

PROPOSTAS ANTICORRUPÇÃO – CONAMP

JUSTIFICATIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1 – Majoração das reprimendas e adaptação de conformações típicas:

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

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

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

Quanto aos crimes previstos na Lei das Licitações, Lei nº 8.666/93 (arts. 89 *usque* 98), recomenda-se que os mesmos sejam apenados com reclusão ao invés de detenção, o que possibilitará uma melhor individualização do regime de cumprimento da pena pelo julgador, haja vista a pena de detenção não possibilitar o cumprimento inicial no regime fechado (CP. art. 33). Ademais, há de se considerar que o apenamento dos crimes licitatórios com detenção se estabeleceu por conta de preocupação justificada para o momento histórico em que a lei se fez vigente. É que naquela altura os crimes apenados de tal maneira submetiam-se a procedimento processual penal diverso, mais célere, o que justificava essa sorte de definição.

A esta altura, considerando-se que do ponto de vista do direito material nada resta de diferenciação entre os apenamentos realizados com detenção ou reclusão e as reformas do processo penal avançaram a retirar a diferença de celeridade, essa escolha do legislador serviu por tiro à culatra. É que tal definição acabou por impedir que a investigação dessa sorte de ilícitos se valha de instrumentos reservados apenas aos crimes apenados com reclusão, tal qual a interceptação das comunicações telefônicas.

Recomenda-se ainda a majoração das penas dos arts. 89 a 97 da Lei 8.666/93, uma vez que, sem sombra de dúvida, o ambiente das licitações é o maior gargalo de desvios de verbas públicas no Brasil, ilustrando nesse sentido os estimados bilhões de reais que teriam sido desviados nos crimes investigados pela operação lava-jato. Além disso, é necessária a fixação da competência para processar os crimes de licitação de acordo com a pessoa jurídica de direito público que realizar, deixar de realizar, dispensar ou inexigir licitação com infringência à Lei, independentemente da origem do recurso público envolvido na operação ou destinatário da prestação de contas. Ainda, no mesmo sentido, é interessante a previsão de decisão de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado acusado, ou existentes em nome da pessoa jurídica beneficiária da infração, que sejam instrumento, produto, ou proveito dos crimes previstos na Lei de licitações, inclusive com previsão de alienação antecipada. Um outro ponto a merecer importante reflexão acerca dos crimes licitatórios é assentar definitivamente a compreensão de que se tratam de tipos de crimes formais, ideia a encontrar certa resistência na doutrina atual¹. Ou seja, a

¹ Nesse sentido, colaciona-se a decisão seguinte, a exigir a comprovação de prejuízo financeiro para a tipificação do artigo 89, Lei 8.666/93: PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE NA DENÚNCIA. NÃO ATENDIMENTO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. MATÉRIA DE PROVA. 1. Nos autos da Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ressalva do entendimento da relatora. 2. Na hipótese em apreço, a denúncia, sem atender às disposições do art. 41 do Código de Processo Penal, não descreve o dolo específico e nem o efetivo prejuízo, limitando-se à burla da licitação, sendo, pois, inepta. 3. De outra parte, o pretendido trancamento, por falta de justa causa, que depende da certeza da inexistência do elemento subjetivo e da total ausência de prejuízo, não está demonstrado

perfectibilização dos tipos penais em questão independe da geração de prejuízo financeiro à administração, uma vez que o objeto jurídico tutelado não tem cariz unicamente patrimonial. Com efeito, cuida-se de criminalizações de condutas que violam a probidade administrativa por bem jurídico, ofensa que não se traduz unicamente em prejuízo ao erário, mas também na necessidade da preservação de valores como a impessoalidade da administração e o comportamento ético dos agentes públicos.

Assim, de se sugerir a inclusão de disposição geral na Lei das Licitações, capítulo dos crimes, artigo com a seguinte redação e numeração:

Art. 99-A. Os crimes definidos nesta seção independem de comprovação de prejuízo ao erário.

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

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

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

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

Duas alternativas, não excludentes, mostram-se viáveis.

A primeira seria a criação de circunstâncias judiciais específicas e apartadas da regra geral, mecanismo já adotado pelo legislador na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06²). Assim, poderia ser acrescido ao art. 59 do Código Penal, parágrafo único, com o seguinte teor:

sem maiores digressões, necessitando de revolvimento fático-probatório, não condizente a via eleita, mandamental por excelência. 4. Recurso parcialmente provido, apenas para anular a denúncia por inépcia, ressaltando a possibilidade de uma nova ser apresentada, desde que, dentro dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, seja demonstrado o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos. (RHC 36.562/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 27/11/2014)

² Lei 11.343/06. Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

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

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

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

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

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

Criar-se-ia o art. 327-A no Código Penal³, estabelecendo um escalonamento da pena para os crimes segundo o valor envolvido na corrupção, consoante redação infra sugerida:

Art. 327-A - As penas dos crimes dos crimes de estelionato contra a administração pública (art. 171, §3º), peculato (art. 312, caput e §1º), concussão (art. 316), excesso de exação (art. 316, §1º e §2º), corrupção passiva (art. 317, caput e §2º), tráfico de influência (art. 332), corrupção ativa (art. 333), corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-b), tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-c) serão de:

³ Poderia ser criado uma normativa específica e de igual redação para cada um dos títulos do Código Penal relacionados.

I – reclusão, de sete a quinze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato; II – reclusão, de dez a dezoito anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato; III – reclusão, de doze a vinte e cinco anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato. § 1º – O disposto no parágrafo anterior não obsta a aplicação de causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na parte geral ou especial deste Código

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

1.3 – Impossibilidade da substituição das penas privativas de liberdade nos casos de crimes contra a administração pública.

Data do final dos anos 90 a modificação na parte geral do Código Penal a autorizar a substituição de penas aplicadas por crimes dolosos que fossem inferiores a quatro anos de privação de liberdade por penas restritivas de direito. O mote de tal reforma legislativa se estabelecia, num primeiro momento, a tentar difundir a necessidade de descarcerização, atentando-se para a circunstância de que o cumprimento de pena em regime de privação de liberdade importava comprometimento da inserção social do condenado. Em outras palavras, temia-se que seu ingresso no sistema prisional importasse deterioração pessoal a fazer com que tivesse maior propensão à reincidência. Por outra parte, sustentava-se que o cumprimento de pena na modalidade de restrição de direitos, especialmente nos casos de prestação de serviços à comunidade, serviria por atividade ressocializadora, afastando o condenado de convívio deletério que teria lhe levado ao cometimento do ilícito.

Desde a reforma, a legislação admite exceções à possibilidade de substituição. Fala-se da impossibilidade de que o benefício alcançasse autores de crimes praticados com violência ou grave ameaça, os reincidentes em crimes doloso e a os que tiverem avaliação negativa de circunstâncias subjetivas, forte no que dispõe o artigo 44, I, II e III, Código Penal.

Diante da circunstância da proliferação dos crimes contra a administração pública, é de se ponderar se tal substituição para os ilícitos praticados por agentes públicos no exercício de suas funções faz sentido. A responder tal indagação, há de se ter em vista a circunstância de que a única função a guardar

unanimidade entre os que se debruçam por sobre a teoria do direito sancionatório – excluídos, evidentemente, os que defendem a solução abolicionista – é a ideia de que a aplicação de uma pena se justifica por conta de ação preventiva especial a incidir por sobre o condenado. Vale dizer, fala-se da incidência do efeito da pena por sobre o próprio condenado, a que, após o cumprimento, não mais repita o ato proibido. Nos casos dos crimes praticados por agentes públicos, há de se reconhecer, num primeiro giro, que tais pessoas se encontram enfronhadas no seio social de um modo indiscutível. Tanto que ascenderam à posição privilegiada de ocuparem de cargos ou funções no contexto da administração pública. Então, é inevitável concluir que nenhum benefício ressocializador há de lhes retornar a partir da prestação de serviços comunitários, dado que já se encontram suficientemente socializados. Por outro lado, considerando que se cuida de pessoas, como dito anteriormente, plenamente socializadas e que, no mais das vezes, tiveram toda a sorte de oportunidades, não há risco de que sua permanência no sistema penitenciário importe comprometimento a que pratiquem novos delitos após deixar o cárcere.

Em tudo sendo dessa maneira, considerando que para agentes plenamente socializados o único efeito que resta da pena é o atemorizatório individual, a sugestão é de que se inclua no artigo 44, Código Penal, a seguinte modificação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§1º. A substituição não é possível nos casos de crimes dolosos praticados por servidor público no exercício de suas funções ou se praticado por meio de organização criminosa.⁴

⁴ É possível para eventual reforma se utilize a numeração do §1º dado que o texto original foi vetado quando da edição da Lei 9.714/98.

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

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

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

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

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

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

O instrumento do confisco ampliado tem sido concebido de duas formas. Numa modalidade, há uma simples inversão do ônus da prova, de maneira que o confisco opera-se como consequência da

condenação por determinada infração penal (por exemplo, como ocorre na França⁵). Cumpre ao réu em processo penal (por determinados crimes), em paralelo à defesa, justificar a origem de todo ou parte de seu patrimônio. Isto é, há, ao menos em parte, inversão do ônus da prova no processo penal, pois apenas o réu tem carga probatória de demonstrar a licitude do patrimônio. Por essa característica, sofre pesadas críticas pela doutrina europeia.

Na outra modalidade, também há o uso de presunção, mas embasada em pressupostos mais contundentes. Permanece ao Ministério Público o ônus de provar, para além do crime e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional. Esse é o sistema adotado na Espanha⁶ (artigo 127 do Código Penal, modificado pela Ley Orgánica n.º 5/2010), na Itália (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92⁷) e em Portugal (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro). Note-se que não há uma inversão do ônus da prova em processo penal, pois ao réu incumbe ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante dos rendimentos líquidos. Essa ferramenta tem sido aceita pela doutrina, chancelada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e reiterada em Diretivas do Parlamento Europeu nas metas de combate à criminalidade organizada⁸. Por isso se sustenta a inserção dessa modalidade na legislação brasileira.

Os requisitos dessa perda alargada (no modelo de Portugal, trazido pelo artigo 7º da Lei n.º 5/2002, que parece ser adequado à realidade brasileira) consistem numa condenação com trânsito em julgado⁹ por crime previsto em catálogo¹⁰, na existência de um patrimônio¹¹ incompatível com os rendimentos

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

⁶ Sobre o confisco alargado espanhol, vide CORREA, Teresa Aguado. La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04 (2003). Disponível em <http://criminet.gr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>.

⁷ Com redação dada pela Lei n.º 501/94, de 8 de Outubro. O instrumento italiano assemelha-se ao português, e lá é frequente a afirmação pelos tribunais de que não ocorre uma inversão do ônus da prova, e sim um mero ônus de alegação quanto à origem do patrimônio. Vide MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 329.

⁸ Por exemplo, a “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”, de 12 de Março de 2012, em seu artigo 4.º (“poderes de confisco alargados”), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando “um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades”.

⁹ De frisar que a Lei n.º 5/2002 não faz exigência quanto à natureza ou à medida concreta da sanção.

¹⁰ O que, por um lado, vai ao encontro da ideia de restringir o “remédio forte à patologia grave”; mas, por outro, faz com que ilícitos típicos não comuns à criminalidade organizada ou econômica, mas igualmente geradores de vantagens ilícitas não raro vultosas (por exemplo, furto, roubo, extorsão e receptação), restem imunes ao instrumento mais agressivo de recuperação de ativos.

¹¹ Que deverá ser avaliado e liquidado, e cuja definição está prevista no artigo 7.º, n.º 2, letras a) a c), da Lei n.º 5/2002. Deve-se salientar que não se compreendem por patrimônio do condenado as vantagens do crime, que deverão ser alcançadas mediante os instrumentos tradicionais de perda (das vantagens e do produto do crime, já previstos no Brasil).

lícitos do condenado e na presunção¹² da ilicitude de sua origem, adstrita a determinado lapso temporal. Não ilidida a presunção, tem-se a assertiva jurídica da proveniência do patrimônio da atividade criminosa; e, com efeito, resulta descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada. Como já dito, o TEDH tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH)¹³.

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

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

Ou seja, incumbe ao Ministério Público fazer prova do crime (a condenação deve ser *conditio sine qua non* – vide artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002 de Portugal) e liquidar o montante apurado a ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º, idem), o que consiste em apresentar o cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final, idem). Diante desses elementos (que são consistentes), toca ao réu/condenado ilidir a presunção de que parte de – ou todo – seu patrimônio proveio de fonte ilícita¹⁴ (artigo 9.º, idem) ou, ao menos, demonstrar que o obteve há mais de cinco anos contados da data do recebimento da denúncia.

Sustenta-se que, com tais características, perda alargada tem natureza jurídica de uma “medida administrativa”, com aplicação decorrente de uma condenação criminal. Não é, pois, pena, multa,

¹² Relativa e ilidível por qualquer meio de prova, conforme o artigo 9.º, n.ºs 1 a 5, da Lei nº 5/2002 .

¹³ Entendimento sinalizado, por exemplo, nos Acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de Julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de Fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de Junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de Julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de Setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de Janeiro de 2010. No Acórdão Leone contra Itália, de 2 de Fevereiro de 2010, houve a ressalva de que o confisco não se pode basear numa mera suspeita. Todos disponíveis em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

¹⁴ O que não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porquanto o réu nada tem de alegar quanto ao crime a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

prestação pecuniária, efeito da pena ou sanção administrativa, e sim uma medida imposta pelo Estado como regulação da propriedade lícita, com requisitos apurados e determinados num processo penal.

Discute-se na União Europeia a conveniência de a perda alargada (e seu montante e liquidação) ser decidida no âmbito do processo penal (opção de Portugal, onde o alcance do confisco integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo¹⁵), na sua sequência (como na Holanda¹⁶) ou em seara distinta, civil ou administrativa (em similar, por exemplo, a alguns procedimentos *in rem*).

O trato da perda alargada no processo penal, já com a propositura da acusação e após investigação preferencialmente especializada¹⁷, por um lado, favorece o réu, que tem o amplo leque das garantias processuais penais para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante e a liquidação pretendidas pelo MP. Além disso, um mesmo tribunal julga o crime do catálogo e a perda alargada, evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro lado, traz à baila a discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula à presunção de inocência, já que o réu deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio – no mesmo momento em que se defende, com o risco de que a opção pelo silêncio confirme que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa. Por isso alguns defendem que a perda alargada “seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretada na sentença condenatória”¹⁸.

Também nessa linha, não se pode ignorar haver uma tendência internacional de que os mecanismos de recuperação de ativos (mesmo os dependentes de uma condenação, como a perda alargada) sejam autonomizados¹⁹, o que, deve-se concordar, amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência.

Por tudo isso, refletindo as mais atuais correntes e tendo por escopo a eficiência no enfrentamento desse tipo de criminalidade, entende-se que, no Brasil, que ainda carece de legislação

¹⁵ Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

¹⁶ Consoante o artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês, se o agente restar condenado por crime punível com multa do 5.º grau e existir a suspeita de vantagem ilícita superior a 12.000 euros, é instaurada investigação financeira autônoma – e posterior – ao processo penal. Caso a investigação conclua ser plausível, por não elucidar a origem lícita, que outras infrações penais geraram vantagens ilícitas ao condenado, é decretada a perda de bens.

¹⁷ É o que se tem atualmente em Portugal, com a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos, criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial dada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho. A mesma lei passou a prever o Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º e ss.), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados.

¹⁸ Cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, 2010, p. 41.

¹⁹ Vide, por exemplo, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, artigos 1.º e 2.º.

específica a respeito da perda alargada, o debate sobre sua implementação deveria abarcar, também, sua autonomização do processo penal ou, no mínimo, sua tramitação em incidente concomitante (mantendo no juízo penal a decisão acerca da perda, a ser consignada na sentença ou no acórdão, após a fundamentação condenatória²⁰).

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

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

A ação *in rem* (ou procedimento de confisco *in rem*), de natureza extrapenal, é prevista, por exemplo, nos Estados Unidos (*civil forfeiture*) e na Inglaterra (*civil recovery*). A ação, como a denominação revela, é direcionada aos bens (quantias em dinheiro, imóveis, veículos, etc.) com suspeita de origem ilícita (mesmo que não criminosa) e não às pessoas que os possuem/detêm. Não tem por escopo atribuir responsabilidade (criminal, civil ou administrativa) a alguém, mas apenas “fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida”²¹. O Estado, por intermédio de ação que extingue a posse ou o domínio, retoma bens ilicitamente adquiridos sem precisar, necessariamente, responsabilizar penalmente seu detentor.

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

Em suma, pode-se ilustrar o passo a passo da ação *in rem* da seguinte forma: após investigação criminal da Polícia ou do Ministério Público, elucida-se a existência de patrimônio de vulto, sem fonte lícita detectada, em nome de determinada pessoa, sem, contudo, vinculá-la com a prática de algum crime. Com efeito, finalizado o procedimento investigatório, diante dos indícios razoáveis da fonte ilícita ou criminosa da coisa ou patrimônio, atribui-se ao Ministério Público a função de instaurar procedimento *in*

²⁰ Nessa hipotética formatação, em havendo condenação por crime do catálogo, e aplicada a pena ao acusado, cumpriria ao juiz/tribunal declarar a perda alargada com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, seria julgado prejudicado.

²¹ CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 293.

rem, perante Juízo Cível e mediante rito com amplitude de meios de prova, visando à perda, em favor do Estado, pela extinção do domínio ou da posse.

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

Até por tais contornos, pensa-se plausível, inclusive, ter espaço a presunção – no momento final – da procedência ilícita quando, diante dos indícios produzidos pela investigação prévia, e do resultado probatório de natureza civil, não restar clarificada a fonte lícita – ou, noutros termos, restar a fonte ilícita como a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*²², no sistema norte-americano).

Noutro ponto, a atuação dúplice de órgão do Estado (autor, ao mesmo tempo, das pretensões de persecução penal e de recuperação de coisas de origem potencialmente criminosa) não seria problema no Brasil, além de não ser nenhuma novidade no Direito comparado. Aliás, bem diverso disso, a atuação do Estado em várias frentes, como na busca da responsabilização criminal do autor e na regulação da propriedade lícita, é praxe corriqueira, mormente nas modernas democracias. No Brasil, o Ministério Público tem prerrogativas de demandas penais e cíveis, inclusive na seara da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), devendo, pois, figurar como autor da ação *in rem*, bem assim como responsável pela investigação prévia, em Inquérito Civil derivado de investigação criminal (IP ou PIC) ou instaurado de modo autônomo.

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

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

²² EDGEWORTH, Dee. R., *Asset Forfeiture: Practice and Procedure in State and Federal Courts*. 2 ed. ABA, 2008, p. 127 e ss.

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

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

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

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

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

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

De resto, deve ser ressaltado que, na verdade, todo o sistema recursal deve ser objeto de alteração, desburocratizando-se o processo, reduzindo-se o número de recursos e otimizando-se a prestação jurisdicional, contudo, para as finalidades das presentes proposições – precisas e de concretização em curto prazo – ressalta-se, desde logo, a impossibilidade de manutenção do referido parágrafo único, do artigo 609, do Código de Processo Penal.

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

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

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

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

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

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

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

Na linha da mudança sinalizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativizar a regra do inciso III, do artigo 78, do CPP, para acrescentar uma regra de exceção expressa no artigo 79 do CPP, de que a conexão e a continência importarão em unidade de processo e julgamento, salvo se: *“no concurso de jurisdições de diversas categorias, o juízo prevento optar, por motivo relevante expressamente consignado nos autos, pela separação dos processos”*.

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

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

Poderia ser acrescentado o inciso X, ao artigo 319 do Código de Processo Penal, criando a medida cautelar diversa da prisão consistente na condução coercitiva, independentemente de intimação ou

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Existe uma necessidade de revogação do parágrafo 1º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92, pois acordos firmados pelo titular da ação e os investigados não implicam renúncia às sanções estabelecidas pela lei, ao contrário, acarretam uma satisfação imediata e eficaz dos interesses tutelados pela normativa.

Há uma relação de coerência lógica entre a efetiva aplicação da lei e a outorga ao legitimado da ação de improbidade administrativa de maiores mecanismos tendentes a alcançar a finalidade subjacente ao diploma legal (combate à corrupção e dever objetivo de proteção ao direito fundamental à boa Administração).

Destarte, o acordo de colaboração premiada (sugere-se a supressão do texto da expressão **leniência**, já que a Lei Anticorrupção utilizou-a para acordos firmados apenas com pessoas jurídicas), havendo a devida contribuição com as investigações de algum dos responsáveis pela conduta ímproba, autoriza a imediata resposta do Sistema de Justiça em face de atos de corrupção, possibilitando, inclusive, que as

medidas sancionatórias cabíveis em face de cada ação ímproba sejam ajustadas, bem como legítimas maiores possibilidades probatórias.

Quanto aos fundamentos jurídicos que legitimam a alteração legislativa, sabe-se que o delito de corrupção trata-se de um ilícito pluri-objetivo, exatamente porque o comportamento do agente viola bens jurídicos protegidos por variados ramos do direito: administrativo, penal e cível.

Há, assim, uma grande interpenetração do direito penal, civil e direito administrativo, para salvaguardar os inúmeros bens jurídicos afetados pela prática de atos de corrupção. A persecução destes ilícitos, em decorrência de sua natureza multifacetária, exige a intervenção de inúmeros órgãos de execução do Ministério Público – Patrimônio Público; Gaeco, etc, consoante sócioocorrer no caso vertente.

Por outro vértice, não se olvida que o direito penal e direito administrativo sancionador (que abarca, segundo destacada orientação doutrinária, o ato de Improbidade Administrativa) têm sofrido, nas últimas décadas, importante influência do direito comparado por intermédio da admissão de inúmeros institutos fundamentais ao enfrentamento da corrupção: colaboração premiada (penal); acordo de leniência (infração administrativa); infiltração de agente público (penal); flagrante retardado (penal), etc.

Não se pode negar, à toda evidência, que estes ramos de direito – penal; administrativo e civil -, ao descrever comportamentos típicos, referentes ao mesmo fato – corrupção – precisam e necessitam se dialogar, segundo a teoria do diálogo das fontes preconizada por Cláudia Lima Marques.

Assim, não se pode conceber que um colaborador, após cumprir os requisitos exigidos pela Lei Penal (Lei 12850/2013), não espalhe seus efeitos para o direito administrativo e direito civil, que tutelam o mesmo fato com as nuances peculiares dos respectivos ramos do direito.

Com efeito, é fato que o Direito Penal tutela os valores de maior significado social, especialmente os bens jurídicos fundamentais à existência do homem em sociedade. O injusto penal composto de desvalor de ação e desvalor de resultado, possui características intrínsecas a este ramo do direito, dotado de uma carga valorativa infinitamente maior que nos demais ramos do direito extrapenal (registre-se que apenas o direito penal impõe a privação da liberdade como consequência da prática do injusto penal).

Portanto, a carga desvalorativa do direito penal, ao admitir a colaboração premiada permite inferir, com grau de segurança, a plena legitimidade de colmatar o vácuo legislativo, no que pertine à admissão da colaboração premiada, no âmbito do direito administrativo sancionador.

Assim, a especial conformação do injusto penal, com a correspondente tutela dos valores fundamentais de um sistema jurídico, não afasta a consagração do instituto de colaboração premiada no

Brasil e no direito comparado, como forma de, a um só tempo, desbaratar o avanço do crime organizado, assim como estimular que autores do fato delituoso se arrependam, contribuindo para que os órgãos de persecução do Estado minimizem os nefastos efeitos da corrupção que assolam o país.

Partindo dessa premissa e guardados os devidos pressupostos inerentes aos diferentes ramos que compõem o sistema jurídico nacional, não há dúvidas de que o direito Administrativo Ordenador pode admitir, na espécie, a regra excepcional prevista no âmbito do Direito Penal, quando o órgão jurisdicional, fundado no seu livre convencimento motivado (art. 93, IX da CF), reconhece a real contribuição do investigado para o deslinde da investigação, hipótese em que o magistrado, à vista da ausência de regra específica, exercerá sua função de colmatação inerente à atividade jurisdicional.

Outrossim, a aplicação do colaboração premiada no âmbito da Improbidade Administrativa possui outro referencial, não menos importante. Com efeito, a recente alteração legislativa de combate à corrupção, por intermédio da promulgação da Lei Anticorrupção, nº 12.486/2013, admitiu, no âmbito do Direito Administrativo sancionador, o instituto do **acordo de leniência**, que autoriza a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar acordo com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Em seu art. 21, a referida Lei de Anticorrupção prevê expressamente que as respectivas ações de responsabilização judicial pelos atos nela previstos adotarão o rito da ação civil pública, da Lei nº 7.347/85.

Com efeito, essa inovação legislativa passa a integrar o subsistema de tutela dos interesses metaindividuais, ou seja, um “microsistema processual para as ações coletivas”, por meio de Leis que são aplicáveis entre si, naquilo que forem compatíveis.

Assim, apesar da Lei anticorrupção restringir a utilização do acordo de leniência e os seus benefícios às pessoas jurídicas, é certo que o diálogo das fontes confere ao intérprete flexibilidade e dinamismo na aplicação e interpretação de variadas normas jurídicas, a fim de que seja alcançada a finalidade de proteção de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Além disso, inexistiria óbice legal à aplicação desses institutos ao processo civil, diante da regra contida no art. 126 deste diploma processual, que autoriza expressamente o uso da analogia.

Desse modo, a utilização de acordos de cooperação com as investigações é consentânea com os princípios da equidade e de igualdade jurídica, como bem ressaltou o Juiz da 5ª Vara Federal da Seção

Judiciária do Espírito Santo, que admitiu a aplicação desses institutos na ação de improbidade administrativa denominada “Operação Sanguessuga”²³:

Assim, a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta.

De igual sorte, a 2ª Turma Cível, na Apelação interposta no âmbito do processo n.º 2006 01 1 097747-2, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relator Desembargador Sérgio Rocha, embora não tenha aplicado a colaboração premiada na ação de improbidade administrativa em razão da ausência dos pressupostos de incidência, admitiu, expressamente, sua incidência no direito administrativo sancionador.²⁴

Em idêntico sentido, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à corrupção, do Ministério Público Federal²⁵, referendou pedido formulado pela força tarefa LAVA JATO, no que pertine a não submissão do colaborador aos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, em decorrência do termo de colaboração premiada firmado com o investigado.

Portanto, uma vez reconhecida a real contribuição do agente ímprobo ao deslinde da investigação, impõe-se, como decorrência de uma interpretação racional, coerente e sistemática dos subsistemas sancionadores do Estado e com supedâneo no art. 4º da LICC c/c art. 126, do Código de Processo Civil,

²³ Processo n.º 2006.50.01.009819-5, Sentença proferida pela 5ª Vara Federal Cível, do Espírito Santo.

²⁴ APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NULIDADE DE CONTRATOS DA CODEPLAN COM EMPRESAS DE INFORMÁTICA – PROVA DO DOLO – DISPENSA DE LICITAÇÃO - EMERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA – DOLO DAS EMPRESAS CONTRATADAS – CONLUÍO ENTRE AS EMPRESAS PARA BURLAR O PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO – TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – PREJUÍZO AO ERÁRIO – DELAÇÃO PREMIADA – APLICABILIDADE AO PROCESSO PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO. 1. Há nulidade no contrato administrativo firmado sem prévia licitação, ao fundamento de que está configurada situação de emergência (Lei 8.666/93 24 IV) quando esta situação claramente não existiu, uma vez que se trata de continuidade de contratos anteriores e a contratação foi realizada para dar início a novos projetos. 2. Há prova de dolo das empresas que estavam cientes da ausência de situação emergencial para fundamentar a dispensa de licitação e, mesmo assim, firmaram contrato com a Administração Pública. 3. Há dolo das empresas que mediante fraude, burlaram o procedimento de dispensa de licitação e repartiram a execução do contrato e do valor recebido. 4. O dano decorrente da contratação sem prévia licitação, quando ela é exigida, é *in re ipsa*. Precedentes do STJ. 5. Havendo prova de dolo das empresas, bem como de prejuízo ao erário, impõe-se a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário (Lei 8.429/92 10). 6. Tendo em vista os objetivos buscados com a lei que a instituiu, a delação premiada é aplicável ao processo para apuração da prática de ato de improbidade administrativa, desde que presentes os seus requisitos, tais como a eficácia da confissão e da delação de corréus. 7. Rejeitaram-se as preliminares suscitadas, deu-se provimento ao apelo da B. T. S.A. e negou-se provimento as demais apelos.

²⁵ Extrato da Ata da 852ª Reunião Realizada no dia 05 de fevereiro de 2015.

art. 4º, § 4º da Lei n.º 12850/2013 c/c art. 16 e 17 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a aplicação analógica do instituto de Colaboração Premiada aos ilícitos descritos nos arts. 9ª, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, em considerações finais, guardados os devidos pressupostos inerentes aos diferentes microssistemas que compõem o regime jurídico brasileiro, não há dúvidas de que o direito Administrativo Ordenador pode admitir, na espécie, a regra excepcional prevista no âmbito do Direito Penal, quando o órgão jurisdicional, fundado no seu livre convencimento motivado (art. 93, IX da CF), reconheça a real contribuição do investigado para o deslinde da investigação, hipótese em que o magistrado, à vista da ausência de regra específica, exercerá sua função de colmatação inerente à atividade jurisdicional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5. Reformatação da Lei de Licitações

Para além das modificações no sistema de repressão, tem-se por necessária a discussão acerca de outros pontos no ordenamento jurídico a permitir a prática de atos corruptos e desviados. De todos os espaços de regulação, o que se apresenta mais frágil e a demandar reforma é a Lei de Licitações. Evidente que o espaço deste trabalho se faz insuficiente para exame detido acerca de todas as particularidades da Lei 8.666/93 a permitir a ocorrência de ilícitos contra o patrimônio público. De qualquer sorte, a que não se perca a oportunidade, faz-se menção a dois pontos que parecem sobretudo importantes.

Por primeiro, é urgente se estabeleça modificação a alcançar a modalidade “convite” prevista na Lei Geral das Licitações. É que diante da revolução das comunicações havida nos últimos vinte anos, não parece razoável se permita que a administração siga a realizar contratações em que os licitantes são, preferencialmente, aqueles convidados pelo ente público a oferecer propostas. Assim porque, mesmo se admita a possibilidade de que outros não convidados participem do certame, a forma de publicidade estabelecida pela lei, fixação do convocatório em espaço público, certamente não garante haja amplitude da competição e facilita toda a sorte de acordos espúrios ou liberalidades ilícitas. Sugere-se, então, haja a simples supressão da modalidade de convite, fazendo-se com que os competitórios submetidos aos limites ali estabelecidos sejam realizados por meio da modalidade de “tomada de preço” ou “pregão”.

Por segundo, é preciso estabelecer mecanismos de controle das modificações contratuais, especialmente as que se dão ao aumento do valor licitado. Sugere-se, assim, a inserção de comando a determinar que o aumento do valor dos contratos somente possa se dar a partir de necessidade superveniente que venha a ser justificada por instrumento próprio no correr da execução. É importante, também, discriminar que tal superveniência há de decorrer de mudança imprevisível das circunstâncias de fato que deram azo ao ajuste, pena de responsabilidade pessoal do ordenador de despesa que vier a subscrever eventual aditivo. Tal inserção se justifica dada a necessidade de que se previnam sucessivas alterações contratuais de modo a permitir o aumento de valores de obras e serviços por conta da simples negligência de parte do agente público ao formatar o projeto básico de determinada licitação. Em outras

palavras, nas situações em que não se verificar superveniência de fato imprevisto, a única forma de se garantir o trato probo da administração é determinar a repetição do processo licitatório.

4.6. Modificação na Lei de Transparência.

A Lei de Transparência é, certamente, o maior avanço em termos de eficiência para o enfrentamento dos ilícitos contra o poder público. Contudo, passados os primeiros anos de sua vigência, é preciso realizar diagnóstico de seu funcionamento e dar-lhe eventuais correções. A esse respeito, há de se apontar, num primeiro momento, a não adesão de grande parte dos municípios às obrigações da Lei. Ao depois, de se apontar a falta de uniformidade das informações prestadas, circunstância que dificulta o entendimento e a compreensão do cidadão acerca das informações disponibilizadas.

Levando em conta esses achados, a sugestão é que a União trate de estabelecer portal próprio a demandar dos Municípios e dos Estados a alimentação com seus dados de transparência de acordo com padrões preestabelecidos. Sugere-se, ainda, que tais alimentações se deem a partir de exigências paulatinas, mas que se principie com itens mínimos, tais quais informações acerca dos empenhos emitidos, liquidados e pagos, licitações e contratações em curso. Sugere-se, por derradeiro, que a prestação dessas informações seja estabelecida por exigência a que celebrados convênios com a União, de modo a que gerada verdadeira inadimplência em termos de transparência.

4.7. Modificação na Lei de Responsabilidade das Empresas.

O mesmo raciocínio utilizado acerca da Lei de Transparência há também de servir para a recente Lei de Responsabilidade das Empresas, Lei 12.846/2013. Fala-se, com efeito, de tentar atender algumas objeções levantadas pelos comentaristas acerca da nova legislação e tratar de debelar algumas das dúvidas surgidas, de modo a que sua eficiência seja intensificada.

O primeiro dos pontos se refere à circunstância de se saber se as sanções previstas na Lei 12.846/13 são também aplicáveis às pessoas físicas. Convém recordar que nos casos de possíveis ilícitos praticados sem a participação de agentes públicos, haveria a certa aplicação das penalidades desta Lei às pessoas jurídicas, aplicando-se às pessoas físicas apenas as sanções penais. De modo a que as pessoas físicas recebam também as sanções cíveis previstas na lei – evidentemente no que forem cabíveis – bastaria simples inserção de § 1º no primeiro dispositivo com redação a apontar que *as pessoas físicas também serão na forma desta lei quando concorrerem para as práticas proibidas, aplicando-se-lhes as sanções cominadas no que for cabível.*

Ademais, considerando-se a técnica escolhida para a construção dos tipos de proibição, a consistir na enumeração exaustiva das práticas sancionadas – o que se reputa por escolha acertada – traz-se por

sugestão a necessidade da previsão de ainda outra forma de ilícito a consistir na proibição da se induzir ou manter a administração pública erro, mediante artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento, para a obtenção de vantagem financeira. Cuida-se de figura assemelhada à do estelionato e que, se inserida por inciso no artigo 5º da Lei 12.846/13, teria função importante a reprimir condutas praticadas nos contatos econômicos realizados por atores privados com a administração pública.

5. CONCLUSÕES :

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

1.1 – Majoração das reprimendas e adaptação de conformações típicas:

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

1.3 – Impossibilidade da substituição das penas privativas de liberdade nos casos de crimes contra a administração pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5. Reformatação da Lei de Licitações.

4.6. Modificação na Lei de Transparência.

4.7. Modificação na Lei de Responsabilidade das Empresas.

Porto Alegre, 01 de abril de 2015.