

TozziniFreire.
ADVOGADOS


Boletim

Penal Empresarial.

4ª Edição | 2024

Este boletim é um informativo da área de **Penal Empresarial** de TozziniFreire Advogados.

SUMÁRIO

Clique na notícia e navegue
pelo documento 

**/STF reforça a inadmissibilidade do uso de
provas ilícitas**

**/A atuação da vítima na investigação
criminal**

**/Terceiro delatado pode acessar as
gravações das tratativas de acordo de
colaboração premiada?**

**/Combate à lavagem de dinheiro: o ouro
em foco**

STF reforça a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas

No Recurso Extraordinário nº 1.316.369, que discute a repercussão do uso de provas obtidas em processo penal na esfera administrativa (Tema 1238), o ministro Gilmar Mendes reiterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da inadmissibilidade, em qualquer âmbito ou instância decisória, de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário.

O Recurso foi interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) contra decisão que declarou a nulidade de processo administrativo que resultou na condenação de empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por suposta formação de cartel, devido a provas obtidas, direta ou indiretamente, de interceptações telefônicas declaradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STF já havia negado provimento ao Recurso salientando que o uso de provas declaradas ilícitas por qualquer órgão administrativo *“corresponderia a um grave atentado contra a literalidade do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais”*.

Assim, esse novo julgamento resultou na fixação da seguinte tese: **São inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário.**

O CADE sustentou, por intermédio de embargos de declaração, que a discussão deveria ser aplicável apenas às hipóteses em que a prova teria derivado, unicamente, de outras declaradas ilícitas por decisão judicial, sem obstar o uso daquelas obtidas por uma fonte independente da eivada de ilicitude. O ministro Gilmar Mendes ressaltou a ideia de que o devido processo legal norteia a atividade probatória em qualquer instância da Administração Pública e, assim, seria evidente a validade da prova contestada quando independente de prova considerada ilícita na esfera criminal. No caso concreto, todavia, o min. Gilmar Mendes entendeu que não teria sido demonstrado que os demais indícios fáticos de que o CADE dispunha seriam suficientes para a comprovação do aludido cartel em fontes independentes, de modo que a condenação administrativa se baseou em provas manifestamente nulas.

A decisão do STF demonstra a abrangência da regra constitucional que veda o uso de provas ilícitas em qualquer situação que possa prejudicar o cidadão, seja ela criminal ou não. O voto do min. Gilmar Mendes certamente terá ampla repercussão prática, em especial nos diversos processos administrativos sancionadores (tributário, antitruste, anticorrupção) que foram iniciados com base em elementos de prova considerados ilícitos pelo Poder Judiciário, como no caso da Operação Lava Jato.

Terceiro delatado pode acessar as gravações das tratativas de acordo de colaboração premiada?

No Recurso Especial nº 1954842 - RJ, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou o entendimento de que o **terceiro delatado tem o direito de acessar as gravações das tratativas relacionadas ao acordo de colaboração premiada, incluindo a audiência de homologação do acordo pelo juiz.**

Segundo o ministro relator Rogério Schietti Cruz, esse acesso permite a verificação da legalidade, da regularidade e da voluntariedade do colaborador ao assinar o acordo de colaboração. O Recurso foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra a decisão que teria concedido a réu delatado a liberação do acesso aos vídeos e Atas das audiências realizadas com colaboradores, cujos acordos favoreceram o oferecimento de denúncia contra o terceiro delatado. O MPF sustentou, em suma, que **(i)** o réu delatado não teria legitimidade para questionar a validade de acordo de colaboração premiada; **(ii)** a audiência de homologação do acordo seria sigilosa; e **(iii)** a divulgação das tratativas facilitaria a prática de “*fishing expedition*”, isto é, de uma investigação especulativa a respeito da validade do acordo.

A 6ª Turma do STJ, no entanto, reforçou que, na medida em que o **acordo é capaz de impactar severamente a esfera jurídica do terceiro delatado**, é natural que este tenha o interesse e a legitimidade para contestar não somente o conteúdo dos documentos, como a forma sob a qual eles aportaram aos autos. Segundo reiterou o STJ na linha do que decidiu o STF no Habeas Corpus 127.483, o acordo de colaboração premiada tem natureza jurídica híbrida, sendo tanto um negócio jurídico processual como um relevante meio de obtenção de prova.

Em relação ao sigilo das tratativas do acordo, o ministro Schietti entendeu que não há regra perpétua sobre a restrição de publicidade de tais atos, tratando-se de medida aplicada para preservar o momento da investigação. Assim, após o oferecimento de denúncia, o sigilo dos documentos constantes dos acordos de colaboração premiada não seria mais necessário. Ao negar provimento ao Recurso do MPF, o min. Schietti destacou que a concessão do referido acesso “*não significa legitimar indevida ‘pescaria probatória’, mas apenas garantir o mero respeito aos basilares princípios da publicidade dos atos estatais, da ampla defesa e do contraditório*”.

A atuação da vítima na investigação criminal

A efetiva participação da vítima no processo penal é fundamental e cada vez mais valorizada pela legislação nacional e internacional. Sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que a **não participação da vítima no curso da ação penal viola o princípio constitucional do devido processo legal** (Agravo em Recurso Especial nº 1.700.368).

Esse entendimento foi adotado no âmbito da ação penal que apura o furto milionário na sede do Banco Central em Fortaleza, mas aproveita a processos criminais em geral. O ministro Messod Azulay Neto, relator do caso no STJ, destacou que, historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro valoriza a figura do assistente de acusação, no que é seguido pela comunidade internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já **estabeleceu a importância da vítima e seus familiares na condução da investigação e da persecução criminal**. Nesse contexto normativo, segundo o acórdão, não se pode impedir a habilitação em processo cujo propósito afeta interesses do ofendido, sob pena de lesão ao exercício do contraditório, ao devido processo legal e ao próprio princípio do acesso à justiça.

Com esse entendimento, o ministro Azulay Neto cassou acórdão que negou provimento ao Recurso Especial nº 1.700.368 em que se discutia a indevida liberação de bens da ré em procedimento que, além de não contar com a presença da vítima, prejudicaria a possibilidade de esta ser ressarcida pelos danos sofridos.

Ao ressaltar que a tutela jurisdicional efetiva pressupõe a participação da vítima no processo penal, tendo em vista o seu inafastável interesse no resultado a ser atingido e a possibilidade de concreta contribuição em relação à produção da prova, o STJ reforça o papel da vítima e de seus advogados no processo penal, em um movimento que tem ganhado contornos cada vez mais visíveis do Direito Penal Empresarial.



O QUE SAIU NA MÍDIA

“Combate à lavagem de dinheiro: o ouro em foco” é o título do artigo publicado pela sócia Isadora Fingermann e pela advogada sênior Carolina de Queiroz Franco Oliveira, da equipe de Penal Empresarial de TozziniFreire. Publicado no último 28 de junho no JOTA, o texto aborda o cenário brasileiro e internacional na prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo envolvendo operações com ouro. Confira!

Combate à lavagem de dinheiro: o ouro em foco

Estratégia americana busca promover maior rigor nas diligências relacionadas à indústria do ouro

Nos últimos anos, diversas foram as alterações legislativas visando a prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e o combate ao financiamento do terrorismo (CFT). A Lei nº 9.613/1998, com redação modificada em 2003, 2012, 2019, 2020, 2021 e 2022, estabelece quais pessoas físicas e jurídicas estão sujeitas aos mecanismos de controle relacionados aos mencionados delitos¹, bem como as suas obrigações em relação às comunicações de operações financeiras suspeitas aos órgãos reguladores².

As normativas regulatórias têm acompanhado as alterações legislativas mencionadas com outras tantas complementações em relação aos reportes de operações suspeitas

aos órgãos de controle, sendo que, dentre as atividades ligadas ao meio ambiente, as operações com ouro ganharam destaque.

Essa preocupação não é exclusividade do Brasil. Em meados do ano passado, o Departamento de Estado do governo norte-americano emitiu um comunicado em que destaca as oportunidades e os riscos específicos advindos do comércio de ouro na África, bem como incentiva a adoção de maior rigor nas diligências realizadas pelos participantes da indústria em relação à vinculação do garimpo de ouro com corrupção, contrabando, direitos humanos e abusos laborais, além de danos ambientais³, sugerindo a adesão às orientações da Organização para Cooperação

1 Artigo 9º da Lei nº 9.613/1998.

2 Artigo 10 da Lei nº 9.613/1998.

3 GLOBAL COMPLIANCE NEWS. US Government Publishes Africa Gold Advisory. Global Compliance News, 2023. (<https://www.globalcompliance-news.com/2023/07/12/https-sanctionsnews-bakermckenzie-com-us-government-publishes-africa-gold-advisory-07072023/>)

e Desenvolvimento Econômico (OCDE) centradas na comercialização do minério⁴.

Tramita no Senado dos EUA um projeto de lei visando estabelecer e implementar uma estratégia plurianual no Hemisfério Ocidental para combater o financiamento e o enriquecimento dos intervenientes envolvidos na mineração, tráfico e comercialização ilícitos de ouro⁵.

A mencionada estratégia pretende promover maior rigor nas diligências relacionadas à indústria do ouro, sobretudo o aperfeiçoamento dos métodos de comercialização da mineração artesanal e em pequena escala, muitas vezes relacionada a atividades ilícitas e realizada em áreas de preservação ambiental. Se aprovada, eventuais pessoas que controlam, financiam ou participam da mineração ou comércio ilícito de ouro poderão ser impedidas de acessar o território, os mercados e o sistema financeiro dos Estados Unidos, bem como ter suas atividades suspensas naquele país.

Atrelados à questão ambiental, são objetivos da proposta do projeto de lei norte-americano, dentre outros, uma atuação estratégica no combate à corrupção e na intensificação do apoio às unidades de inteligência

financeira, agências alfandegárias e outras instituições governamentais focadas no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento de atividades criminosas e do terrorismo para que consigam exercer um controle consistente em face das atividades de mineração ilícita de ouro.

Nessa mesma trilha, o Parlamento Europeu aprovou um pacote de leis de PLD/CFT, que estabelece novas regras a respeito das diligências a serem realizadas em relação ao comércio de metais e pedras preciosos⁶.

O Banco Popular da China criou a Bolsa de Ouro de Xangai, responsável pela negociação, compensação, entrega e armazenamento de ouro, prata e platina, que determina que seus membros devem assegurar a legitimidade da origem e do destino dos ativos, por meio da conferência de documentação pertinente, além de verificar e registrar as operações realizadas por seus clientes⁷.

Voltando ao contexto brasileiro, em 2023 o relatório de avaliação do GAFI⁸ sobre o Brasil alertou que, segundo a Agência Nacional de Mineração (ANM), a produção ilegal de ouro gira em torno de 15 a 20 toneladas por ano, com um valor estimado de R\$ 5,5 bilhões

4 Orientações para Cadeias de Abastecimento Responsáveis de Minerais de Áreas Afetadas por Conflitos e de Alto Risco. (<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>)

5 (<https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/797/text>)

6 JOUR-SCHROEDER, Alexandra. Finance.EC, 2024. Anti-money laundering. (https://finance.ec.europa.eu/news/anti-money-laundering-2024-04-24_en)

7 (https://en.sge.com.cn/eng_rules_Other)

8 O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um corpo intergovernamental e independente que desenvolve e promove políticas de PLD/CFT. (<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fsrb-mer/Brasil-RELAT%C3%93RIO-DE-AVALIA%C3%87%C3%83O-M%C3%9ATUA-2023.pdf.coredownload.inline.pdf>)

(aproximadamente US\$ 1,1 bilhão), e destacou a ausência naquele momento de regulamentação eficaz sobre PLD/CFT para esta indústria, mesmo diante da existência de três órgãos diferentes de controle: o Banco Central do Brasil para o setor de Distribuidores de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM), que são empresas do setor financeiro autorizadas a adquirir ouro de mineradores no Brasil, a ANM para o setor de mineração e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para os distribuidores comerciais de joias.

Dessa forma, foram editadas a Resolução ANM nº 129/2023, que recai sobre as obrigações a mineradores, a Instrução Normativa RFB nº 2.138/2023, que trata do registro de operações envolvendo o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, e a Instrução Normativa BCB nº 406/2023, relacionada à compra de ouro por instituições financeiras.

Vale destacar que a Lei nº 12.844/2013 presume a boa-fé da declaração do adquirente de ouro, de tal modo que é suficiente que um garimpeiro individual ou cooperativa informem que a origem do minério é de lavra legalizada para que seja considerado lícito.

Contudo, a nova Instrução Normativa BCB nº 461/2024 incluiu na Circular BCB nº 4.001/2020 uma relação de operações e situações suspeitas que deverão ser reportadas ao COAF, relacionadas à primeira aquisição de ouro, como por exemplo: proposta de venda **(i)** com pagamento em espécie, **(ii)** com pagamento a terceiro, sem indicação do título minerário de origem ou com título inativo, **(iii)** referente a ouro proveniente de áreas caracterizadas por elevados índices de desmatamento ilegal, **(iv)** com resistência no fornecimento de informações acerca da origem do produto, dentre outros. Será necessária, ainda, a adequação de diversa documentação.





Sócios responsáveis pelo boletim

 Isadora Fingermann

 Rodrigo de Grandis