



**Tozzini
Freire.**
ADVOGADOS

BOLETIM
**PENAL
EMPRESARIAL.**

12ª Edição | 2023



Sumário

01

03

02

05

03

07

04

10

Ministro Dias Toffoli declara a imprestabilidade de todos os elementos de prova obtidos a partir do acordo de leniência da Odebrecht

Em decisão monocrática proferida em setembro, o ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, declarou serem imprestáveis, em qualquer âmbito ou grau de jurisdição, todos os elementos de prova obtidos a partir do acordo de leniência celebrado pela construtora Odebrecht no âmbito da Operação Lava Jato, bem como a partir dos sistemas “Drousys” e “My Web Day B”, utilizados pelo Setor de Operações Estruturadas da companhia.

Muito embora a decisão tenha sido adotada em sede de reclamação ajuizada pela defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o ministro relator concluiu que **as causas que levaram à imprestabilidade dos elementos de prova analisados são objetivas e não se restringem apenas ao reclamante**, na medida em que teriam sido verificados problemas na manipulação dos elementos de prova extraídos do sistema da empresa, bem como negociações com autoridades e entidades estrangeiras à margem da legislação pátria, tudo a contaminar a validade da prova.

Apesar de o acordo de leniência ter previsto que os valores a serem ressarcidos pela construtora seriam revertidos a autoridades do Brasil, Estados Unidos e Suíça, não foram identificados registros de pedidos de cooperação jurídica internacional entre os países, do que se inferiu que a remessa de recursos estatais ao exterior deu-se “sem a necessária concorrência de órgãos oficiais”, como a Advocacia-Geral da União, o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O ministro Dias Toffoli ordenou a vários órgãos, dentro de suas respectivas esferas de atribuições, que identifiquem e informem eventuais agentes públicos que atuaram e praticaram os atos relacionados ao referido acordo de leniência “sem observância dos procedimentos formais”. Determinou, ainda, que, **nos feitos em que houve a utilização dos elementos de prova decorrentes do acordo de leniência, o exame a respeito do contágio de outras provas, bem como sobre a necessidade de se arquivar inquéritos ou ações judiciais, deverá ser realizado pelo juízo natural de cada procedimento**, consideradas as peculiaridades do caso concreto. A recente decisão tem o potencial de impactar processos em andamento tanto no Brasil quanto no exterior.



02

O Juiz das Garantias no sistema de justiça criminal brasileiro

No último dia 23 de agosto, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) propostas contra dispositivos da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que modificaram o Código de Processo Penal brasileiro para incluir a figura do Juiz das Garantias no sistema de justiça criminal do país.

O Juiz das Garantias seria responsável por conduzir toda a fase da investigação criminal e verificar a legalidade dos atos praticados no inquérito policial, bem como deliberar sobre prisões cautelares e outras medidas (busca e apreensão, quebra de sigilos, interceptação telefônica, etc.). Dessa forma, **o juiz que conduz as investigações não seria mais o mesmo que conduz a ação penal.**

A alteração legislativa advém, principalmente, da preocupação com a **segurança jurídica** das decisões proferidas na fase da persecução penal e com a **imparcialidade** do juiz.



As ADIs propostas contra a criação do instituto, por sua vez, levantaram questões como a ausência de previsão orçamentária para os gastos que seriam gerados ao Poder Judiciário, vícios de competência e iniciativa legislativa e possíveis violações aos princípios do juiz natural, da isonomia e da duração razoável do processo.

O resultado do julgamento, contudo, foi pela **constitucionalidade** do Juiz das Garantias. **O STF decidiu ser obrigatória a implementação do instituto**, cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e à União definir o formato em suas respectivas esferas, no prazo de 12 meses, prorrogáveis por mais 12 meses. Assim, o **Juiz das Garantias será o novo responsável por atuar na fase do inquérito** policial e, somente após o oferecimento da denúncia, a competência passará ao juiz da instrução, que deverá, inclusive, decidir pelo recebimento ou não da peça inicial.

03

3ª Seção do STJ aprova cinco novas súmulas sobre questões penais

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especializada em direito penal, aprovou cinco novas súmulas na sessão realizada no dia 15/09/2023. **Os enunciados sumulares são um resumo de entendimentos consolidados após repetidas decisões tomadas por determinado tribunal sobre um mesmo assunto** e servem para guiar a comunidade jurídica a respeito da orientação dos julgadores acerca de um tema controvertido, objetivando divulgar a jurisprudência desse tribunal. Confira o teor dos novos enunciados, dentre os quais merecem destaque a Súmula 658 e a Súmula 659:

Súmula 658 – O crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer tanto em operações próprias¹ como em razão de substituição tributária.

Súmula 659 – A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

Súmula 660 – A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.

Súmula 661 – A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.

Súmula 662 – Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema penitenciário federal, é prescindível a ocorrência de fato novo; basta constar, em decisão fundamentada, a persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso.

¹ As operações próprias de que trata referida súmula referem-se às transações comerciais em que o contribuinte, comerciante, é o responsável pelo recolhimento do ICMS ao estado.

O enunciado da Súmula 658 reproduz entendimento já pacificado na Terceira Seção da Corte, segundo o qual: **o crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer também em situações de operações próprias.** Nesse sentido, ao julgar o Habeas Corpus nº 399.109-SC, os ministros da Terceira Seção acompanharam o voto do ministro relator Rogério Schietti Cruz que, ao denegar a ordem que pretendia o restabelecimento da sentença de primeiro grau que considerou atípica a conduta do agente que não recolhe ICMS em operações próprias, entendeu ser possível o crime de apropriação indébita tributária mesmo no caso de falta de pagamento de ICMS devido pelo próprio contribuinte². Assim, não há que se falar em atipicidade penal nos casos em que o imposto foi previamente descontado ou cobrado do consumidor final, pois, tendo havido seu efetivo desconto ou cobrança, sem que se tenha recolhido o valor aos cofres públicos, resta tipificado o delito de apropriação indébita.

Outro entendimento consolidado pelo STJ diz respeito ao fato de que a fração de aumento de pena no crime continuado depende da quantidade de delitos cometidos. **O crime continuado ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os subsequentes são tidos como continuação do primeiro e o magistrado aplica a pena de um só dos crimes, se forem idênticas, ou a mais grave, se diversas.** Em ambos os casos a pena será aumentada de acordo com o número de delitos cometidos pelo agente, aplicando-se 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações; e 2/3 para 7 ou mais infrações. No caso de não ser possível precisar o número exato de ilícitos praticados pelo agente, o STJ entende que a fração de aumento deve ser fixada com base na duração dos delitos³.

² (STJ - HC: 399109 SC 2017/0106798-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/08/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/08/2018).

³ (STJ - HC: 442316 SP 2018/0067542-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 26/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2019).

O QUE SAIU NA MÍDIA

Os sócios Isadora Fingermann e Rodrigo de Grandis, em conjunto com a advogada Nathalia Latorre, são autores do artigo “A necessária individualização da conduta para crimes de autoria coletiva e seus efeitos”, publicado pelo [Estadão](#) em 19/09/2023

A necessária individualização da conduta para crimes de autoria coletiva e seus efeitos

Na semana passada, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento dos primeiros acusados pela invasão da Praça dos Três Poderes ocorrida no último dia 8 de janeiro. Acolhendo tese apresentada pela Procuradoria-Geral da República, o ministro Alexandre de Moraes, relator, entendeu que o caso envolve os chamados crimes multitudinários, perpetrados em contexto de massa, com participação de grande quantidade de pessoas e de forma difusa, de sorte que não seria possível nem necessário que o órgão acusatório descrevesse detalhadamente os atos criminosos perpetrados por cada réu.

A Procuradoria-Geral da República sustentou ser desnecessária a individualização da conduta de cada um dos executores dos crimes apurados, na medida em que, nas palavras do subprocurador-geral da República Carlos Frederico Santos, durante o julgamento no plenário do STF, “responde pelo resultado a multidão, a turba, aquele grupo de pessoas que mantiveram um vínculo psicológico na busca de estabelecer um governo deslegitimado e inconstitucional”.

Não se ignora a dificuldade de identificar e descrever a atuação de cada um dos intervenientes no fato delitivo quando se trata de crimes de autoria coletiva. Por essa razão, uma parcela da jurisprudência vem assentando que, nos crimes de autoria coletiva, em especial aqueles cometidos no âmbito da atividade empresarial, não se exige do órgão acusatório uma descrição minuciosa da participação de cada interveniente, aceitando-se as chamadas denúncias gerais.

Essa mesma jurisprudência, no entanto, repisa a necessidade de um mínimo de individualização, capaz de estabelecer um vínculo causal e subjetivo entre o acusado e o crime que lhe é imputado, não admitindo, assim, as chamadas denúncias genéricas. Ou seja, é imprescindível que a acusação descreva, ainda que de forma sintética, os atos potencialmente criminosos realizados por cada um dos réus.

Destaca-se que a individualização de condutas configura verdadeiro critério limitador do poder punitivo estatal, representando, portanto, relevante fonte de garantias do cidadão. De fato, não se pode imputar criminalmente a um indivíduo um resultado que não seja derivado de uma ação ou omissão sua, mas sim de um terceiro, sob pena de inegável afronta ao princípio da culpabilidade.

Além de ser pressuposto de uma denúncia apta nos termos do Código de Processo Penal, que exige da acusação a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a individualização da conduta é requisito inerente ao exercício das garantias constitucionais ao contraditório e ampla defesa, afinal, é o que permitirá ao acusado em um processo criminal conhecer claramente os fatos que lhe foram imputados e, a partir de tal conhecimento, defender-se da acusação veiculada.

Nesse sentido, os tribunais superiores há muito vêm reconhecendo a imprestabilidade de denúncias que não descrevem adequadamente o fato criminoso e que deixam de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada partícipe ao resultado, não se justificando, por exemplo, a mera condição de sócio como pressuposto de responsabilização penal por todo e qualquer ilícito cometido em uma empresa – o que iria de encontro ao conceito de responsabilidade subjetiva que vigora em matéria penal.

Assim, o julgamento recente do STF não inaugura discussão nova, mas apenas reacende o debate sobre o tênue equilíbrio entre a necessária responsabilização de crimes graves cometidos de forma coletiva e a premente observância das garantias processuais penais a que faz jus todo e qualquer acusado.

É imperiosa a responsabilização daqueles que atentaram contra o Estado Democrático de Direito, em especial por meio de condutas que dilapidaram o prédio da Corte de representação máxima da ordem constitucional vigente. Contudo, para bem proteger a ordem constitucional, não se deve apequenar garantias processuais previstas na mesma Carta Cidadã, sob pena de deslegitimar o processo e as decisões. Nossa história recente nos mostra a relevância do devido processo legal e da observância incondicional ao Direito de Defesa.

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

Sócios responsáveis pelo boletim:



Isadora Fingermann



Rodrigo de Grandis

**Tozzini
Freire.**
ADVOGADOS

tozzinifreire.com.br

Este material não pode ser reproduzido integralmente ou parcialmente sem consentimento e autorização prévios de TozziniFreire Advogados.