desde que a prestação de contas seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, em até cinco anos de sua apresentação.

As dificuldades advindas do novo texto da lei dos partidos mereceriam uma análise mais profunda e detida, o que transcende os objetivos deste trabalho. Por aqui basta a constatação de que o sistema de responsabilização dos partidos é frágil e repleto de lacunas. Ademais, as alterações legislativas ao longo das últimas décadas vêm criando um sistema de blindagem em torno dessas agremiações, de modo a torná-los praticamente insuscetíveis de controle real e efetivo por parte da Justiça Eleitoral.

A situação se agravou, recentemente, com a constatação de que o modelo de financiamento de partidos vem sendo utilizado como forma de lavar recursos provenientes de crimes. Se, historicamente, a preocupação com a lisura do financiamento partidário e de campanhas restringia-se ao combate ao caixa 2 (os recursos não contabilizados), a realidade veio demonstrar que o ilícito pode estar no próprio caixa 1, ou seja, na prestação de contas real que contabiliza recursos aparentemente lícitos, mas que escamoteia o acerto de propina e vantagens indevidas. A lei atual, espantosamente, não prevê nenhuma sanção para este tipo de ilícito.

A experiência recente em nossa história demonstra que campanhas eleitorais vêm sendo o cenário adequado de formação das condições necessárias ao implemento de esquemas de corrupção e fraude. Sendo, os partidos políticos, os únicos legitimadores de candidaturas, é preciso rever o quadro de sua responsabilidade no plano jurídico.

Os projetos contidos nas 10 Medidas de Combate à Corrupção propostos pelo Ministério Público Federal trazem, dentre as propostas de alteração legislativa, o estabelecimento de um sistema complementar de responsabilização dos partidos, de molde a suprir estas lacunas e conferir mais coerência ao sistema. De forma sintética, no tocante ao tema, a proposição é de os partidos políticos, como pessoas jurídicas de direito privado que lidam diretamente com recursos públicos, sejam enquadrados no mesmo sistema de responsabilização hoje vigente para as demais pessoas jurídicas: a Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção.

De fato, parece razoável admitir que a natureza da atuação dos partidos pode lesar ou ameaçar de lesão a administração pública e não seria lícito que o ordenamento

tratasse partidos políticos de forma anti-isonômica em relação a outras associações. Não somente porque são destinatários de recursos públicos, mas também porque, como intermediários na conquista do poder, podem se deixar usar como instrumentos para a fraude e a corrupção.

O objetivo portanto, é fazer com que partidos políticos, a exemplo de outras pessoas jurídicas, respondam objetivamente em âmbito civil, administrativo e eleitoral, por atos atentatórios à administração pública, na forma prevista na Lei nº 12.846/2013. Além disso, propõe a punição à agremiação, nos casos de caixa 2 (contabilidade paralela). Para tanto, prevê expressamente como ilícita, a ocultação, dissimulação e uso de recursos de fontes vedadas ou que sejam produto de crimes.

Neste aspecto, o projeto avança para contemplar hipóteses que hoje, repita-se, não estão previstas na legislação eleitoral, por mais repulsa que estejam causando na sociedade brasileira, como é o caso de valer-se, o partido, de sua prestação de contas, para branquear valores desviados de órgãos públicos.

A proposta corrige uma distorção inaceitável da atual lei, quando propõe que a sanção aplicável aos ilícitos seja a multa (e não apenas a devolução do valor indevido, pois isto não configura pena), cuja alíquota, variável entre 10 e 40%, deverá ser calculada sobre o valor da cota do fundo partidário a que a sigla tem direito.

O sistema proposto se completa ao prever a permissão para que, diante da gravidade do caso concreto, a Justiça possa suspender temporariamente o funcionamento do diretório pelo prazo de dois a quatro anos, abrindo-se ainda a possibilidade de o Ministério Público Eleitoral requerer o cancelamento do registro do partido, quando a irregularidade alcançar o diretório nacional. A previsão de mais esta causa de extinção de partidos políticos, por mais dramática que possa parecer, atende a uma necessidade real e inadiável. Partidos podem e devem ser livremente criados, mas para que possam permanecer no cenário político precisam atender aos comandos de nosso pacto republicano e é preciso que a legislação preveja formas de intervir quando as violações forem graves.

A proposta deixa claro que a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização individual dos dirigentes responsáveis pelos ilícitos, como também ocorre na Lei nº 12.846/2013.

Por fim, o projeto não desconsidera a peculiaridade da natureza do partido político. Não se despreza a natureza especial desta pessoa jurídica, razão pela qual prevê que as sanções aplicáveis sejam fruto de processo judicial de competência da justiça eleitoral.

Esta competência absoluta, em razão da matéria e da pessoa, atende ao caráter *sui generis* do partido político, ao mesmo tempo em que preserva o tratamento republicano em relação a qualquer outra associação. É que as contas dos partidos são auditadas pela justiça eleitoral e é natural que a responsabilização pelas ilicitudes decorra naturalmente desta competência.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, como fiadores únicos de candidaturas, os partidos precisam se vincular a um esquema de responsabilização à altura de suas finalidades constitucionais. Sua liberdade e autonomia estão condicionadas ao respeito ao regime democrático<sup>10</sup>. Em sua essência, a democracia pressupõe que a liberdade venha sempre acompanhada pela responsabilidade. Além disto, o regime democrático depende muito da lisura e equilíbrio dos pleitos, o que impõe, dentre outros fatores, a existência partidos leais, transparentes e juridicamente responsáveis.

Por último, é importante também destacar que a aspiração pela implantação de um sistema de responsabilidade dos partidos políticos mais efetivo transita na contramão da tendência legislativa das últimas décadas que, como visto, vem erguendo um sistema de proteção e impunidade em torno dessas entidades. Porque são diretamente afetados pelas mudanças, os legisladores tendem a buscar proteção em uma legislação permissiva e liberal, e as mudanças trazidas pela lei 13.165 /2015 são mais um exemplo disto.

Esta é a razão pela qual a mobilização da sociedade em torno deste objetivo é ainda mais importante.

---

10 Constituição Federal, art. 17.

**10 MEDIDAS**  
CONTRA A CORRUPÇÃO

MEDIDA 9

---

PRISÃO PREVENTIVA PARA EVITAR  
A DISSIPAÇÃO DO DINHEIRO DESVIADO

---

## MEDIDA 9

**PRISÃO PREVENTIVA PARA EVITAR A DISSIPACÃO DO DINHEIRO  
DESVIADO**

# Prisão preventiva

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera a redação do art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a fim de prever a possibilidade de prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** O art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“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 do produto e proveito do crime, ou seu equivalente, e assegurar sua devolução, 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.” (NR)

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

Brasília, X de XXXX de 201X.



## JUSTIFICATIVA

A proposta visa incluir a possibilidade de decretação da prisão preventiva para permitir a identificação e a localização do produto do crime ou seu equivalente e assegurar sua devolução. Prestigiam-se e até mesmo ampliam-se, assim, os ideais da Justiça Restaurativa, que tem como um dos objetivos a reparação dos danos causados pelo crime.

A medida busca, ainda, dificultar ao investigado ou acusado a ocultação do produto do crime. Também impede que o produto do crime seja utilizado para buscar a impunidade do infrator, seja dando-lhe meios de fuga, seja custeando sua defesa criminal. Como bônus, a medida permite ainda estrangular a capacidade financeira de origem ilícita do criminoso (ou seu equivalente) e impedir que usufrua os lucros do crime.

A medida preventiva não será cabível, evidentemente, se restar evidenciado que o acusado já dissipou integralmente os ativos ilícitos e seu equivalente.

Não se trata de impor algum tipo de prisão por dívida, ainda que por meios transversos. A ocultação de dinheiro desviado é, em geral, um ato de lavagem de dinheiro praticado de modo permanente. A prisão acautela a sociedade contra a continuidade e reiteração na prática de crimes que, segundo as circunstâncias evidenciam, estão se repetindo e protraindo no tempo. Trata-se de uma proteção da ordem pública contra novos ilícitos.

Ressalte-se que a prisão preventiva, na hipótese ora aventada, continua a ser medida excepcional, como deve ser, cabível apenas quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas. Com isso, evita-se a sua banalização e preserva-se seu caráter de recurso excepcional, um remédio amargo, aqui, para evitar a sangria dos recursos ilícitos em proveito do criminoso e prejuízo da sociedade.

# Multa aos bancos por descumprimento de ordem judicial

## ANTEPROJETO DE LEI

Altera o art. 17-C da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para estabelecer o pagamento de multa em caso de descumprimento de ordem judicial por instituições financeiras obrigadas a prestar informações bancárias e fiscais.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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.” (NR)

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

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

As alterações feitas no *caput* são nada mais do que hermenêutica autêntica da lei, a qual objetiva explicitar a interpretação que já vem recebendo. As disposições previstas nos parágrafos são essenciais para conferir maior efetividade às quebras de sigilo bancário e rastreamento de recursos, em razão de diversos problemas no atendimento de ordens judiciais por instituições financeiras.

Muito embora já se tenha avançado significativamente com o desenvolvimento de um canal eletrônico de comunicação com Instituições Financeiras, para recebimento de dados bancários padronizados, o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA), já instalado em diversas instituições, verifica-se que vários bancos, na maior parte dos casos, são recalcitrantes na prestação de informações completas.

O caso Lava Jato é expressão desse problema. Empresas utilizadas para fins criminosos, como a Empreiteira Rigidez, a MO Consultoria, a GFD Investimentos, a RCI e outras pessoas físicas e jurídicas, tiveram seu sigilo bancário afastado nos autos do Processo 5027775-48.2013.404.7000. A decisão foi encaminhada ao Banco Central, e posteriormente encaminhada aos bancos, em 30 de junho de 2014, com prazo de 30 dias para cumprimento da ordem judicial.

A título de exemplo, em 20 de agosto de 2014, daquelas quebras determinadas em 30 de junho, ainda estavam pendentes 135 contas, sendo 19 da CEF, 93 do Bradesco, 6 do HSBC, 5 do Banco Sofisa, 4 do Pine e 8 do Santander. Após novo requerimento do Ministério Público Federal, a Justiça Federal reiterou a ordem aos bancos em 10 de setembro de 2014. Somente no final de outubro foram recebidas pelo MPF as informações das últimas contas pendentes, aproximadamente quatro meses após as quebras, em caso de repercussão envolvendo réus presos e crimes extremamente graves. Mesmo assim, em muitas das operações bancárias informadas, os bancos não identificaram o beneficiário ou a origem dos recursos. A falta de identificação de origem e destino impede o rastreamento dos recursos, isto é, mesmo 4 meses depois da ordem judicial, informações bancárias indispensáveis não foram prestadas pelas instituições financeiras.

Não é possível esperar quatro meses para poder rastrear recursos quando criminosos os movem com a rapidez de um “clique” de computador. O problema atual e sério que se busca solucionar é o fato de que, sem um rastreamento célere, não é possível alcançar e apreender recursos desviados, nem investigar adequadamente crimes graves. A medida proposta objetiva criar um mecanismo de efetivo incentivo para que as instituições financeiras cumpram seu papel de contribuir com o funcionamento de mecanismos de combate à lavagem de dinheiro.

Em outra quebra de sigilo bancário da Operação Lava Jato, os bancos foram comunicados da ordem judicial em 28 de agosto de 2014, com prazo de 30 dias, para cumprimento da decisão judicial, mas até 15 de novembro de 2014 não tinham cumprido integralmente a ordem.

Além disso tudo, muitas vezes é difícil conseguir contato, ainda mais pessoal, com as pessoas dos bancos que são responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, a fim de garantir um resultado efetivo e em prazo adequado.

---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## **#DEZMEDIDAS: PRISÃO PREVENTIVA PARA SEPARAR O CRIMINOSO DO PRODUTO DO CRIME**

*Helio Telho Corrêa Filho<sup>1</sup>*

Dentre as várias propostas com vistas a combater a corrupção e a impunidade<sup>2</sup> apresentadas pelo Ministério Público Federal, destaca-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva para permitir a identificação e a localização ou assegurar a devolução do produto do crime ou seu equivalente.

A medida busca, ainda, dificultar a que o investigado ou acusado oculte ou mantenha oculto o produto do crime ou o faça desaparecer.

Também impede que o produto do crime seja utilizado para assegurar a impunidade do infrator, seja dando-lhe meios de fuga, seja custeando sua defesa criminal (talvez aqui esteja a razão não confessada das mais barulhentas críticas oriundas de advogados criminalistas).

Como bônus, a medida permite estrangular a capacidade financeira do criminoso e impedir que usufrua os lucros do crime.

Em outras palavras, se busca separar o criminoso do produto do crime.

A medida proposta, contudo, só poderia ser decretada em último caso, isto é, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas, para garantir que não se frustrem.

Algumas críticas têm sido feitas a essa proposta. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que dedicou seu boletim de dezembro de 2015 integralmente a se contrapor às dez medidas propostas pelo MPF, fez veicular artigo de autoria de Rubens Casara<sup>3</sup>, no qual, sem esconder seu preconceito contra a prisão provisória, sustenta que a nova hipótese não teria natureza cautelar, seria ofensiva ao princípio da presunção de inocência, dificultaria a defesa técnica e representaria um retrocesso civilizatório.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também se opôs, alegando inconstitucionalidade por representar antecipação da pena, pela

---

1 Foi promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal e procurador regional eleitoral em Goiás, é procurador da República em Goiás, coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás e colaborador eventual da Escola Superior do Ministério Público da União.

2 De modo a inverter a equação, tomando a corrupção um crime de alto risco e baixo lucro, desestimulando novas práticas corruptas.

3 Boletim n. 277, ano 23, dez. 2015.

necessidade de se utilizar a prisão como *ultima ratio* e pela impossibilidade de se prender por motivos econômicos<sup>4</sup>

A Consultoria Legislativa do Senado também alega violação à presunção de inocência, além de invocar a garantia da não autoincriminação para, igualmente, ver inconstitucionalidades na proposta. Sustenta, ainda, que a medida é desnecessária, porquanto já existem no ordenamento jurídico medidas cautelares reais com os mesmos objetivos, além se haver previsão de prisão preventiva se houver provas de que o réu se esteja valendo de recursos de qualquer origem, criminosa ou não, para empreender fuga<sup>5</sup>.

Tais críticas, contudo, são improcedentes.

Com efeito, não se trata de estabelecer hipótese de prisão por dívida, porque não se está cobrando a adimplência de crédito líquido, certo e exigível. O que se busca é instituir mecanismo que **assegure**<sup>6</sup> a restituição dos bens e valores obtidos com a prática do crime, de modo a permitir seja restaurado o *status quo ante*, ao tempo em que retira a perspectiva de lucratividade do crime. Seu caráter cautelar é evidente.

Também não há ofensa ao princípio da inocência, porquanto o objetivo da medida é alcançar o produto do crime ou o seu equivalente. Exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para só então adotar medidas eficazes para localizar bens ou evitar sua dissipação é absolutamente ineficiente e sem qualquer eficácia. A experiência com casos anteriores mostra que, quando se chega a essa fase, os bens já foram consumidos ou ocultados.

De fato, historicamente, os percentuais de ressarcimento dos danos causados pelas infrações penais, no Brasil, são absolutamente insignificantes, em boa medida porque a natural demora na tramitação do processo é tempo suficiente para que o autor do ilícito dissipe os bens, frustrando a reparação.

O princípio da inocência, conquanto proíba se considerar culpado quem não tenha contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, não autoriza que o autor de crime possa usar, gozar e dispor de bens ilicitamente obtidos enquanto a

---

4 Conselho Federal da OAB, Proposição n. 49.0000.2015.002558-1/COP, relator conselheiro Federal Eurico Soares Montenegro Neto (RO).

5 TOLIVEIRA, 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 n. 179). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 16 jul. 2015.

6 Garantir que a sentença que decreta o perdimento dos bens ou fixe o valor da reparação do dano seja nessa parte executada oportunamente.

sua culpa não seja reconhecida. Raciocínio contrário levaria ao absurdo de se concluir que sequer as demais medidas cautelares poderiam ser admitidas sem ofensa à Constituição.

De fato, o acolhimento da crítica implicaria em se adotar a tese segundo a qual a prisão preventiva seria incompatível com o princípio da presunção de inocência, a qual não encontra guarida na jurisprudência brasileira e nem na estrangeira. Sim, porque a prisão preventiva já existe no ordenamento jurídico e o que se está propondo é, tão somente, a adoção de uma nova hipótese para a sua decretação.

A medida é menos gravosa até do que a fiança ou ao reforço da fiança, em que a liberdade provisória é condicionada à entrega de bens **lícitos**. Isto é, enquanto com a fiança o investigado ou réu se vê coagido a entregar bens de seu patrimônio **lícito** como condição de não ser preso cautelarmente ou de recuperar a liberdade, a medida que ora se propõe mira o produto do crime ou o seu equivalente. Portanto, a proposta não deveria causar espécie, inclusive porque o argumento de que não seria admissível a prisão por razões econômicas ignora o fato de que a garantia da ordem econômica já é motivo previsto no art. 312 do Código de Processo Penal para se decretar a custódia preventiva.

A alegação de que a medida cercearia a defesa técnica não pode ser aceita como fundamento para se rejeitar a medida proposta. A Constituição assegura o direito à ampla defesa, não à defesa ilimitada. Portanto, há limites éticos, morais e legais a serem observados no exercício desse direito. Um deles é o de que o produto do crime não pode ser legitimamente utilizado pelo criminoso para custear sua defesa. Soa absurdo que o acusado do crime possa se valer do dinheiro da vítima para adquirir impunidade (isto sim seria um retrocesso civilizatório sem precedentes).

Não se está, portanto, exercendo juízo de culpa, nem impondo-se o cumprimento antecipado da pena. A prisão, aqui, tem natureza cautelar e instrumental e não punitiva.

Também não há ofensa ao princípio que proíbe a auto-incriminação. A nova hipótese de prisão preventiva ora defendida não se destina a obrigar o réu ou investigado a identificar ou a devolver os bens objeto do crime, muito menos a confessar crimes. Não é medida de coação e sim medida cautelar. É natural que, em crimes patrimoniais, o agente busque salvaguardar o produto do crime, escondendo-



o, mudando-o de lugar, transferindo-o seguidamente, a medida em que a investigação avança e se aproxima de identifica-lo, localiza-lo ou apreende-lo, instaurando-se uma verdadeira perseguição do gato ao rato, cujo trajeto, não raro, perpassa por centenas de contas, em dezenas de bancos de vários países, mediante simples comandos digitais operados via computador, *tablet* ou *smarphone*. Nesses casos, somente a prisão preventiva é capaz de fazer cessar essa, literalmente, corrida maluca.

Ressalte-se que a prisão preventiva, na hipótese ora aventada, continua a ser medida excepcional, como deve ser, cabível apenas quando as medidas cautelares reais (arresto, sequestro, hipoteca legal) forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas (*ultima ratio*).

Vale dizer, somente se poderá recorrer à prisão preventiva quando esgotadas todas as medidas cautelares destinadas a prevenir a dissipação do patrimônio do suspeito ou recuperar o produto do crime e tendo elas se mostrado ineficazes. Portanto, não se trata de sobreposição de medidas às hoje existentes com o mesmo objetivo, mas de reforço, complementação, a serem usado quando as demais não funcionarem.



## MEDIDA 10

---

MEDIDAS PARA RECUPERAÇÃO DO  
LUCRO DERIVADO DO CRIME

---

## MEDIDA 10

### **MEDIDAS PARA RECUPERAÇÃO DO LUCRO DERIVADO DO CRIME**

# Confisco alargado

## ANTEPROJETO DE LEI

Acrescenta o art. 91-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar possível o confisco alargado.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**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. 1º 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.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

O dispositivo introduz o confisco alargado na legislação brasileira, cumprindo diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e adequando o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado.

O dispositivo proposto também harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais.

O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que “o crime não compensa”, ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos.

O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, “a”, do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas. Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada.

O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispositivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos. Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressaltando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens.

Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais.

Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a

possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé.

Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil.

A proposta, portanto, visa a atualizar e compatibilizar a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar.

# **Ação de extinção de domínio**

## **ANTEPROJETO DE LEI**

Disciplina a ação para extinção de domínio 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.

**A PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

### **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. 3º 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 §§ 3º e 4º 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 [5-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.

Brasília, X de XXXX de 201X.

## JUSTIFICATIVA

O anteprojeto de lei para disciplinar a perda civil de bens adquiridos com a prática de ilícito (ação de extinção de domínio) foi exaustivamente estudada e discutida durante metas e ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Ativos (ENCCLA) em 2005, 2010 e 2011. O fruto do debate foi a unanimidade dos diversos órgãos que compõem aquele foro em torno do projeto acima, o qual é o resultado final da ação 16 da ENCCLA, referente ao ano de 2011.

A única diferença entre o projeto da ENCCLA e o ora apresentado consiste em correção de erro material na menção, pelo artigo 2º do anteprojeto, ao artigo do Código Penal que corresponde ao crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações, bem como na inserção do crime de enriquecimento ilícito, cuja tipificação é proposta em projeto de lei oferecido em apartado.

São reproduzidas abaixo as justificativas apresentadas como produto das discussões desenvolvidas durante os trabalhos da ação 16 da ENCCLA:

A extinção civil do domínio, ou perda civil de bens, no direito estrangeiro, é conceituada como a privação do direito de propriedade sem qualquer compensação a seu titular, em razão de aquela ter sido usada de maneira contrária às determinações legais do ente soberano. Num contexto mundial de busca ao intensivo combate à prática de lavagem de dinheiro, os organismos internacionais recomendam a implementação, por parte das nações, de legislação que autorize a extinção civil de domínio *in rem* ou perda civil de bens.

No Brasil, o fundamento constitucional que autoriza a expropriação sem indenização da propriedade ou posse, em razão do descumprimento de sua função social, encontra lastro no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que reza: “a propriedade atenderá a sua função social”.

A natureza jurídica do instituto conforma-se com uma compensação, uma reparação devida pelo proprietário ao Estado, em razão de ter aquele usado ou permitido que se usasse o bem objeto de perdimento contrariamente ao que estabelece o ordenamento jurídico que, em última instância, autoriza, legitima e protege o próprio exercício do direito à propriedade.

A perda civil da propriedade apresenta dupla finalidade: diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas pela retirada de seus meios materiais de atuação e ampliar a capacidade material de combate aos males gerados por essa mesma atuação por via de transferência dos produtos da ação civil de perdimento *in rem* à pessoa jurídica de direito público afetada pelas práticas ilícitas.

Uma vez explicitada a natureza jurídica do instituto, passa o texto do anteprojeto de lei a tratar das hipóteses em que a perda civil pode ser declarada, as quais correspondem às teorias reconhecidas pela doutrina internacional a embasar o perdimento. O substrato dos casos que autorizam a perda civil consiste na vinculação, de qualquer forma, do bem, direito ou valor com atividades ilícitas.

Entretanto, tais atividades se restringem àquelas enumeradas no § 1º do artigo 2º, por serem consideradas de alta gravidade e reprovabilidade no meio social, estando intrinsecamente relacionadas às práticas de organizações criminosas.

Quando as atividades ilícitas tenham sido praticadas no estrangeiro, caberá a perda civil dos bens, direitos ou valores situados no Brasil, nos termos do artigo 3º.

Ainda com escopo de reduzir a margem de ação de tais organizações criminosas, no § 2º do artigo 2º, abre-se a possibilidade de perda civil de bens transmitidos a terceiros por meio de herança, legado ou doação, tudo de forma a não permitir aos perpetradores do ilícito escamotear seus proveitos via transmissão de seu direito.

De outro lado, preocupa-se o texto do anteprojeto de lei em garantir os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé, em consonância com as disposições do Código Civil que guindou a boa-fé ao

*status* de regra de interpretação (artigo 113) e princípio geral com relação aos contratos (artigo 422).

O artigo 4º prevê que os legitimados – Ministério Público, União, Estados e Distrito Federal – poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento da ação de declaração da perda civil da propriedade ou posse em razão do descumprimento da sua função social.

O contraditório e a ampla defesa estão e permanecem garantidos no anteprojeto de lei, o qual adota para a ação de perda civil de bens o rito da ação civil pública, instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O trâmite da ação de perda civil de bens independe de eventuais processos civis ou penais que incidem sobre os mesmos fatos, eis que tais processos buscam a responsabilização pessoal por atos ilícitos. Por óbvio, a independência de instâncias não se aplica quando houver sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor.

A perda civil da propriedade ou posse abrange também situações em que a persecução penal ou civil não se faz possível, por ausência ou desconhecimento do responsável, ou ainda por falta de definição precisa da responsabilidade civil ou penal, o que não impede, contudo, que provas suficientes existam da origem ilícita dos bens e direitos.

Os artigos 8º e 9º fixam como legitimados passivos para a ação de perda civil de propriedade ou posse os titulares ou possuidores dos bens adquiridos, originários ou envolvidos com atividades ilícitas. Trata-se, portanto, de ação *propter rem*.

Está estabelecido ainda que a ação poderá ser intentada contra réu incerto, se desconhecido proprietário ou possuidor, caso em que serão citados por edital os interessados, com descrição dos bens, e nomeado pelo juiz curador para defender e proteger os interesses dos réus não conhecidos.

A qualquer tempo em que surja o titular ou possuidor, poderá ingressar no feito, recebendo-o na fase e estado em que se encontra, de forma também coerente com a legislação civilista.

O artigo 10 define como competente, primariamente, o foro do local do fato ilícito ou dano, porquanto recomendável que o processo tramite no juízo que detenha jurisdição no território em que ocorrido o originário ilícito ou dano, mais próximo que está da prova a ser analisada e dos fatos.

Não sendo conhecido, eventualmente, o local do ilícito, poderão ser eleitos, alternativamente, o foro de situação dos bens ou aquele de domicílio do réu, ambas as alternativas igualmente justificáveis e coerentes com a legislação civil.

O artigo 11 prevê que o poder de cautela do juiz pode ser utilizado, a qualquer tempo, para concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final.

O § 1º do artigo 11 fixa o prazo de 60 (sessenta) dias – prorrogável por igual período, desde que fundamentadamente justificado ao juiz da causa – para vigência de medidas preparatórias. Este rigor garante os direitos individuais, ao tempo em que exigirá do Estado cautela e disciplina extremadas na iniciativa e no próprio pedido de medidas cautelares quaisquer.

Rezam os §§ 3º e 4º do artigo 11 que, realizada a apreensão do bem, o processo judicial passará a ter prioridade na tramitação, devendo o juiz deliberar, de imediato, sobre sua alienação antecipada ou sobre nomeação de administrador.

Tais linhas de conduta visam garantir a tramitação célere, a eficácia da medida final e a garantia dos réus, pois proporcionam a manutenção do valor real do bem, desde sua constrição.

O anteprojeto de lei prevê que a alienação antecipada será realizada por meio de leilão, não sendo admitido preço vil, ficando o depósito dos valores em contas remuneradas vinculadas ao juízo.

O artigo 15 dispõe em seu *caput* a consequência lógica de que, julgado procedente o processo, determinará o juiz as medidas necessárias para transferência definitiva dos bens, direitos e valores discutidos.

Ao mesmo tempo, o parágrafo único dispõe que a sentença pela improcedência por eventual insuficiência de provas não faz coisa julgada material, podendo qualquer dos legitimados propor nova ação com o mesmo objetivo, desde que lastreada em nova prova.

A redação dada ao *caput* do artigo 16 denota o interesse público subjacente à perda civil da propriedade ou posse, de modo que se optou por dispensar os legitimados do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais, honorários sucumbenciais e demais despesas, salvo comprovada má-fé do autor.

Os parágrafos do artigo 16 especificaram essa regra, determinando a preferência de se realizar perícias por meio de peritos integrantes do quadro da Administração Pública.

Excepcionalmente, as perícias serão realizadas por profissionais estranhos à Administração Pública, caso em que as despesas periciais serão adiantadas pelos entes públicos, já que serão estes, em caso de procedência do pedido, os beneficiários ao final do processo. Tais despesas serão pagas pelo réu sucumbente.

O art. 18 introduz salutar regra de recompensa ao terceiro desvinculado de qualquer delito correlato que contribua de modo eficaz, preste informações que levem a obtenção de provas que possam instruir a ação declaratória de perda civil ou a localização de bens. Com isso, fará jus a até cinco por cento do produto da liquidação dos bens objeto da perda civil.

Por fim, o anteprojeto de lei vai ao encontro da postura institucional da República Federativa do Brasil, que sempre se posicionou, na arena internacional, pela repressão aos crimes praticados por organizações criminosas e pela adoção do consenso fruto das negociações multilaterais.



---

# ARTIGOS

---

CONFIRA OUTROS ARTIGOS EM:  
[WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR](http://WWW.DEZMEDIDAS.MPF.MP.BR)

## PELO MP: CONFISCO ALARGADO

Roberto D'Oliveira Vieira

### 1. INTRODUÇÃO

A proposta legislativa do Ministério Público Federal para o combate à corrupção prevê a ampliação do confisco atualmente vigente no ordenamento brasileiro. A modificação levanta a discussão a respeito do conceito e prevalência de determinados princípios constitucionais, o que foi analisado em ao menos dois trabalhos doutrinários.

O primeiro deles, elaborado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, sustenta que o princípio da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal) e a presunção de inocência provocariam a inconstitucionalidade material da proposta. Além de tais argumentos, a recente alteração do artigo 243 da Constituição Federal teria reforçado a necessidade de emenda à Carta para a criação do novo instituto, e não mera legislação ordinária.

O segundo deles impinge vício de inconstitucionalidade em razão de inversão do ônus da prova em desfavor da defesa, pois “a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*”.

O presente artigo visa apresentar argumentos críticos relacionados à proposta do Ministério Público. A exposição será dividida em quatro partes. Na primeira, o novo instituto, chamado de confisco alargado, será apresentado, cotejando seus elementos com as espécies de confisco hoje existentes. Após, será verificado se o confisco alargado atende aos requisitos de proporcionalidade, seguindo-se então a análise dos princípios supostamente violados. Por fim, o trabalho é finalizado com a conclusão do que foi apresentado.

## 2. CONFISCO. PANORAMA ATUAL E A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO

Atualmente há duas espécies de confisco. A primeira, conceituada como clássica, é aquela que recai sobre os instrumentos ou proveito do crime. Exemplo simples de assimilar é aquela situação em que o réu utiliza arma, em relação a qual não possui o registro, para a prática de furto. Neste caso, a arma será confiscada e reverterá em proveito da União.

O proveito do crime é o resultado que o criminoso obteve com a ação delitiva, seja direta ou indiretamente, após sucessiva especificação. É o exemplo da corrupção em que o agente público que participou da ação terá a vantagem econômica revertida em favor do erário.

A segunda espécie de confisco foi criada pelo legislador ordinário em 2012 através da Lei nº 12.694 e é denominado de “confisco por equivalência” pois a perda de bens atingirá não o resultado do crime decorrente diretamente da atividade criminosa, mas bens que proporcionalmente apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso. Eis a redação do §1º, acrescentado ao artigo 91 do Código Penal:

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

A proposta do Ministério Público visa abarcar não somente o produto ou proveito diretamente relacionado ao crime – confisco clássico – ou apenas o patrimônio equivalente do réu – confisco por equivalência -, mas a 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”. O artigo 91-A seria incluído com a seguinte redação:

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. 1º 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;  
XIV – associação 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 do 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.

A diferença quanto às duas espécies de confiscos existentes anteriormente é marcante. Em relação ao confisco clássico, a nova medida constritiva não possuirá relação com o produto auferido da atividade criminosa. Embora o confisco por equivalência e o confisco alargado tenham em comum a ausência de relação direta entre os bens confiscados e a conduta imputada no processo criminal, é fácil perceber que o primeiro tem por limite exatamente o resultado positivo alcançado com a atividade criminosa, restrição não existente no segundo.

O confisco alargado tem por premissas (i) a condenação da pessoa a um dos crimes elencados no artigo, (ii) a propriedade de patrimônio incompatível com a renda declarada e (iii) a presunção de que tais bens foram adquiridos como resultado da atividade criminosa em relação a qual foi condenado. Em sucinta explanação, a prática de um dos crimes definidos no § 1º permite a propositura de incidente demonstrando que o réu possui patrimônio incompatível com sua renda declarada e conhecida, inferindo-se a partir daí sua vinculação com a prática do crime imputado e o preenchimento do pressuposto de fato do confisco. Em seguida, o réu terá a oportunidade de demonstrar a origem lícita do bem, afastando a possibilidade de perda.

Nos estreitos limites da finalidade deste artigo, esta é a apresentação do novo instituto. Vejamos se ele é proporcional e se atende à Constituição Federal.

### **3. DA PROPORCIONALIDADE DO CONFISCO ALARGADO**

A discricionariedade legislativa em propor novos atos normativos primários é controlada através do princípio da proporcionalidade. Reconhecido no ordenamento brasileiro a partir do conceito material do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal), a proporcionalidade carrega valores atrelados à justiça, eticidade e boa-fé, impedindo que decisões legislativas arbitrárias e discriminatórias sejam lançadas no ordenamento, ainda que cumpram o requisito de regularidade formal.

A proporcionalidade é subdividida em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em relação ao primeiro, o motivo, o meio e o fim devem estar vinculados entre si. Nas palavras de Gilmar Mendes, exige-se que “as medidas interventivas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”. A necessidade é a relação de suficiência da medida proposta com a causa para a intervenção estatal, aferindo-se se há meios menos gravosos para atingir o fim proposto. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito é o equilíbrio entre o ônus imposto e o o fim atingido, representando “o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.

O confisco alargado atende de modo satisfatório ao referido princípio. O motivo para a introdução de um novo confisco é a insuficiência das medidas clássicas do Direito Penal ao surgimento e incremento de crimes que afetam de modo contundente a ordem econômica. De modo amplo, o Direito Penal Econômico alcança as condutas delitivas praticadas por pessoa pertencente a camada elevada na sociedade, no exercício de seu trabalho e mediante violação de confiança, refletindo os efeitos do ato na relação econômica travada entre os atores sociais.

O estudo da delinquência econômica ganhou propulsão com Edwin H. Sutherland, que cunhou a expressão crimes de colarinho branco, referindo-se às condutas delitivas emergentes deste ramo do Direito Penal. Em comum aos crimes de colarinho branco está a ausência de equivalência do juízo de censura social em relação aos autores de tais condutas. Nas palavras de Artur Gueiros, “o original criminoso do colarinho-branco não se considera criminoso. Igualmente, doutrinadores, cientistas e mesmos práticos da justiça criminal têm dificuldade em identificar suas ações como efetivamente merecedoras de reprovação penal”.

A ausência de reconhecimento da relevância penal por atos cometidos por integrantes do estrato social superior reflete a insuficiência da repressão penal. Enquanto estudos sugerem que anualmente a sonegação fiscal omite 1,112 trilhão de reais e a corrupção desvia 200 bilhões no país, nota-se a amarga ineficiência do sistema repressivo penal. O país sustenta a 69ª posição no ranking da Transparência Internacional, o funcionário público corrupto tem

apenas 5% de chance de ser punido e os crimes de corrupção, prevaricação, peculato e concussão apresentam a causa de aprisionamento de apenas 0,03% da população carcerária no Brasil.

Some-se a isso a particularidade de que os crimes de colarinho branco apresentam racionalidade assaz distinta dos demais crimes. As pessoas respondem a motivações e aos custos que envolvem suas decisões; em intensidade variável, a decisão em cometer ou não um crime também passa por este filtro. No campo dos crimes de colarinho branco a racionalidade envolvida é ainda mais intensa. Em geral, envolve um padrão de comportamento desenvolvido a partir de razoável técnica financeira ou contábil – exemplo dos crimes tributários e de corrupção – e direcionado quase sempre ao resultado econômico imediato. Ao contrário dos crimes pertencentes ao Direito Penal Clássico – homicídio e furto -, não se veem presentes condutas movidas por emoção ou ímpeto. O autor do crime de colarinho branco pensa, reflete e pondera todos os custos envolvidos na prática criminosa.

Vê-se, assim, o atendimento do novo instituto ao princípio da proporcionalidade. O recrudescimento da prática delitiva e o estado de ineficiência do atual sistema penal preenchem o requisito da necessidade. Em reforço às demais alterações penais propostas pelo Ministério Público Federal – gradação da pena de acordo com o valor desviado e hipóteses mais restritivas de prescrição, apenas para citar duas – o confisco alargado é adequado pois embute na consciência do agente mais um fator de ponderação na decisão da prática criminosa, ou sua reiteração. Além do risco a que se sujeita com o novo delito, a avaliação incutirá a probabilidade em perder para o Estado todo o patrimônio ilegítimo amealhado ao longo da vida criminosa, além de evitar o reinvestimento na prática criminosa. A medida alcançará o fim principal de todos os crimes econômicos: o seu proveito econômico. Por fim, o novo instrumento é proporcional, em seu sentido estrito, pois impõe o mínimo de ônus possível ao criminoso, quando comparado com outros instrumentos disponíveis pelo Direito Penal, como a restrição de liberdade.

#### 4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONFISCO ALARGADO

O confisco alargado é vinculado historicamente a três convenções internacionais, Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também denominada Convenção de Mérida; esta última será tomada como parâmetro. O fundamento do instituto é extraído da exortação realizada no parágrafo 8º do artigo 31 da Convenção:

8º 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.

A previsão do instituto atrai a discussão em relação aos seguintes pontos: necessidade de alteração constitucional para sua inclusão no Brasil, violação à presunção de inocência e inadequada inversão do ônus da prova.

A resposta a estes questionamentos passa primeiro pela leitura atenta da Constituição Federal. O perdimento de bens é referido em dois dispositivos da Constituição Federal:

Art. 5º

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

[...]

b) perda de bens

Embora se refiram indistintamente à perda de bens, o primeiro é tratado como efeito da condenação e é relacionado ao artigo 91, inciso II, Código Penal, enquanto que o segundo é espécie de pena e foi tratado pelo legislador no art. 43, inciso II, Código Penal. O confisco alargado possui vinculação direta apenas com a previsão do inciso XLV.



Coube ao legislador ordinário a definição das espécies de confisco e sua extensão e assim ocorreu através da recepção da norma do artigo 91 do Código Penal e da alteração do parágrafo primeiro através da Lei nº 7.209/1984. Mostra-se evidente a ausência de qualquer cláusula restritiva na expressão utilizada pelo constituinte, de modo que a inclusão do novo instituto está inserido na liberdade de conformação do legislador, “que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade”.

Argumenta-se que o confisco alargado deveria ser objeto de emenda constitucional, o que teria sido reforçado pela recente alteração do artigo 243 da Constituição Federal. Como é do conhecimento de todos, o artigo 243 foi modificado pela Emenda Constitucional nº 81 para permitir a desapropriação, sem qualquer indenização, da propriedade onde localizado trabalho escravo; antes, apenas a cultura de planta psicotrópica permitia semelhante hipótese.

Contudo, o argumento não convence. A crítica denota que a não inclusão no artigo 243 afastaria a possibilidade de previsão do confisco alargado pelo legislador ordinário, ocorrendo o fenômeno do silêncio eloquente, em que a redação constitucional “obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente”. O equívoco parte, em verdade, em identificar que a autorização ocorreria pelo artigo 243 e não pelo preenchimento do conceito apresentado no artigo 5º, inciso XLV, todos da Constituição Federal.

Além da ausência de cláusula restritiva, como já demonstrado acima, a inclusão de determinada disposição na Constituição não exaure o conteúdo da matéria em que aquela está inserida e tampouco exige o exercício do poder constitucional derivado. O enxerto na Carta Constitucional de matérias essencialmente formais, não restringe a atividade do legislador ordinário legitimamente delegada pelo poder constituinte originário. Caso o raciocínio fosse válido, a previsão de manutenção do Colégio Pedro II como propriedade federal atrairia a necessidade de que qualquer disposição semelhante fosse realizada por emenda. A situação retratada não é inédita e entre outros inúmeros exemplos pode ser citada a previsão das sanções de proibição de

contratar com o poder público e receber incentivos fiscais e multa por ato de improbidade, ambas não previstas no art. 37, § 4º, Constituição Federal, mas estipuladas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

A matéria – conceito e extensão do confisco – integra a liberdade de conformação do legislador. Portanto, o argumento de que a introdução de nova modalidade de confisco precisaria de alteração pelo poder constituinte derivado não se sustenta.

O argumento seguinte contrário à proposta diz respeito à suposta violação à presunção de inocência e ao princípio da não culpabilidade, ambos extraídos do art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal. Adotando a equivalência dos conceitos e aplicando um dos significados possíveis, toma-se por tal princípio a necessidade de que cabe ao Estado demonstrar todos os elementos do fato típico e, somente após juízo de convicção acima de qualquer dúvida razoável, proferir a sentença condenatória.

Cumprir realizar de logo relevante esclarecimento. A medida do confisco somente será acionada após a condenação criminal obtida regularmente no processo penal, com idêntica distribuição do ônus da prova e após o juízo de convicção acerca da participação do acusado. A presunção realizada a partir daí – da condenação, frise-se – não é arbitrária, pois caberá ao Ministério Público demonstrar que os bens indicados não encontram correspondência na receita declarada pelo condenado. Ela tampouco é absoluta, pois o condenado poderá demonstrar a origem lícita de seu patrimônio. Nota-se que a medida recairá após o juízo de convicção quando a materialidade e autoria do ato imputado e restará ao Ministério Público o ônus de demonstrar a ausência de suporte do patrimônio, isto é, a incongruência entre as receitas lícitas do acusado e os bens por ele detidos.

Em verdade, seria mais adequado se os argumentos fossem utilizados para discutir a legitimidade da extensão dos efeitos da sentença, e colocar em dúvida se a intensidade da relação entre o objeto do confisco e o crime a que foi condenado impõe a inconstitucionalidade do novo instituto. Ainda assim a crítica não prevaleceria. Cabe ao legislador ordinário a escolha política dos instrumentos de repressão de determinados crimes, de modo a responder de modo eficaz e proporcional a determinadas violações de certos bens jurídicos.

O específico dever de proteção decorre do princípio da proibição da proteção deficiente, conferindo ao legislador “margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais” (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 104.410/RS, STF, Segunda Turma, j. em 06/03/2012).

Outrossim, a medida constrictiva não se situa na área de incidência típica da garantia do estado de inocência, uma vez que não cuida de nova condenação ou mesmo imposição de uma nova pena, mas extensão de medida patrimonial assumida a partir da presunção de que o patrimônio fora amealhado pelo mesmo trajeto a que já foi condenado.

O Brasil já possui hipótese semelhante em que a perda de bens não fica restrita ao produto ou resultado do crime. Uma delas é a previsão já citada acerca do confisco administrativo de “glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas” (art. 231, Constituição Federal). Embora de natureza cível, a desapropriação é iniciada a partir da conduta penal referida expressamente no artigo.

Os argumentos apresentados no julgamento do Recurso Extraordinário 543.974 fornece bons subsídios a respeito do tema. Naquela oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região havia restringido a aplicação do dispositivo constitucional apenas à área em que efetivamente explorada a cultura ilegal, 150m<sup>2</sup> de um total de 25,80 hectares. O Tribunal entendeu que a desapropriação de toda a área corresponderia a interpretação desproporcional e que acabaria por violar o princípio da personalidade da pena. O plenário do Supremo Tribunal Federal afastou tais argumentos, prevalecendo a interpretação literal do dispositivo constitucional, destacando o Min. Ricardo Lewandoski que “[i]nteressantemente, é uma penalidade análoga àquela sanção acessória de que trata o artigo 91, II do Código Penal, que estabelece o perdimento de bens em favor da União, no que diz respeito aos instrumentos e aos produtos que se originam da prática criminosa”. O ministro Cezar Peluso destacou a racionalidade econômica carregada na sanção:

*Além do mais, outra interpretação levaria a duas coisas. Levaria ao absurdo, por exemplo, de uma possibilidade teórica – e não pode ser desconhecida do ponto de vista prático – de o autor do ilícito ficar com a*

*totalidade do imóvel residual para continuar plantando. É óbvio. Ou seja, a finalidade da norma é opor uma sanção grave, porque tem o sentido de confisco relativo a um ato ilícito que considera grave pelo seu alto desvalor jurídico. Noutras palavras, não se pode subestimar a sanção constitucional para reduzi-la a uma dimensão que não atingiria a sua racionalidade de desestímulo a ato ilícito de grande repercussão do ponto de vista social.*

Vê-se em tal julgamento o acolhimento dos mesmos argumentos para inclusão da nova medida.

Por sua vez, a crítica em relação à presunção não passa, em verdade, da compreensão incorreta da prova indireta. A presunção utilizada na proposta não é de todo nova para a comunidade jurídica. De todos os exemplos possíveis, o art. 42 da Lei n 9.430/1996 é o melhor deles; em presunção *juris tantum* a norma reconhece que configura omissão de receita “os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular [...] não comprove [...] a origem dos recursos utilizados nessas operações”. Cuida-se, portanto, de presunção relativa assumida, frise-se, para a imputação de conduta penal relevante, não se apresentando adequada a crítica em relação a sua utilização para medida ainda menos invasiva. Em julgamento a respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça externalizou a correlação entre a presunção de inocência e a utilização de referido raciocínio probatório:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

1. O inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal confere ao acusado o direito à não autoincriminação, permitindo que, por ocasião do interrogatório, cale-se acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apenação criminal ou mesmo à valoração negativa pelo magistrado, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados.

2. No caso dos autos, o paciente, intimado pela Receita Federal a comprovar a origem dos recursos movimentados em suas contas bancárias, não o fez, também quedando-se silente quando interrogado judicialmente.

3. Conquanto o contribuinte não seja obrigado a prestar os esclarecimentos solicitados pela autoridade fiscal, ao não fazê-lo permite à Receita Federal presumir determinados fatos que ensejam a constituição do crédito tributário.

4. Assim, a fim de atestar a regularidade de suas movimentações financeiras, o paciente deveria comprovar, quando instado pela Receita Federal, a origem dos recursos utilizados em suas operações bancárias, sob pena de, não o fazendo, restar caracterizada a presunção de omissão de rendimentos prevista no artigo 42 da Lei 9.430/1996 que, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é apta a caracterizar o crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990. Precedentes.

5. Ademais, da leitura do aresto objurgado, constata-se que embora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tenha mencionado que o acusado manteve-se calado quando inquirido pelo togado de origem, não entendeu comprovada a autoria do delito somente em razão do seu silêncio, apontando provas produzidas tanto no procedimento administrativo tributário quanto no curso da ação penal hábeis a justificar o decreto condenatório.

6. Habeas corpus não conhecido.

(STJ. Quinta Turma. HC 28305/GO. Rel. Min. Jorge Mussi. J. em 12/02/2015)

Em reforço, a análise do Direito Comparado revela que a discricionariedade a ser realizada pelo legislador brasileiro já foi validamente exercida em outros países. A União Europeia exortou todos os países do bloco a adotarem o confisco alargado, conforme determinação do art. 5º, Diretiva 2014/42/UE, levando o acolhimento de tal regra pela Alemanha, Inglaterra e Portugal. Em relação ao último país, convém transcrever o artigo que serve de referência:

#### CAPÍTULO IV

##### Perda de bens a favor do Estado

##### Art. 7º.

1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já foi instigado a manifestar-se sobre a legalidade do confisco alargado. Em 27/06/1996, Steven Phillips foi condenado por tráfico de drogas. A investigação patrimonial realizada

posteriormente identificou que o condenado apresentava intensa movimentação financeira no período anterior ao fato a que foi condenado – 1 casa, depósitos em dinheiro e cheque, 5 carros -, embora nunca tivesse declarado qualquer receita ao fisco nacional. Após excluir bens pertencentes ao grupo familiar a que fazia parte, GBP 91,400 foram confiscados. Em 12/12/2001, Steven Phillips recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob o argumento de violação à presunção de inocência e às regras formais de um processo justo (art. 6º, §§ 1º e 2º, Convenção Europeia de Direitos Humanos), além da ausência de proporcionalidade da medida (art. 1º, Protocolo Adicional da Convenção Europeia de Direitos Humanos). O julgamento enfrentou os seguintes argumentos: (i) em relação à presunção de inocência, se a ordem de confisco representa uma nova acusação e se a presunção de inocência aplica-se de algum modo ao caso; (ii) em relação ao artigo 6º, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, se o direito a um julgamento justo admite o uso de presunções; (iii) em relação ao Protocolo Adicional da Convenção, se a imposição do confisco é proporcional e adequada à previsão de perda da propriedade privada pelo Estado.

Em relação ao primeiro ponto, o Tribunal reconheceu que a medida constritiva não representa uma nova acusação, mas uma consequência do crime a que já foi condenado e, portanto, não alcança a proteção tradicional do princípio da presunção de inocência já que a higidez do processo principal não foi discutida. Em relação ao segundo ponto, embora reconheça que qualquer processo criminal deva carregar a presunção de inocência e a regra do ônus da acusação em provar o fato típico, o Tribunal asseverou que “este direito não é absoluto, uma vez que presunções de fato ou de direito existem em qualquer sistema criminal e não são proibidos em princípio pela Convenção, desde que os Estados respeitem determinados limites, levando sempre em conta a natureza da matéria em julgamento e os direitos de defesa”.

Por fim, o Tribunal afastou o último argumento, decidindo que a ordem de confisco constitui espécie do termo “penalidades” prevista no Protocolo Adicional, além de ser proporcional ao fim buscado pela medida. Transcreve-se trecho do julgamento:

51. Como citado anteriormente, a ordem de confisco constitui uma “penalidade” no sentido da Convenção. Assim, a medida está incluída no objetivo do segundo parágrafo do artigo 1º do Protocolo 1, o que permite o controle da propriedade pelos Estados para reguardar o pagamento de penalidades. Contudo, esta previsão deve ser compreendida em linha com o princípio geral firmado no primeiro parágrafo e, assim, apresenta uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade alcançada (veja, entre outros exemplos, Allan Jacobsson v. Sweden (nº 1), julgamento de 25 de outubro de 1989, Série A, n. 163, p. 17, § 55).

52. Em relação ao caso específico, como a Corte observou em Welch (julgamento citado acima, p. 14-15, § 36), estes poderes foram conferidos como armas na luta contra o tráfico de drogas. Assim, o uso do confisco previne a entrada de novas pessoas no tráfico, priva a utilização dos lucros e evita sua reutilização no comércio das drogas.

[...]

54. Além do caso específico, e considerando a importância da finalidade perseguida, o Tribunal não considera que o confisco da propriedade do recorrente foi desproporcional.

A análise constitucional e os exemplos de países e comunidades que admitem semelhante instituto reforçam a tese de constitucionalidade do confisco alargado. Aliando garantismo e efetividade, a inclusão de uma nova espécie de confisco é salutar e vem reforçar o princípio da proteção deficiente, respeitando as garantias individuais inseridas na Constituição, em especial a presunção de inocência.

## **5. CONCLUSÃO**

O Direito Penal funciona como essencial reforço de proteção de determinados bens jurídicos. O fino equilíbrio entre o seu acionamento e o risco de afetar injustamente direitos individuais é o que deve ser analisado por todos os juristas. A discussão fiel e leal é o único meio de apresentar à sociedade a medida adequada para determinado evento ou tendência criminosa.

A introdução do confisco alargado no ordenamento brasileiro pretende atingir esse objetivo. O confisco clássico previsto originalmente pelo Código de Processo Penal e o confisco por equivalente acrescentado recentemente não respondem à altura ao perfil dos delitos econômicos.

A partir da prática dos crimes arrolados taxativamente, o Ministério Público poderá requerer o confisco de todo o patrimônio ilícito amealhado pelo acusado, ainda que não possua vinculação com a conduta imputada no processo principal. O *Parquet* deverá demonstrar em campo cognitivo próprio a ausência de compatibilidade entre o patrimônio localizado e renda auferida e declarada pelo condenado, possibilitando-o após o exercício do contraditório.

A medida legislativa atende ao princípio da proporcionalidade pois responde a crescente evolução dos crimes atrelados ao Direito Penal Econômico e atingirá o principal benefício buscado com os delitos econômicos, mostrando-se a medida menos onerosa permitida pelo Direito Penal.

O confisco alargado respeita os direitos e as garantias individuais elencadas pela Constituição Federal, notadamente a presunção de inocência. A medida pode ser exercida a partir da liberdade de conformação conferida ao legislador ordinário pelo artigo 5º, inciso XLV, Constituição Federal. A crítica de que a inclusão somente poderia ocorrer a partir de emenda constitucional parte da leitura equivocada do artigo 243 da Constituição Federal pois não se mostra presente o fenômeno do silêncio eloquente do poder constituinte originário. Por sua vez, a presunção de inocência possui vinculação preponderante à imputação delitiva e condenação dela decorrente; sua aplicação aos efeitos da condenação é vista com reservas e de modo mais brando pela jurisprudência de tribunais internacionais.

O Direito Comparado reforça a legitimidade do instituto. Além de previsto em três convenções internacionais – Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – e ter sido objeto de exortação pela União Europeia, diversos países o introduziram nos respectivos ordenamentos. Por fim, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a compatibilidade do instituto com os direitos de defesa, repelindo as críticas utilizadas contra a redação do Anteprojeto apresentado.





**10 MEDIDAS**  
**CONTRA A CORRUPÇÃO**