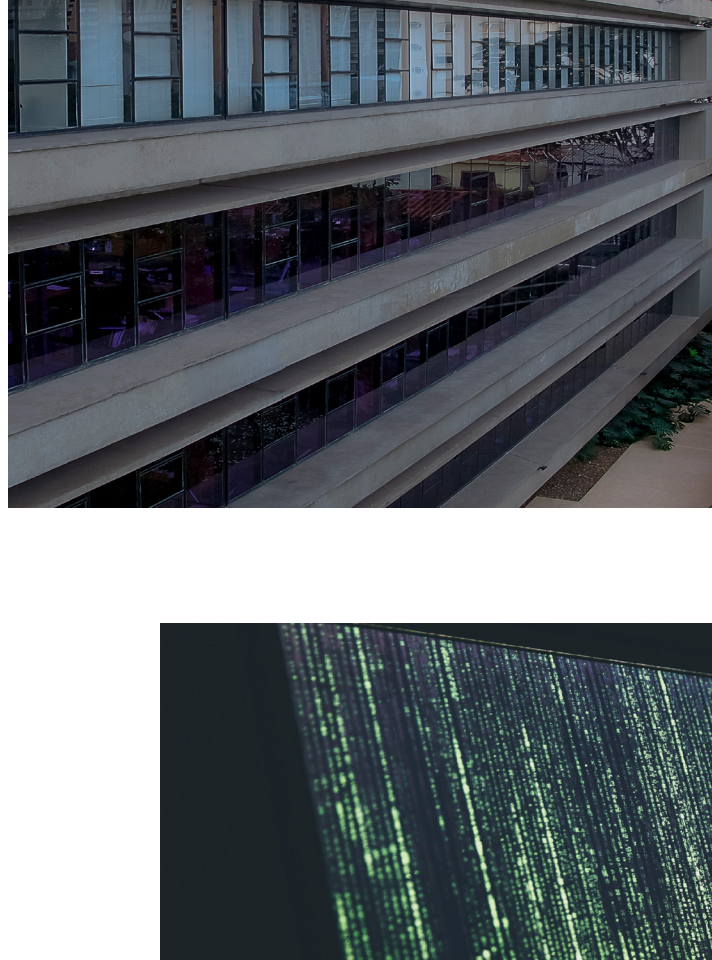


BOLETIM

Edição 1 | 2022

SOBRE NÓS



O Direito Penal sempre despertou interesse, mesmo entre aqueles que o tem distante de seu cotidiano. Casos penais de repercussão reiteradamente estampam os jornais de circulação nacional e invadem nossas conversas cotidianas, cujo desenrolar não raro é compartilhado por mídias sociais ou em grupos de conversas privadas, pautando discussões muitas vezes apaixonadas.

Há pouco menos de uma década a população passou a acompanhar debates jurídicos travados pelos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões muitas vezes definem os rumos políticos e econômicos do país.

Entender o Direito Penal, o processo penal e os precedentes que se acumulam no noticiário passou a ser imprescindível, não apenas para auxiliar na compreensão de um mundo que nos cerca enquanto cidadãos, mas também para guiar decisões empresariais cotidianas.

Fraudes financeiras se acumulam no dia a dia de empresas, impulsionadas pela internet e todas as formas de criminalidade cibernética que dela decorrem, impingindo prejuízos gigantescos às pessoas jurídicas. Grupos empresariais multinacionais e novas oportunidades econômicas que se multiplicam a cada ano, permeadas de estruturas financeiras cada vez mais complexas, exigem a compreensão dos temas de Direito Penal mais relevantes.

Para garantir que nossos clientes e parceiros estejam sempre atualizados sobre as principais questões de Direito Penal que vêm invadindo a vida empresarial nos tempos atuais, a equipe de Penal Empresarial de TozziniFreire desenvolveu esta Newsletter, que chegará a você todo mês. Esperamos que goste!

LEGISLAÇÃO

Com a promulgação do Decreto Legislativo nº 37/2021, o Brasil aderiu formalmente à **Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético**. A Convenção já reúne mais de 60 países, incluindo Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile e Colômbia, servindo de parâmetro para a criação de tipos penais e de regras processuais voltados ao enfrentamento de crimes praticados na internet, e também para uma maior cooperação entre os países-membros para a investigação e punição desse tipo de criminalidade.

Além de determinar aos estados-membros a criminalização de certas condutas praticadas pela internet, tais como violações a direitos autorais e conexos, fraudes relacionadas ao uso de sistemas e dados, pornografia infantil e violações à segurança de redes, a Convenção prevê o auxílio mútuo entre os países para a conservação, apreensão, divulgação e interceptação de dados armazenados em território estrangeiro.

O Tratado determina ainda a articulação de uma "Rede 24/7", de modo que cada estado-membro deverá indicar um ponto de contato que permanecerá disponível 24 horas por dia, 7 dias por semana, a fim de assegurar a prestação de assistência imediata a investigações relativas a crimes cibernéticos, ou a fim de recolher provas eletrônicas de uma infração penal.

Assim, entende-se que o ingresso do Brasil na Convenção proporcionará às autoridades brasileiras acesso mais ágil às provas eletrônicas sob jurisdição estrangeira, tornando mais efetiva e célere a **cooperação jurídica internacional para a investigação de crimes cibernéticos**, considerando-se que, na maioria das vezes, os dados informáticos encontram-se armazenados em provedores situados no exterior. A adesão à Convenção por certo desencadeará também discussões sobre a legislação penal interna, que deverá se adequar ao tratado internacional no sentido de garantir sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas aos crimes que a Convenção visa a combater.

A PAUTA É

Controle do Judiciário sobre o poder do Ministério Público de oferecer — ou não — o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)

A 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que o poder do Ministério Público de oferecer o acordo de processo penal brasileiro pelo chamado "Pacote Anticrime" de dezembro de 2020 — **não é absoluto** e pode haver **controle judicial para coibir abusos**.

Recurso em sentido estrito interposto pelo MPSP, julgado em novembro de 2021, pretendia a reforma de decisão proferida pelo juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nazaré Paulista que determinou o **trancamento de ação penal por ausência do interesse de agir** ocasionada pela **recusa injustificada** no oferecimento do chamado ANPP. Para a Turma Julgadora, falta interesse de agir do órgão acusatório para a propositura de ação penal quando este não apresenta qualquer justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.

O voto do desembargador relator Marcos Zilli ressaltou a importância da **ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**, dinâmica que representa verdadeira política criminal voltada à solução de conflitos

sem efetiva imposição de sanção penal ou afirmação de culpa. Desta forma, a propositura de ação penal somente é cabível quando esgotadas as possibilidades da via consensual.

O **acordo de não persecução penal**, nos termos dispostos pelo novo artigo 28-A do Código de Processo Penal, aplica-se a infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e desde que haja confissão do investigado, prevendo condições a serem cumpridas sem que seja oferecida uma acusação formal, iniciado um processo criminal e sem que acarrete em perda da primariedade. Tais condições incluem, cumulativa ou alternativamente, reparação do dano causado, prestação de serviços à comunidade, pagamento de multa, dentre outras.

Processo nº 0000781-42.2021.826.0695

O QUE VEM POR AÍ

Temas de Direito Penal e Processo Penal que o Plenário do STF vai enfrentar durante o primeiro semestre de 2022

FEV

ADPF 635

O ano inicia com o STF discutindo a **legalidade de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia de COVID-19**, discussão esta que se intensificou em decorrência do triste episódio verificado em maio de 2021 na comunidade do Jacarezinho, quando uma operação mal-sucedida resultou em 28 mortes. A arguição de Descumprimento de preceito fundamental foi apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro em 2019, sendo que, logo no início da pandemia, foi concedida medida liminar para restringir a realização dessas operações no Estado enquanto vigorar a crise sanitária. **TozziniFreire busca, por meio de uma Ação Civil Pública ajuizada em nome da Educafro em face do Estado do Rio de Janeiro, indenizar os moradores do Jacarezinho pelos diversos danos impostos à comunidade em razão da operação policial.**

MAR

RE 625.623 e ADI 4980

Embora a Lei de Interceptações Telefônicas, datada de 1996, preveja que nenhuma interceptação pode ultrapassar o prazo de 15 dias, prorrogável por no máximo uma vez por igual período, a norma é pouco observada por juizes e juizas em primeira instância, que reiteradamente justificam o monitoramento telefônico de investigados por meses a fio, quiçá anos, na complexidade dos fatos e do grupo de pessoas investigado. Em março, o Plenário do STF decidirá **sobre a possibilidade de renovação sucessiva de autorização de interceptação telefônica para fins de investigação criminal**, a despeito da lei federal existente, e em que hipóteses isso seria admitido. A depender da conclusão da Corte, muitas ações penais poderão ser anuladas.

RE 966.177

Em abril, **os jogos de azar assumem protagonismo na pauta do STF**, com potencial de grande impacto econômico na crescente indústria do jogo. O Recurso Extraordinário nº 966.177 é decorrente de precedente inovador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu em novembro de 2015 que a contravenção penal do jogo de azar não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 porque afrontaria liberdades individuais e a livre iniciativa, princípios resguardados pela nova ordem constitucional. Se reconhecida a inconstitucionalidade apontada pela Corte Gaúcha, uma janela para a legalização do jogo de azar se abre no país.

MAIO

ADC 51

Em um contexto de crescimento significativo do uso da Internet para a prática de crimes, o STF deve decidir em maio se os mecanismos de cooperação internacional para 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 pelos provedores de aplicativos no exterior. A questão subjacente à Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – ASSESPRO Nacional, é que os alguns tribunais brasileiros, incluindo o STJ, vêm decidindo que, caso provedor possua filial ou escritório no Brasil, deve atender às ordens judiciais pátrias para disponibilização de conteúdo independentemente da observância dos procedimentos de cooperação internacional, mesmo que os dados estejam armazenados no exterior, sob pena de incorrerem em multas diárias. As empresas de tecnologia, por sua vez, sustentam, na esteira de outras decisões judiciais, que o destinatário da ordem judicial para disponibilização de dados deve ser, necessariamente, a pessoa jurídica responsável pelo seu armazenamento e controle — no caso, o provedor sediado no exterior, visto que, geralmente, as unidades brasileiras não têm qualquer ingerência sobre a operação das plataformas. Sendo assim, argumentam que a observância dos procedimentos de cooperação internacional é indispensável para que o provedor de aplicativos estrangeiro possa disponibilizar o conteúdo às Cortes brasileiras sem violar as leis do país em que está sediado. O julgamento da ADC, de caráter vinculante, deverá colocar um ponto final na discussão.

JUN

ADPF 334

Antes de encerrar o semestre, o STF decidirá sobre a constitucionalidade do art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal, que garante aos portadores de diploma universitário o recolhimento em prisão especial, caso decretada a sua prisão antes da condenação penal definitiva. Na prática, diante da inexistência de estabelecimento prisional específico, o preso com diploma universitário é recolhido em cela apartada dos demais detentos. Na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sustenta a Procuradoria-Geral da República que a **separação de detentos com base no grau de instrução acadêmica atenta contra os princípios constitucionais da isonomia e dignidade humana**. Caso o dispositivo seja considerado inconstitucional pela Suprema Corte, cairá por terra a ideia de que portadores de diploma universitário, quando presos, devem receber tratamento diferenciado.

O QUE SAIU NA MÍDIA

A sócia Isadora Fingermann e a advogada Nathalia Latorre são autoras do artigo "O juiz inquisitorial e o debate sobre a validade do artigo 385 do CPP", publicado pelo Conjur – Consultor Jurídico:

O juiz inquisitorial e o debate sobre a validade do artigo 385 do CPP

O juiz inquisitorial e o debate sobre a validade do artigo 385 do CPP Pode o juiz penal condenar o réu se há pedido expresso do Ministério Público, em fase de alegações finais, pela sua absolvição?

Em julgados recentes, os tribunais superiores vêm entendendo que sim, com base no princípio da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública e do livre convencimento motivado, bem como em uma leitura isolada do artigo 385 do Código de Processo Penal, segundo o qual "nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição".

Ocorre que tal previsão legal, que remonta à edição do Código de Processo Penal nos idos da década de 1940, não se sustenta à luz do sistema processual penal democrático inaugurado pela Constituição Federal de 1988, consagrada nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador.

Com efeito, trata-se de garantias típicas do sistema processual acusatório, cuja premissa básica consiste na distinção clara e necessária entre as funções de acusar e julgar, cabendo ao Ministério Público, por um lado, promover a ação penal pública, e ao juiz natural e imparcial, por outro, atuar nos limites da pretensão acusatória.

Mas não só. O princípio acusatório, que rege o processo penal brasileiro, exige que a acusação revele uma alternativa de solução do caso oposta à alternativa deduzida no exercício do direito de defesa. Assupção e imparcialidade do julgador, igualmente dispostos a se fazer convencer por ambas as teses.

Nesse cenário, a legitimação da decisão decorre do contraditório, ou seja, de ter sido construída a partir de um processo dialético, no qual tenha sido garantida a paridade de armas entre as partes para que possam, de fato, convencer o juízo de suas pretensões opostas.

Pois bem. Se, ao final da ação penal, colhida toda a prova, delibera o Ministério Público pela absolvição do réu, evidente que está a pugnar pela improcedência da acusação anteriormente ofertada, concluindo que os elementos indiciários que a sustentaram não se mostraram, após a instrução penal, aptos a fundamentar a condenação que um dia se requereu.

Nesse cenário, a condenação contrária ao pedido ministerial corresponde à evidente violação do princípio da correlação entre sentença e acusação, a qual, por certo, não se limita aos termos da denúncia, mas também à conclusão ministerial ao término da fase de produção de prova. Afinal, o pedido de condenação feito no momento inicial da ação penal, quando do oferecimento da denúncia, não é apto a justificar uma decisão condenatória, que deve ser fundamentada na prova submetida ao contraditório durante o processo.

Assim, ao condenar o acusado em contrariedade a um pedido de absolvição do próprio Ministério Público, pode-se dizer que está o juiz a condenar sem acusação, inculcando-se automaticamente na figura de acusador e perdendo a imparcialidade que dele se espera.

Disso decorre, por certo, inegável violação ao princípio do contraditório, na medida em que, requerendo o Ministério Público a improcedência da denúncia, não mais existirá entre as partes litigantes posições opostas, mas, sim, uma mesma e única pretensão absolutória.

Nesse cenário, subtrai-se do debate processual final a análise das provas que possam ser sopesadas desfavoravelmente ao réu, de modo que eventual sentença condenatória jamais poderá ser considerada fruto de contraditório. Afinal, como a defesa poderá, em sede de memoriais, rebater e se opor a argumentos que não lhe foram apresentados pela parte contrária?

Percebe-se que a discussão em nada se relaciona com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Este nada mais é do que um aspecto do princípio da legalidade, segundo o qual o Ministério Público, como titular da ação penal pública, não pode atuar de forma arbitrária, pautado em considerações de oportunidade ou conveniência, mas, sim, no estrito cumprimento da lei.

Trata-se, portanto, de obrigação de oferecer denúncia sempre que presentes indícios de autoria e da existência da infração penal. Contudo, se a acusação inicialmente formulada se revela, ao final da instrução probatória, infundada aos olhos do próprio órgão responsável pela acusação, cuja independência funcional é garantida pela Constituição, não cabe ao magistrado inculcar-se da função acusatória quando da formulação da sentença, como se a indisponibilidade da ação penal para a acusação configurasse possibilidade de condenação criminal de ofício pelo juízo.

Do quanto exposto, sustenta-se que o artigo 385 do CPP, ao autorizar o juiz a proferir sentença condenatória ao arrepio do quanto requerido pelo titular da ação penal, reveste-se de natureza eminentemente inquisitória, incompatível com um sistema acusatório regido pela imparcialidade do julgador, verdadeira garantia fundamental do acusado e requisito essencial à concretização do devido processo legal. Com isso, impõe-se concluir que o referido artigo legal não foi recepcionado pela ordem constitucional inaugurada pela CF/88, merecendo ter sua aplicação afastada pelos tribunais pátrios.

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

Sócia responsável pelo boletim:

✉ Isadora Fingermann

www.tozzinifreire.com.br