

BOLETIM

Edição 4 | 2022

ENTENDENDO A NOTÍCIA

Graça e indulto são institutos jurídicos diversos

A Constituição Federal atribuiu prerrogativas ao Presidente da República que podem ser exercidas no âmbito da discricionariedade conferida, desde que em observância aos princípios democráticos e de direito que regem o Estado brasileiro. Em matéria de direito penal, exemplos desses poderes são a concessão do indulto e da graça.

O indulto e a graça são formas de extinção da punibilidade, em que o Estado renuncia ao direito de punir. Ambos são benefícios dados pelo chefe maior do Poder Executivo por meio de decreto, podendo alcançar parte da sanção, de modo a reduzi-la ou substituí-la por outra, ou podendo compreender toda a pena imposta. Nesse último caso, remanescem os efeitos secundários não abarcados pela extinção da punibilidade, como a reincidência e a obrigação de indenizar a vítima.

No entanto, há diferenças entre os dois institutos. O **indulto possui natureza coletiva**, incidindo sobre fatos e atingindo uma generalidade de pessoas. O instituto deve nascer espontaneamente do decreto editado pelo Presidente da República, sem necessidade de provocação anterior dos destinatários. Já a **graça é um benefício individual, de caráter pessoal**. A graça é concedida, em regra, em resposta a requerimento formulado pelo interessado durante a execução penal.

A Constituição Federal veda a concessão desses benefícios para crimes hediondos e equiparados. Para além dessa vedação expressa, bem como dos requisitos formais previstos em lei, muito se questiona se há espaço para controle judicial do indulto e da graça.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que cabe sim o controle de constitucionalidade do decreto presidencial, de maneira que a discricionariedade do Presidente da República estaria limitada às proibições expressas ou implícitas na Carta Magna.

Nesse cenário, a concessão de indulto ou graça, embora consista em discricionariedade do Presidente da República, não pode ser arbitrária. O Presidente da República possui liberdade de agir dentro dos limites constitucionais e legais instituídos, devendo se atentar, sempre que possível, para a manutenção da segurança jurídica e necessária garantia da eficácia das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

O QUE OS TRIBUNAIS VÊM DECIDINDO

STF reconhece a possibilidade de aplicação do ANPP mesmo com sentença condenatória transitada em julgado

No último dia 22 de abril, foi publicado o acórdão do Habeas Corpus (HC) nº 199.180/SC, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP) após a sentença condenatória transitada em julgado.

No caso concreto, o juiz de primeiro grau determinou a intimação do Ministério Público Federal (MPF) para oferecimento do ANPP a acusado, a despeito de já existir sentença condenatória nos autos. Segundo o precedente, a norma que prevê esse acordo tem caráter misto – penal e processual penal – e é mais benéfica ao acusado, de modo que merece ser aplicada a qualquer tempo. Em outras palavras, o Magistrado entendeu que as regras relativas ao ANPP podem retroagir para serem aplicadas a fatos anteriores à vigência do instituto, inserido em nosso ordenamento em 23 de janeiro de 2020 (Lei nº 13.694/2019).

Contudo, o representante do MPF em primeira instância se recusou a oferecer o ANPP, ao argumento de que, embora as regras do acordo possam retroagir, o limite para tanto seria a sentença condenatória.

Houve, então, pedido de revisão da manifestação à Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF (conforme determina o art. 28-A, §14, do CPP), que decidiu favoravelmente à defesa, ofertando o acordo. Para tanto, o colegiado invocou o Enunciado nº 98 da 2ª CCR, segundo o qual “*É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19*”.

O ponto mais interessante desse precedente é o fato de que, durante o processamento do recurso defensivo, houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, motivo pelo qual, mesmo diante da orientação da CCR, o MPF negou a propositura de acordo.

Diante desse cenário, o STF reconheceu que o “*trânsito em julgado não pode obstar a efetividade do direito do réu reconhecido pelo órgão revisional ministerial*” e concedeu a ordem de *habeas corpus* para anular o trânsito em julgado, suspendendo eventual execução da pena, e determinando o retorno dos autos ao procurador oficiante para análise dos demais requisitos exigidos para a celebração do acordo.

A despeito desse precedente, o STF ainda não se posicionou em definitivo sobre a extensão da retroatividade do ANPP (recebimento da denúncia, sentença ou fase recursal), o que acontecerá por oportunidade do julgamento do HC nº 185.913, já afetado ao Plenário.

FIQUE DE OLHO FIQUE DE OLHO

A paridade de armas do processo penal

Em breve o STF deve decidir se o Ministério Público tem o dever de compartilhar com a defesa todas as provas que tenha conhecimento e que possam favorecer o acusado durante o processo penal.

No Direito Penal a discussão é antiga e vem à tona sempre que deflagradas grandes operações policiais. A matéria, inclusive, é objeto do PL nº 5.282/2019.

Isso porque sempre que uma megaoperação da Polícia Federal é posteriormente dividida em diversas fases, que dão origem a distintos inquéritos policiais, instaurados para apurar crimes conexos, perante os mesmos juízes e promotores, estes têm a visão

do todo probatória, mas a defesa fica limitada a conhecer as provas acostadas à sua investigação, já que as demais correrão em sigilo.

Embora a sistemática de separar uma grande investigação em diversas fases investigativas, com procedimentos criminais diversos possa conferir certa organização e eficiência ao Poder Judiciário, essa divisão quase sempre – ou sempre – prejudica a defesa dos investigados, já que os advogados não têm visibilidade sobre o conjunto da prova. São, portanto, paridade de armas entre acusação e defesa, corolário do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

Isso quer dizer que, em megaoperações, caso o Ministério Público perceba que determinada prova produzida nos autos de uma ação penal poderá auxiliar na construção da tese acusatória contra um indivíduo processado em outra ação penal, haverá pedido de compartilhamento de provas e os elementos presentes no outro procedimento serão juntados aos autos. Na via inversa, existindo provas que favoreçam esse mesmo indivíduo, tais elementos jamais serão compartilhados com a defesa caso o Ministério Público não se manifeste sobre a questão.

A discussão chegou ao STF por meio de Recurso Extraordinário (RE) apresentado por réu de uma das fases da Operação Lava-Jato. Após a condenação do acusado em primeira instância, verificou-se que a Força Tarefa do MPF em Curitiba possuía elementos de prova aptos a desconstruir a tese acusatória, mas optou por não compartilhar tais elementos com a defesa e manter a narrativa apresentada na denúncia até o final do procedimento. O julgamento do RE foi afeto ao Plenário, diante de sua repercussão geral.

DE OLHO NO CONGRESSO DE OLHO NO CONGRESSO

Novo Projeto de Lei para regulamentar criptoativos

No Radar Penal de março de 2022 falamos sobre a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei (PL) nº 2.303/2015, que trata da regulamentação do setor de criptoativos. O projeto segue aguardando deliberação do Senado Federal desde dezembro de 2021. Entretanto, em paralelo, no último dia 26 de abril, o Senado aprovou um substitutivo ao PL nº 4.401/2021, que versa sobre a mesma matéria.

Os dois PLs possuem redações muito semelhantes, prevendo que as *exchanges* só poderão operar no país mediante autorização prévia e estabelecendo que caberá ao Poder Executivo definir o órgão responsável pela disciplina e fiscalização das atividades com criptoativos.

Uma inclusão legislativa relevante inaugurada pelo segundo projeto, a qual não aparece no projeto de lei aprovado pela Câmara no final do ano passado, consiste na previsão de que as *exchanges* de serviços de ativos virtuais deverão manter a segregação patrimonial dos recursos financeiros, ativos virtuais e respectivos lastros de titularidade própria daqueles detidos por conta e ordem de terceiros (ou seja, de seus clientes), recursos estes que não responderão por nenhuma obrigação da *exchange*, não podendo ser objeto de arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição judicial que a atinja.

Com isso, tutela-se o interesse patrimonial dos investidores e demais detentores de criptoativos, que não poderão ter seus ativos e recursos atingidos por medidas de constrição patrimonial que venham a ser eventualmente decretadas em face da *exchange* no curso de investigação criminal de que seja alvo.

No mais, as alterações legislativas de natureza criminal propostas pelo PL nº 4.401/2021 são muito semelhantes às veiculadas no PL anterior, já aprovado pela Câmara. Confira-se:

- Por meio da criação de uma figura especial de crime de estelionato, o PL pretende criminalizar de forma específica as fraudes cometidas na oferta, organização e gestão de carteiras ou intermediação de operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou demais ativos financeiros. Enquanto as penas para o crime de estelionato comum variam de 1 a 5 anos de reclusão, as penas para esse tipo de fraude apresentariam um acréscimo significativo, variando de 4 a 8 anos de reclusão.

- Crimes de lavagem de dinheiro cometidos por meio da utilização de ativos virtuais têm sua pena aumentada de um terço a dois terços. Atualmente, o crime de lavagem de dinheiro é punido com penas de 3 a 10 anos de reclusão.

- Inclusão das *exchanges* no rol de setores econômicos que, nos termos da Lei de Lavagem de Dinheiro, têm o dever de adotar mecanismos e procedimentos internos de prevenção a tal crime, tais como a adoção de política específica sobre o tema, a identificação e qualificação de clientes, o registro de transações e o reporte de operações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Ainda sobre esse assunto, o projeto de lei pretende incluir as transações com ativos virtuais entre aquelas que devem ser objeto de registro pelas pessoas físicas e jurídicas que atuam nesses setores considerados sensíveis às práticas de lavagem de dinheiro.

- Equiparação das pessoas jurídicas que oferecem serviços referentes a operações com ativos virtuais, incluindo atividades de intermediação, negociação ou custódia, às instituições financeiras, permitindo que gestores de operadoras de criptoativos sejam responsabilizados por crimes previstos na lei dos crimes financeiros (Lei nº 7.492/1986), entre eles a gestão fraudulenta ou temerária, apropriação indébita financeira e operação de instituição financeira ou equiparada sem a devida autorização.

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