

BOLETIM

Edição 5 | 2022

A prescrição intercorrente

na nova Lei de Improbidade Administrativa

Em colaboração com Marcelo Zenkner, sócio nas áreas de Direito Administrativo e Projetos Governamentais e de Compliance e Investigação de TozziniFreire Advogados

Desde a entrada em vigor das alterações operadas na Lei de Defesa da Probidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, o instituto da prescrição tem se revelado como um dos mais polêmicos.

É verdade que o modelo anteriormente concebido precisava passar por uma reformulação, eis que o prazo prescricional de cinco anos começava a correr da data do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ou, não sendo esse o caso, da data em que o fato viesse a se tornar conhecido (redação revogada dos incisos I e II do artigo 23 c/c § 1º do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990).

Desse modo, se, por exemplo, um prefeito municipal praticasse um ato de improbidade no primeiro ano de seu mandato e viesse a ser reeleito, a respectiva ação de improbidade poderia ser proposta em até doze anos após o fato. Já em relação aos atos de improbidade praticados por funcionários públicos efetivos, fossem eles descobertos décadas depois, ainda assim haveria a possibilidade de propositura de uma ação para aplicação das respectivas sanções se tal viesse a acontecer dentro do lapso temporal de cinco anos, contado do conhecimento pela autoridade pública.

É claro que esse longo decurso de tempo gerava uma série de embaraços, tanto para a autoridade pública responsável pela persecução sancionatória, que tinha imensas dificuldades de coletar provas razoáveis e satisfatórias para deflagrar o processo, como também para a defesa, que era gravemente prejudicada pela natural dificuldade de resgatar elementos fáticos e probatórios muitos anos após a conduta.

Por essas razões, o novo “caput” do artigo 23 passou a prever uma regra única, qual seja, a de que a ação para a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Os efeitos da prescrição, dessa maneira, passam a ser atrelados, em primeiro lugar, ao dever da administração pública de fiscalizar os atos de seus próprios agentes e, se for o caso, detectar em tempo oportuno a ocorrência do ilícito, coletar as provas e iniciar o processo sancionatório cabível. Não é por outro motivo que o prazo de prescrição, inclusive, interrompe-se pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa (inciso I do § 4º do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992).

A nova lei, entretanto, criou um novo dever para aquele que promove a ação e, também, para o julgador: o de zelar pela garantia constitucional fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. Isso porque, doravante, uma pessoa somente poderá ser ver condenada por improbidade administrativa se a decisão de procedência do pedido formulado na inicial for proferida no prazo de 4 (quatro) anos contados da propositura da ação (§ 5º do artigo 23), seja em 1ª ou em 2ª instância.

Talvez esteja aí um dos pontos mais críticos da reforma da Lei de Defesa da Probidade Administrativa: a sentença de improcedência da pretensão exordial não possui o condão de interromper a contagem do prazo prescricional, mas sim apenas e tão somente aquela que tiver caráter condenatório (inciso II do § 4º do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992).

Isso significa, em outras palavras, que, se por um acaso o Magistrado de 1º Grau julgar improcedente a pretensão punitiva, muito provavelmente a prescrição intercorrente produzirá os seus efeitos, eis que não haverá tempo hábil, dentro do quadriênio legal, para apresentação do recurso de apelação, intimação e apresentação de contrarrazões, remessa ao respectivo tribunal estadual ou federal, distribuição, análise pelo relator e julgamento pelo colegiado em 2ª instância.

Da mesma maneira, um acórdão de tribunal estadual ou federal que reformar sentença condenatória em ação de improbidade administrativa não terá o poder de interromper a contagem do prazo prescricional e, da mesma maneira, muito provavelmente o prazo de quatro anos, contado da prolação da decisão de 1º grau, será superado antes da decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal em caso de interposição de recursos especial e/ou extraordinário (incisos III, IV e V do § 4º do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992).

De acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015, com relação ao tempo decorrido entre a data de ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa e seu respectivo julgamento, foi observada a média de 1.548,63 dias (4,24 anos) com um desvio padrão de 8,93 dias¹. É verdade que a Lei nº 14.230/2021 aboliu o juízo de prelição antes previsto para o procedimento das ações de improbidade, mas, por outro lado, elevou para 30 (trinta) dias o prazo para que os requeridos a contestem. Além disso, o novo § 7º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 agora prevê expressamente que, quando houver mais de um réu, o dia do começo do trintidário legal somente começará a fluir a partir da comprovação da efetiva citação do último réu (§ 1º do artigo 231 do CPC).

Ora, ações por ato de improbidade administrativa são complexas e normalmente possuem no polo passivo dezenas de requeridos, o que naturalmente gera embaraços para a devida citação. Se forem considerados também os problemas naturais da instrução, seja em relação à produção da prova pericial, seja em relação à notificação e oitivas das testemunhas de todos os requeridos, mesmo para prolação de uma sentença condenatória haverá sérias dificuldades para observância do prazo de quatro anos afeto à prescrição intercorrente.

Desse modo, é negável a constatação de que, a partir de uma boa intenção no sentido de corrigir uma falha que era evidente na redação originária, a reforma da Lei nº 8.429/1992 acabou gerando em favor da defesa um leque de possibilidades enorme que, certamente, poderá ser utilizado legitimamente ao longo da tramitação processual.

¹ Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida, et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

O QUE DECIDEM NOSSOS TRIBUNAIS

STJ reafirma a necessidade de imparcialidade do juiz

No início de maio, ao julgar o Habeas Corpus nº 726.749/SP, o STJ decidiu anular uma ação penal a partir da audiência de instrução, determinando a respectiva renovação do ato em razão de comportamento considerado exacerbado por parte da juíza da causa, durante a inquirição de testemunha. No caso concreto, a magistrada teria elaborado cinco vezes mais perguntas que o representante do Ministério Público (257 contra 54, respectivamente).

Segundo as diretrizes do sistema processual acusatório, implementado no Brasil com a Constituição da República de 1988, o protagonismo na produção de provas é assegurado às partes, e não ao juiz. Nesse contexto, a iniciativa probatória do julgador, se necessária, destina-se somente a esclarecimentos de pontos duvidosos depois de encerrada a inquirição das partes.

Ainda, de acordo com a jurisprudência do STJ e à luz do artigo 212 do Código de Processo Penal, durante a audiência de instrução as perguntas devem ser formuladas diretamente pelo Ministério Público e pela Defesa, podendo o juiz questionar pontos não esclarecidos complementarmente. Ocorre que, no presente caso, observou-se que a magistrada ocupou o papel previsto às partes.

O ministro relator Sebastião Reis Júnior, a partir da leitura da transcrição da oitiva da vítima, constatou que a juíza da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP “não exerceu a indispensável equidistância durante a audiência de instrução e julgamento”.

O ministro verificou também que em ação penal conexa, contra o mesmo acusado que tramitava na mesma vara criminal da comarca, atitude semelhante já havia sido registrada. No outro caso, o STF, por oportunidade do julgamento do HC nº 187.035/SP, já havia afirmado que o magistrado não pode “ser o protagonista do ato de inquirição e tomar para si o papel de primeiro questionador das testemunhas, mesmo porque compete às partes a comprovação do quanto alegado”.

Nessa linha, o ministro Sebastião destacou por fim outra decisão do STF (HC nº 202.557/SP) que destaca que o papel ativo do juiz na produção probatória acarreta a quebra da imparcialidade do Poder Judiciário. Com esses fundamentos, identificando que no presente caso houve flagrante ilegalidade, reconheceu-se a nulidade da ação penal com a necessária renovação da audiência de instrução.

Para STJ, sequestro de bens voltado ao ressarcimento de prejuízo causado por crime tributário pode recair sobre bens lícitos da empresa

Ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 67.164/MG, o STJ decidiu que o sequestro de bens de pessoa jurídica cujos sócios são acusados de crime contra a ordem tributária, decretado nos termos do Decreto-lei nº 3.240/1941, pode atingir bens lícitos da empresa, inclusive aqueles adquiridos antes da suposta prática de sonegação fiscal.

O RMS foi interposto por empresa que teve 7 (sete) imóveis sequestrados por decisão da 1ª Vara Criminal de Santa Luzia/MG – decisão esta mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, nos autos de ação penal no âmbito da qual seus sócios foram denunciados por suposta supressão de ICMS em valor superior a 12 milhões de reais.

Vale destacar que a medida de sequestro atingiu bens de pessoa jurídica considerada “sucessora” da empresa efetivamente autuada pelo Fisco, o que se justificou nas circunstâncias fáticas de que o sócio majoritário e administrador da empresa sucessora é um dos acusados do crime de sonegação fiscal, tratando-se ainda de pessoas jurídicas com objeto societário similar.

Sustentou a empresa recorrente que não caberia o sequestro de bens de origem lícita, adquiridos anos antes da suposta sonegação fiscal e, portanto, sem relação alguma com o alegado crime. Além disso, alegou que não haveria indícios de dilapidação patrimonial ou qualquer outro elemento concreto a justificar a medida com base em real urgência (*periculum in mora*), inexistindo razão para a imposição da medida restritiva em relação a terceiro que sequer teve participação nos eventos supostamente ilícitos.

No entender do STJ, contudo, a medida de sequestro deferida com base no Decreto-Lei nº 3.240/1941 pode recair sobre quaisquer bens e não apenas sobre aqueles de origem ilícita, pouco importando, portanto, se tais bens foram adquiridos antes ou depois da prática criminosa, se são produto do crime, ou se foram adquiridos por bens da infração. Para a decretação da medida, bastaria a existência de indícios de crime perpetrado em prejuízo da Fazenda Pública, prescindindo-se inclusive da demonstração do *periculum in mora*.

ANPP em pauta: para STJ Acordo de Não Persecução Penal não é direito subjetivo do acusado

Tema recorrente em nossos Boletins, o novel ANPP tem sido alvo de inúmeras discussões nos Tribunais pátrios.

A bola da vez é o Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 161.251, de relatoria do min. Ribeiro Dantas, no qual a Sexta Turma reafirmou o entendimento de que não pode o Judiciário intervir para obrigar o oferecimento de proposta de ANPP caso a recusa do Ministério Público esteja devidamente fundamentada.

Trata-se de recurso apresentado pela defesa de um empresário acusado de corrupção ativa no âmbito da Operação Carne Fraca, deflagrada em 2017. Quando da publicação do Pacote Anticrime em 2019, responsável por introduzir o ANPP na legislação pátria, a denúncia oferecida contra o empresário já havia sido recebida pelo juiz de primeira instância, o que motivou o Ministério Público Federal (MPF) a não propor o acordo, dando prosseguimento à ação penal.

A recusa na propositura do ANPP foi fundamentada em jurisprudência dos Tribunais Superiores de que, nos casos já em curso quando da introdução do instituto no ordenamento jurídico, a incidência do instituto retroage apenas até o recebimento da denúncia criminal, bem como que, na situação em concreto, a celebração de eventual acordo não seria suficiente para reprovocar e prevenir a prática criminosa.

No recurso ao STJ, a defesa aduziu que a mera consideração acerca da gravidade concreta do delito não deve ser considerada fundamentação idônea a justificar a recusa no oferecimento do acordo. Em relação ao momento adequado para a propositura, sustentou que a irretroatividade do ANPP em ações penais vai de encontro aos entendimentos já acumulados em relação aos demais institutos despenalizadores, sobretudo o de que eventuais desclassificações no curso da ação penal podem ensejar a aplicação de benefícios como a suspensão condicional do processo.

A Sexta Turma, porém, considerou a fundamentação idônea e optou por não dar provimento ao recurso, reafirmando que o ANPP não é direito subjetivo do acusado, mas sim discricionariedade do órgão acusatório.

O QUE SAU NA MÍDIA

O debate jurídico trazido pela ADC 51

Em um contexto de crescimento significativo do uso da internet para a prática de crimes, o plenário do Supremo Tribunal Federal deve decidir, durante o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 51 (ADC 51), se os mecanismos de cooperação internacional previstos pela lei brasileira para a obtenção de provas em território estrangeiro (cartas rogatórias e Acordo de Assistência Jurídico-Penal entre Brasil e Estados Unidos — MLAT) são constitucionais e, caso o sejam, se são instrumentos de utilização obrigatória pelas Cortes brasileiras para a obtenção do conteúdo de comunicações privadas armazenadas no exterior por provedores de aplicações de internet (conceito em que se enquadram, entre outros, os provedores de redes sociais, e-mails e hospedagem de sites).

Para além da questão constitucional direta, o debate também advém da interpretação do artigo 11, caput, parágrafos primeiro e segundo, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet ou MCI), o qual prevê que a lei brasileira se aplica em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, bem como nos casos em que tais atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior que preste serviço ao público brasileiro, ou em que pelo menos uma empresa integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Se por um lado se argumenta que por essa disposição a utilização dos procedimentos de cartas rogatórias ou aqueles previstos nos mecanismos de cooperação internacional estariam dispensados; por outro, também é feita a leitura de que o próprio dispositivo menciona a obediência à lei, sendo a carta rogatória o meio adequadamente previsto para a hipótese ou mesmo o procedimento descrito no acordo de cooperação, gerando incerteza no ordenamento jurídico por Decreto Legislativo, com força de lei (artigo 59, VI, CF). Ou seja, a própria lei brasileira prevê os mecanismos de cooperação internacional como instrumentos necessários à obtenção de provas no exterior. O parágrafo 2º do artigo 10, do Marco Civil da Internet, também reforça esse ponto, trazendo a exigência de se seguir as hipóteses “e a forma que a lei estabelecer”.

A questão é relevante porquanto eventuais ordens judiciais que não obedeçam esse rigor legal podem sujeitar o provedor que possua filial ou escritório no Brasil, mas que não tenha qualquer ingerência sobre a operação da plataforma, a eventuais penalidades por descumprimento.

Trata-se de situação que não tem previsão legal expressa. O MCI apenas prevê a guarda obrigatória dos chamados registros de acesso (IP atrelado a uma data e horário) pelo prazo de 6 meses. As poucas disposições acerca de conteúdo ou outros dados não impõem qualquer obrigação de guarda ou fornecimento, mas apenas e tão somente a obediência às regras de proteção da privacidade, nas hipóteses em que ocorrer eventual tratamento.

Assim, o artigo 11 do MCI não afirma que as decisões da Justiça brasileira serão aplicadas diretamente aos provedores localizados no exterior, tampouco que as autoridades brasileiras a cargo da persecução penal estarão autorizadas a coletar provas diretamente em território estrangeiro ou a executar medidas investigativas no exterior.

A questão levada ao debate, portanto, não pode passar ao largo do fato de que a lei brasileira não exige a guarda de conteúdo e de que, em razão disso, não pode ser usada como argumento para exigir de empresas brasileiras sem ingerência sobre servidores estrangeiros mecanismos de cumprimento direto de ordens judiciais, quebrando o sigilo de dados não salvaguardados pela lei. É mais, que muitas vezes estão protegidos por legislações estrangeiras sob o aspecto da privacidade.

Resalte-se que grande parte dos provedores de aplicações encontram-se sediados nos Estados Unidos da América, submetendo-se ao Stored Communications Act, legislação que, fora das hipóteses de exceção expressamente previstas em lei, veda a disponibilização de dados de comunicação privada armazenados no país sem que, para tanto, exista uma ordem emitida por autoridade judicial norte-americana.

Não à toa, nessas hipóteses, argumenta-se que a observância dos procedimentos de cooperação internacional é indispensável para que o provedor de aplicações estrangeiro possa disponibilizar o conteúdo de comunicações privadas às Cortes brasileiras sem violar as leis do país em que está sediada. O próprio MCI, em seu artigo 10, caput, prevê que a guarda e disponibilização de dados pessoais e de conteúdo de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade e vida privada dos usuários e demais partes envolvidas, tratando-se de garantias constitucionais expressamente acolhidas pelo MCI como princípios norteadores do uso da internet no país.

Desse forma, entendemos que nos casos em que o provedor responsável pela guarda – para a ordem deve ser dirigida, nos exatos termos do artigo 10, primeiro parágrafo, do MCI – não for a subsidiária brasileira, mas sim o servidor estrangeiro, devem ser observados os mecanismos de cooperação jurídica internacional regulares estabelecidos pela legislação pátria (cartas rogatórias ou acordos de cooperação mútua).

O julgamento da ADC, de caráter vinculatório, deverá colocar um ponto final nessa discussão.

Este boletim é um informativo produzido pela equipe de Direito Penal Empresarial de TozziniFreire Advogados

Tozzini Freire
ADVOGADOS

Sócia responsável pelo boletim:

☒ Isadora Fingermann

www.tozzinifreire.com.br